

## A INCOMUNICABILIDADE: O INTERESSE PÚBLICO E O ISOLAMENTO PREVISTO À LEI Nº 13.964/2019 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

João Fabrício Dantas Júnior\*

**Resumo:** O regime disciplinar diferenciado, na Lei de Execuções Penais, inovação da Lei nº 13.964/19, trouxe a incomunicabilidade do preso, objeto do artigo. Medida tomada para a segurança penitenciária e ainda para a segurança pública, limita o contato humano dos detentos, tanto com pessoas mantidas no estabelecimento prisional como com pessoas externas. A incomunicabilidade demanda que se construa seus limites, com parâmetros legais e constitucionais. O interesse público, ao caso, pode levar ao extremo atos de agentes públicos, cujas permissões legais e eventuais abusos demandam análise. A pesquisa buscará traçar os parâmetros desse regime jurídico, no qual a incomunicabilidade de alguém seja administrativamente necessária, jurisdicionalmente fundamentada, de um lado, e o direito a não ser mantido incomunicável sob a tutela estatal. Busca-se, assim, um regime jurídico baseado em documentos normativos e entendimentos jurisdicionais aplicados à situação posta em discussão.

**Palavras-chave:** Prisão. Incomunicabilidade. Interesse Público. Exceção. Dignidade.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Incomunicabilidade nas situações constitucionais de exceção institucional. 3. Incomunicabilidade no âmbito militar. 4. Necessidade administrativo-penitenciária justificadora da incomunicabilidade. 5. Incomunicabilidade ao direito internacional e estrangeiro. 5.1. Regime internacional. 5.2. Regimes estrangeiros. 5.3. Recepção brasileira de normas internacionais. 6. A dignidade humana à incomunicabilidade do preso. 7. Considerações finais. Referências.

**The incommunicability: the public interest and the isolation predict at act 13.964/19's under constitution**

\* Mestre em Direito Constitucional junto ao PPGD/UFRN. Professor de Pós-Graduação em Direito na UNI-RN. Advogado. Parecerista de Revistas Jurídicas. Autor de manuscritos publicados em revistas jurídicas nacionais. *E-mail:* jfdantasj@outlook.com

**Abstract:** The differentiated disciplinary regime, in the Penal Executions Act, innovation of Act 13,964/19, brought the incommunicability of the prisoner, object of the article. Measure taken for penitentiary security and also for public security, limits the human contact of detainees, both with people kept in the prison establishment, as well as with people outside. Incommunicability demands that its limits be constructed, with legal and constitutional parameters. The public interest, in this case, can lead to the extreme acts of public agents, whose legal permissions and possible abuses demand analysis. The research will seek to outline the parameters of this legal regime, in which someone's incommunicability is administratively necessary, jurisdictionally grounded, on the one hand; and the right not to be held incommunicado under state guardianship. Thus, a legal regime is sought based on normative documents and jurisdictional understandings applied to the situation under discussion.

**Keywords:** Prison. Incommunicability. Public Interest. Exception. Dignity.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Incommunicability in constitutional situation of institutional exception. 3. Incommunicability in the military regime. 4. Administrative-penitentiary necessity justifying incommunicability. 5. Incommunicability at international and foreign law. 5.1 International regime. 5.2. Foreign regimes. 5.3. Brazilian reception of international standards. 6. Human dignity and the prisoner incommunicability. 7. Final considerations. References.

## 1 Introdução

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), alçado à Lei de Execuções Penais (LEP) através da inovação da Lei nº 13.964/2019, trouxe previsões restritivas aos direitos daqueles mantidos sobre tal sistema. Para tanto, a previsão legal deu competências necessárias para que o diretor do presídio e ainda o juiz das execuções consigam agir, diante de alguém que produza riscos à segurança pública ou ainda à segurança do próprio estabelecimento onde está mantido.

Dentre todas as medidas cabíveis ao diretor do presídio ou ainda pelo juiz das execuções penais, o isolamento do detento e, principalmente, o possível efeito reflexo da incomunicabilidade são os objetos do presente artigo. A imposição do isolamento – e da incomunicabilidade – demanda traçar seus limites legais, avaliar riscos da inconstitucionalidade de alguns dispositivos da lei em comento e, em arremate, alinhar tal restrição aos limites dados pelo Direito Internacional sobre Direitos Humanos.

O isolamento do preso reflete o embate entre o interesse público, de um lado, e os direitos fundamentais, de outro. A técnica legislativa adotada pelo Poder Constituinte originário na formulação do conteúdo normativo dado à própria dignidade da pessoa humana, trabalho designado à doutrina e à jurisprudência nacionais, também servirá de baliza hermenêutica sobre o instituto.

No Capítulo 2, analisa-se o isolamento e a incomunicabilidade nas crises institucionais da República: o Estado de Sítio e o Estado de Defesa. Para tanto, observa-se a limitação de direitos fundamentais nesses momentos de crise. Essa construção será útil para as possibilidades do uso do isolamento e da incomuni-

cabilidade nos momentos de crise penitenciária. Nesse capítulo, adota-se as doutrinas de Gilmar Ferreira Mendes, André Ramos Tavares, Luís Roberto Barros, Renato Brasileiro Lima, Walter Nunes da Silva Júnior e Guilherme de Souza Nucci.

No Capítulo 3, o trabalho analisa a incomunicabilidade no âmbito militar. Para tanto, observa-se a eventual recepção constitucional de normas presentes ao Código de Processo Penal Militar que disciplinam tal medida, imposta por agentes administrativos.

Para o referido Capítulo, utilizam-se as doutrinas de Júlio César de Assis, Claus Roxin, Manoel Cancio Meliá e, por fim, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger.

Para o Capítulo 4, por seu turno, busca-se definir como a urgência administrativa poderá fundamentar a incomunicabilidade de alguém, imposta logo por ato administrativo do diretor do presídio. Para tanto, é necessário dar o conteúdo normativo de tal urgência, para corroborar a permissão legal e a natureza do ato em si. Nesse capítulo, o trabalho vale-se das doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello, Fernanda Marinela, Fernando Capez, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Sharon Shalev.

No Capítulo 5, a pesquisa trata da incomunicabilidade do preso no Direito Internacional. Nesse ponto, averiguam-se tratados internacionais sobre o tema e, ainda, como esses documentos são recepcionados pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

Além disso, ainda no referido capítulo, a pesquisa busca o entendimento acerca do instituto da incomunicabilidade junto à Organização das Nações Unidas, ao Tribunal Penal Internacional e à Organização dos Estados Americanos. Ademais se busca posicionamentos de alguns Ordenamentos Jurídicos estrangeiros, como decisões oriundas da Suprema Corte dos Estados Unidos, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do Tribunal Constitucional da África do Sul e ainda da Suprema Corte do Reino Unido acerca da incomunicabilidade. Como suporte doutrinário, adotam-se para o capítulo as linhas de Ryan M. Labrecque.

Por fim, ao Capítulo 6, a pesquisa busca analisar como a incomunicabilidade do preso pode destoar e restringir a dignidade humana. Seguindo o caminho de construção do conteúdo da dignidade ao caso, a incompatibilidade da medida carcerária de incomunicabilidade com a dignidade pode afastar alguns de seus efeitos e algumas de suas possibilidades, no Brasil. Para esse Capítulo, o artigo utiliza as doutrinas de Antônio Moreira Maués, Ingo Wolfgang Sarlet, Jorge Reis Novais, Luís Roberto Barroso, Sharon Shalev e ainda de Yara Maria Pereira Gurgel.

Nos Capítulo 6, traz-se posições pertinentes de Luís Edson Fachin, Celso de Mello e de Rosa Weber sobre os efeitos jurídicos internos de tratados internacionais sobre direitos humanos.

Ao fim, o presente artigo pretende alcançar os limites legais do instituto da incomunicabilidade do preso, com linhas do regime jurídico e das permissões legais.

À pesquisa, adota-se o método dedutivo de argumentação científica, partindo-se de fatos, argumentos e documentos normativos para alcançar uma conclusão. Ainda, assumirá a pesquisa cunho analítico, buscando conclusões críticas sobre as hipóteses levantadas em cada capítulo, com vistas a uma consolidação final de entendimento, à conclusão.

## 2 **Incomunicabilidade nas situações constitucionais de exceção institucional**

A regra, conferida pela Constituição Federal (CF88),<sup>1</sup> é que é proibida a incomunicabilidade de qualquer preso. Esse direito é expresso na CF88, no inciso LXIII do Artigo 5º.

À pesquisa, assume-se que a incomunicabilidade do preso é a limitação completa da comunicabilidade, tanto com familiares, com outros presos, como ainda como o seu advogado. Tal medida, em seu caráter absoluto, não foi recepcionada pela CF88 (LIMA, 2020, p. 222).

Mesmo nos estados de exceção institucional, não se admite a incomunicabilidade de alguém mantido preso, tornando crítica a manutenção da incomunicabilidade em tempos de normalidade institucional (MENDES, 2020, p. 561). Observa-se, em premissa, que Estado de Defesa é situação excepcional para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social (TAVARES, 2020, p. 895); ao passo que Estado de Sítio demanda uma comoção nacional ou uma guerra (TAVARES, 2020, p. 895-896).

Na medida em que nos estados constitucionais de exceção a incomunicabilidade continua proibida, a comunicabilidade de alguém detido perante seus familiares ou seu advogado é a regra, em tempos de normalidade.

Ao inciso IV, do parágrafo 3º, do Artigo 136, da CF88, sobre o Estado de Defesa, é explícita a proibição da incomunicabilidade do preso. Por sua vez, o inciso II, do Artigo 139, sobre o Estado de Sítio, permite que sejam limitados os direitos à inviolabilidade da correspondência e ao sigilo das comunicações; contudo, repita-se: não se alcança a incomunicabilidade de alguém mantido em cárcere, em si.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2023.



Demanda-se ao intérprete do Direito uma leitura adequada do regime jurídico que normatiza o instituto, objeto do presente estudo, durante a normalidade institucional. É imprescindível a unidade na interpretação. A CF88, assim, não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas (BARROSO, 2003, p. 196).

À presente pesquisa, entende-se que a incomunicabilidade do preso é proibida em situações de normalidade institucional. Outrossim é proibida durante o Estado de Defesa e do Estado de Sítio; por outro lado, não se pode concluir que as medidas presentes no Estado de Sítio e no Estado de Defesa seriam aquelas que servirão de limites ao legislador infraconstitucional quando da construção das medidas administrativas de execução penal, especificamente para casos pontuais e excepcionais, que demandem medidas igualmente extraordinárias: para todas elas, há de se obedecer ao regime constitucional ordinário, e não de crise constitucional.

Admite-se que há duas correntes sobre a incomunicabilidade do preso ou do detido: i) uma primeira corrente defende que o Artigo 136, parágrafo 3º, IV, da CF88, embora vede a incomunicabilidade do preso, trata de cerceamento de liberdade ocorrido durante período de exceção, uma vez que o *caput* do referido dispositivo trata de fatos no Estado de Defesa. Ademais, essa corrente de pensamento parte da premissa de que, caso fosse a intenção do constituinte estender a incomunicabilidade para toda e qualquer situação, ele teria colocado a garantia dentro o rol de direitos fundamentais declarados no art. 5º da Norma Maior; ii) a outra posição, majoritária, considera que, se durante o período de exceção, na qual há restrição ao exercício de alguns direitos fundamentais, não se admite a decretação da incomunicabilidade, por maiores razões isso não seria admissível no estado de normalidade (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 764-765).

A defesa de réus considerados incomunicáveis, seja por decisão administrativa seja por decisão judicial, socorre-se de prerrogativa presente no Estatuto de Ordem dos Advogados do Brasil,<sup>2</sup> onde está garantido o direito de entrevista com seu advogado mesmo nesses casos. Em sendo a comunicabilidade a regra e a incomunicabilidade a exceção, a situação crítica sempre, como relatado, poderá apresentar algumas exceções. Mesmo a entrevista com o advogado assegurada na lei, assim como o sigilo dessa reunião, convive em paridade normativa

---

<sup>2</sup> BRASIL. Estatuto de Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2023.

com outros institutos, como o direito da coletividade à segurança pública. Ao preso recolhido em regime especial, como o RDD, as cautelas para a entrevistas devem ser redobradas (NUCCI, 2020, p. 106).

A incomunicabilidade, desse modo, acaso existente no Ordenamento Jurídico brasileiro, não é retirada das disciplinas do Estado de Defesa nem do Estado de Sítio.

### 3 Incomunicabilidade no âmbito militar

No âmbito militar, os artigos 17 e 241 do Código de Processo Penal Militar (CPPM)<sup>3</sup> preveem a possibilidade de imposição da incomunicabilidade por ordem administrativa. Precisa averiguar se há disciplina legal que permita tal limitação no seio militar em nível constitucional, sob pena de concluir-se pela não recepção dos dispositivos.

Por oportuno, as exceções constitucionais que enfrentam direitos fundamentais no regime jurídico militar são: i) a aplicação da pena de morte, na Justiça Militar da União, segundo o inciso XLVII, alínea a; e ii) e a impossibilidade de habeas corpus para punições disciplinares militares, conforme parágrafo 2º, do Artigo 142, do texto constitucional. A incomunicabilidade de alguém detido no bojo de um inquérito policial militar ou no procedimento judicial militar precisa ter sua recepção junto à CF88 analisada.

Seguindo-se uma leitura sistemática do Ordenamento Jurídico brasileiro, a previsão do Art. 17 do CPPM – incomunicabilidade do preso – seria incompatível com o atual Ordenamento Jurídico. Pode-se concluir que se tal restrição não foi permitida nem mesmo no Estado de Defesa, não haveria como o Artigo 17, ou ainda o 241, supraindicados, serem recepcionados pela CF88 (ASSIS, 2012). Por outro lado, como já admitido, a necessidade factual pode embasar medidas administrativas não previstas nominalmente nos regimes administrativos de direção carcerária.

A incomunicabilidade presente no CPPM – considerada não recepcionada pela CF88 nesse trabalho, corrobora o teor da revogada Lei de Segurança Nacional (LSN), Decreto-Lei 898<sup>4</sup> de 1969, que em seu Artigo 59 previa que o

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Decreta o Código de Processo Penal Militar. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm)>. Acesso em: 1 jun. 2023.

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. Define os crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 de setembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0898.htm)>. Acesso em: 1º jun. 2023.

encarregado do inquérito estaria autorizado a impor, *ab initio*, a incomunicabilidade do preso por até dez dias. Tais técnicas – revogadas – impunham ao investigado e ao processado medida que aniquila garantias materiais e processuais mínimas. Um Direito Penal que considera o investigado um pária. Não defende, doravante, bens jurídicos como o maior objetivo do sistema jurídico, como verdadeiramente o Direito Penal é.

Dita previsão legal não se repetiu na Lei de Segurança Nacional em vigor.

Ao impor a incomunicabilidade a alguém, o liame entre o necessário para a proteção da segurança pública e do estabelecimento prisional, de um lado, e a limitação de direitos processuais e materiais do detento, de outro, mostra-se tênue. Mesmo condenado e cumprindo pena, todos são titulares das garantias e direitos do Ordenamento Jurídico. Nunca inimigo dele.

O cuidado que a Administração Penitenciária<sup>5</sup> e ainda o órgão jurisdicional devem ter, limitados pela legalidade constitucional, também deve ser atendido pelo Legislativo federal na sua atividade preponderante. Um sistema dualista, no qual, ao lado da pena limitada pela culpabilidade, permita outros tipos de sanções: uma Constituição torna-se um perito para as garantias e a liberdade do indivíduo frente ao poder sancionador do Estado (tradução do autor)<sup>6</sup> (ROXIN, 1981, p. 18).

Com o perigo comprovado das ações de alguém, previamente mantido no sistema prisional, que enseje a imposição das medidas pertinentes ao RDD – a incomunicabilidade, sempre momentânea –, não se alcança o ponto crítico de qualificar alguém inimigo, como visto.

A adoção de medidas extraordinárias – como a incomunicabilidade –, para indivíduos particularmente perigosos, desde que essas ações sejam acompanhadas de medidas de segurança em processo desapassionado, instrumental, contra determinadas fontes de perigo especialmente significativas, não significa que o Estado lida como inimigos. Precisa-se, portanto, de processo isonômico, com normas a todos aplicadas (tradução do autor)<sup>7</sup> (MELIÁ, 2003, p. 86-87).

---

<sup>5</sup> Denomina-se Administração Penitenciária o corpo administrativo competente para a administração de instituições penitenciárias, sejam elas estaduais, sejam elas federais. Acaso refira-se aos estabelecimentos prisionais militares, tal diferenciação será expressa.

<sup>6</sup> No original: *Un sistema dualista en el que, junto a la pena limitada por la culpabilidad, existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes, constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado.*

<sup>7</sup> No original: *La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.*

O Direito Penal do Inimigo pode, doravante, ser consolidado em três elementos: i) amplo avanço da punição, ou seja, nessa área, a perspectiva do sistema jurídico-penal é prospectivo (o evento futuro), ao invés da – como é comum – retrospectiva usual (ponto de referência: o fato cometido no passado); ii) as sanções são desproporcionadamente altas: mesmo a antecipação da punição não é considerada para reduzir correspondentemente a pena prevista; iii), por último, certas garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas (tradução do autor)<sup>8</sup> (MELIÁ, 2003, p. 79-80). A imposição da incomunicabilidade pode, por seu contexto, alinhar-se ao Direito Penal do Inimigo, acaso não siga embasamento dado por fatos concretos, que comprovem a periculosidade originada das ações cometidas dentro do estabelecimento prisional.

O Superior Tribunal Militar (STM),<sup>9</sup> em *obiter dictum*, considera que, uma vez suprida a comunicabilidade do réu preso junto ao seu advogado, está superada a eventual nulidade do procedimento de inquérito policial e do processo judicial. Trata-se, segundo o tribunal, de vício relativo, que enseja anulabilidade, o que demanda a prova do prejuízo e ainda a alegação no primeiro momento de fala ao procedimento – o que não ocorreu no julgamento de onde se retirou o posicionamento colacionado. Segue-se ao STM a regra geral à legislação comum: a necessidade de dano provado para a declaração da nulidade. Contudo, admite-se que é ponto não pacífico a qualidade da nulidade ao procedimento onde se impõe a incomunicabilidade.

À Justiça Militar da União, observam-se medidas extraordinárias no trato para com o inimigo beligerante. Há permissão legal para isso. Nesse contexto, a incomunicabilidade pode não ser apenas necessária, mas recomendável.

Num exemplo de crises institucionais num ambiente beligerante, o Direito Penal passaria a ter duas visões: i) uma sobre o cidadão; ii) outra sobre o inimigo. Para o inimigo, a privação da liberdade é a pena por excelência, onde as garantias processuais são mitigadas, algo inaceitável no Direito Processual Pe-

<sup>8</sup> No original: *Según Jakobs, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, e constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de – como es lo habitual – retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas como es lo habitual retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.*

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação n. 52-08.2012.7.02.0202/SP*. Relator Ministro Ten. Brig. Ar Cleonilson Nicácio Silva. Revisor para o acórdão Ministro Artur Vidigal de Oliveira. Julgado: 1º de julho de 2013. Publicado: 8 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2013/50/10013650/10013650.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

nal entregue ao cidadão (NEVES, STREIFINGER, 2012, p. 248). No Direito Penal comum, e dentro da normalidade da administração carcerária, a incomunicabilidade não tem tal espaço.

O Ministério Público Federal<sup>10</sup> (2017, p. 80), em pesquisa sobre os crimes e abusos estatais perpetrados durante a Ditadura Militar, mostrou que a incomunicabilidade dos presos era uma das técnicas mais usadas pelos institutos investigativos de repressão. Algo que destoa de um sistema democrático e de poder limitado. Conforme o documento, o sequestro e o encarceramento de uma das vítimas nas dependências do DOI eram ilegais, com agentes estatais não autorizados a privar pessoas de sua liberdade indefinidamente, sem comunicação às autoridades judiciárias, nem as fazer desaparecer (2017, p. 153).

A incomunicabilidade em momentos ordinários, portanto, é método de perseguição e de execução penal natos de regimes autoritários. Como será visto, a extraordinariedade e o embate de bens jurídicos poderão fazer surgir uma necessidade igualmente ímpar ao caso concreto – ainda incapaz de aniquilar o direito objeto do estudo. Mesmo assim, o Direito Penal Militar não está autorizado, em momentos de paz, à imposição da incomunicabilidade nem ao investigado nem ao processado.

#### **4 Necessidade administrativo-penitenciária justificadora da incomunicabilidade**

Vencidos os dispositivos constitucionais de exceção, que dão os motivos e os remédios constitucionais aptos ao enfrentamento da situação de crise institucional-política; vencida, ainda, a não recepção de qualquer previsão legal de imposição administrativa da incomunicabilidade em sede de inquérito ou processo militar; vislumbra-se no Capítulo 4 as necessidades excepcionais que justificam medidas de incomunicabilidade como meios de controle de danos à Administração Penitenciária.

O cotidiano penitenciário foi, numa leitura da práxis administrativo-penitenciária, motivo da inovação legislativa.

A alteração da LEP, pela Lei nº 13.964/2019, possibilitou: i) a imposição que uma pena – e não um regime de cumprimento de pena –, pelo juiz das Execuções Penais e ii) uma restrição de direito, imposta através de ato administrativo exarado pelo diretor do presídio. A aplicação de um RDD, portanto, reveste-se de medida imposta por ato administrativo, de um lado, ou de uma medida judicial, de outro.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. *Câmara de Coordenação e Revisão*, 2. Crimes da ditadura militar. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal, Brasília: MPF, 2017.

O RDD, criado à Lei nº 10.792/2003, pode ser aplicado ao condenado definitivo e ao preso provisório que cometerem crime doloso capaz de subverter a ordem ou a disciplina interna de um estabelecimento prisional (CAPEZ, 2018, p. 85).

A técnica legislativa que corrobora o princípio da legalidade estrita penal para aplicação da medida entrega duas vertentes cujo conteúdo normativo e justificativo se distanciam: i) uma decisão jurisdicional, pelo juiz da execução penal; e ii) um ato administrativo, pelo diretor do presídio.

O legislador constituinte previu, como se observou ao Capítulo 2, que a incomunicabilidade no Estado de Defesa e o Estado de Sítio é proibida; por outro lado, deixou a cargo do legislador infraconstitucional a avaliação de situações críticas administrativas penitenciárias – não necessariamente crises institucionais – que coloquem em risco a segurança pública ou a integridade física de servidores e dos próprios presidiários. Portanto: medidas necessárias para a regular execução das atividades administrativas no prédio do estabelecimento prisional.

A interceptação da comunicação, por exemplo, toma o mesmo fundamento à incomunicabilidade: o interesse público, sempre nos limites da lei. À inviolabilidade de correspondências epistolares das pessoas detidas, cujo conteúdo seja comprovadamente criminoso, sobressai um direito fundamental social – a segurança pública como um direito da sociedade –, relativizando-se a intimidade epistolar. Do mesmo modo, acaso haja abuso no comportamento do preso no exercício do seu direito à comunicação com familiares e defensores – orquestrando ou assistindo às atividades criminosas – há grave risco à segurança do estabelecimento prisional ou ainda à segurança pública como um todo, excesso não permitido (SARLET, 2019, p. 489).

O RDD, ao Art. 52 da LEP, possui, desse modo, as seguintes competências: i) uma punição imposta pelo juiz das execuções penais; ii) ou mesmo um ato administrativo precário imposto pelo diretor do presídio, ante necessidade urgente e atual, salvaguardando o interesse público por restringir um direito individual.

O interesse público, guardado pela lei, concede poderes e impõe deveres à Administração Pública. Ela não pode renunciar às competências que lhe são outorgadas por lei, não podendo, por conseguinte, deixar de punir quando constata a prática de ilícito administrativo; ainda, não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício de direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo. Cada vez que a Administração se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado (DI PIETRO, 2019, p. 129).

Considera-se, à pesquisa, que o Poder de Polícia é atividade estatal que condiciona a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos. A expressão abrangeria atos dos Poderes Legislativo e Executivo. Um complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Em sentido estrito, o Poder de Polícia seria intervenções do Poder Executivo destinadas a obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais, a chamada polícia administrativa (MELLO, 2013, p. 838).

Os limites legais são claros: isolamento em cela individual, por até dois anos, garantindo-se o contato com advogado<sup>11</sup> e com os familiares, os banhos de Sol, entre outras possibilidades de comunicação. Algo que corrobora a comunicabilidade como direito do preso, ainda que sob o RDD. Não se alcança a incomunicabilidade, em si.

Nesse ínterim, observa-se que o RDD e a incomunicabilidade seguem um regime de cautelaridade, cujas justificativas são temporárias – como ocorrer a prisão preventiva, conforme os Artigos 312 e 313 do CPP. Justificativas *rebus sic stantibus*, necessidades do momento que justificam a adoção ou o afastamento das medidas.

Admite-se que tanto as restrições estabelecidas pelo legislador infraconstitucional, com respaldo expresso na CF88, quanto as limitações decorrentes diretamente do texto constitucional, possuem natureza de restrição de direitos fundamentais. Algumas delas emanadas do texto constitucional advêm do regime excepcional de estado de necessidade, como o Estado de Sítio e o Estado de Defesa (MENDES, 2020, p. 257). O RDD, por sua vez, pode resguardar elementos fáticos que justifiquem a medida, mesmo a infraconstitucionalidade: um embate crítico de direitos.

A técnica da redação deixa aberto o leque de possibilidades para a decretação do RDD e da incomunicabilidade do preso: é necessário o cometimento de um crime que constitua falta grave, somado ao fato que essa conduta produza subversão da ordem e disciplina internas, conforme o artigo 52 supracitado.

Ao fim, o que a legislação permite é que ao preso imponha-se a incomunicabilidade com outros presos. Entretanto, o direito resta incólume à família e aos advogados. A comunicabilidade se mantém em momentos menores. O completo isolamento, na prática, poderia interferir na própria reintegração: a inco-

---

<sup>11</sup> V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.028.847/SP*. Segunda Turma. Relator Herman Benjamin. Julgado: 12 de maio de 2009. Publicado: 21 de agosto de 2009. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=881227&num\\_registro=200800231724&data=20090821&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=881227&num_registro=200800231724&data=20090821&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

municabilidade, a prisão solitária e seus efeitos adversos na saúde e no bem-estar do prisioneiro afetam as chances de voltar à sociedade (tradução do autor)<sup>12</sup> (SHALEV, 2017, p. 32).

O interesse público administrativo,<sup>13</sup> amparado por decisão do diretor do presídio ou por despacho do juiz das execuções, pode ensejar a incomunicabilidade momentânea, assim como temporária seria a ameaça aos bens jurídicos protegidos no caso em análise.

O *periculum in mora* da situação enseja o ato do diretor do presídio. Tal agente vale-se de algumas características do ato administrativo: i) a imperatividade, onde o ato administrativo é imposto a terceiros, independentemente da concordância – chamado de poder extroverso, por Renato Alessi –, em que o Poder Público pode editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, interferindo na esfera jurídica de outras pessoas; ii) ainda a autoexecutoriedade, através do qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário (DI PIETRO, 2017, p. 280).

A imposição da incomunicabilidade pelo diretor do presídio seria o uso do Poder de Polícia pela Administração Pública: de pronto exigível. Entretanto, a executoriedade exige algumas peculiaridades, como a autorização expressa na lei ou, ainda, o caráter urgente da medida, como condição inafastável para a proteção do interesse público, evitando sacrifícios para a coletividade (MARINELA, 2017, p. 284). Autorização constatável à LEP.

O ato do diretor do presídio em debate pode evitar um dano ou, reversamente, o interesse coletivo é obtido e protegido (MELLO, 2015, p. 856). Cenário no qual se enquadra, certamente, o ato administrativo exarado pelo diretor do presídio que impõe o RDD e a incomunicabilidade.

## 5 Incomunicabilidade ao direito internacional e estrangeiro

Nesse ponto, vale-se de busca na normatividade internacional, com o intuito de averiguar se regras internacionais limitam diferentemente o direito à

<sup>12</sup> No original: *Unable to regain the necessary social skills to lead a functioning social life, some of those held in solitary confinement in prison may continue to live in relative social isolation after their release. In this sense, solitary confinement operates against one of the main purposes of the prison, which is to rehabilitate offenders and facilitate their reintegration into society.*

<sup>13</sup> Observa-se como modelos ao caso as rebeliões dos presídios paulistas, combinadas com uma série de ataques a bases militares no Estado, orquestradas pelo Primeiro Comando da Capital, no ano de 2006; ainda, os recentes ataques sofridos pelo Rio Grande do Norte, entre os anos de 2021 e 2023, a mando da facção criminosa Sindicato do Crime.



comunicabilidade do preso e, ainda, se essas normas adentraram no Ordenamento Jurídico brasileiro em confronto com o disposto na LEP, especificamente no artigo que previu o RDD.

## 5.1 Regime internacional

Por primeiro, no Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão,<sup>14</sup> documento do Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU), consagra ao Capítulo 15 o direito de todo preso ou detido ter contato com o mundo exterior, em particular com sua família e com seu advogado, pedido que não pode demorar mais que dias. No capítulo 19 desse documento é previsto que o preso ou detido tem o direito de ser visitado e de se corresponder, especialmente, com membros da família e, ainda, que a ele deve ser oportunizada a comunicação com o mundo exterior.

Em 2015, a ONU editou as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos,<sup>15</sup> documento conhecido como Regras de Mandela. Nele – regras 44 e 45 – há limitação de até 15 dias de confinamento solitário. Tal medida deverá ser utilizada apenas em casos excepcionais, aplicada pela autoridade competente, somente por punição de ato de alguém já recluso: nunca como punição administrativa ou jurisdicional do crime cometido em si. Segundo o documento da ONU, o isolamento não deve ser aplicado às mulheres, nem às crianças nem a quem tenha deficiência mental ou física.

A Organização dos Estados Americanos (OEA), em documento intitulado Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas,<sup>16</sup> ao Princípio XXII, item 3, dispõe sobre medidas de isolamento. Nesse ponto, proíbem-se medidas ou sanções de isolamento em celas de castigo. Ainda assim, há azo às medidas temporárias: o isolamento só será permitido como medida por tempo limitado e como último recurso, quando se mostre necessário para salvaguardar interesses legítimos relativos à segurança interna dos

---

<sup>14</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>>. Acesso: 3 jun. 2023.

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso: 6 jun. 2023.

<sup>16</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf>>. Acesso: 6 jun. 2023.

estabelecimentos, e para proteger direitos fundamentais, como a vida e a integridade das próprias pessoas privadas de liberdade ou pessoas dessas instituições.

O prolongamento e a aplicação inadequada e desnecessária da incomunicabilidade, segundo a OEA, são atos de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, humanos ou degradantes, conforme o documento: quadro normativo regional que se assemelha bastante ao cenário brasileiro.

Junto ao TPI<sup>17</sup> foi reconhecido que o confinamento de prisioneiros por vinte e duas horas ou mais, a cada dia, sem um significativo contato humano, viola a dignidade do preso. Segundo o tribunal, a noção de contato humano significativo é não apenas quantitativa, mas qualitativa; ainda segundo a decisão, o confinamento em prisão solitária por mais de quinze dias consecutivos caracteriza tortura. Esse tipo de punição, para o referido tribunal, pode ter consequências individuais particularmente sérias, como o potencial surgimento de problemas psicológicos ao recluso.

## 5.2 Regimes estrangeiros

A Suprema Corte Americana<sup>18</sup> trouxe considerações em *obiter dicta* acerca dos regimes de aprisionamento de terroristas que perpetraram os ataques às torres gêmeas, em Nova Iorque, e ao Capitólio, em Washington, no ano de 2001. De acordo com o tribunal, as medidas adotadas pelo Estado norte-americano foram ilegais, pois impuseram por meses os presos às condições pesadas de confinamento – como luzes ligadas por vinte e quatro horas ao dia, sem possibilidades de exercícios físicos ou recreação. Além disso, aos presos foi negada a comunicação com o mundo exterior.

Nesse contexto, jungido às novas leis aprovadas em solo americano para o combate ao terrorismo, o uso de prisões que suprimissem ao máximo o contato do detido com alguém do mundo exterior aumentou. De acordo com a decisão considerada, se são medidas impostas a presos provisórios, sem julgamento para o crime aos quais são acusados, o quadro de enfrentamento aos direitos do preso se torna mais crítico.

---

<sup>17</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *ICC-01/12-01/18*. Julgadores: Juiz Antoine Kesia-Bem Mindua (presidente); juiz Tomoko Akane; juiz Kimberly Prost. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020\\_01203.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_01203.PDF)>. Acesso: 6 jun. 2023.

<sup>18</sup> ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE AMERICANA. *Apelações 15-1358; 15-1359 e 15-1363*. Ziglar v. Abbasi e outros. Relator Juiz Kennedy. Disponível em: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1358\\_khn.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1358_khn.pdf)>. Acesso: 3 jun. 2023.

O quadro norte-americano da incomunicabilidade de preso, estruturado no combate nacional contra o terrorismo, debandou, conforme a Suprema Corte, para temas raciais e de intolerância religiosa – algo que não se alinha ao debate sobre a LEP brasileira. Não obstante, o exemplo norte-americano denota que o quadro situacional pode ensejar medidas drásticas.

A cela solitária como medida norte-americana em muito se assemelha à incomunicabilidade debatida no quadro brasileiro: motivo pelo qual considerou-se à pesquisa a fundamentação sobre o objeto norte-americano para a construção do conteúdo normativo do objeto brasileiro.

A incomunicabilidade de alguém, conforme a LEP, não é método de execução de pena, mas apenas assegura a ordem e a segurança pública e do estabelecimento prisional. Nos Estados Unidos, outros propósitos existem para a incomunicabilidade e a prisão solitária: i) melhorar o comportamento do preso; ii) diminuir o número de rebeliões carcerárias; iii) reduzir a influência de gangues; iiiii) prevenir fugas e ainda impedir crimes no meio social (tradução do autor)<sup>19</sup> (LABRECQUE, 2015, p. 63). Motivações não admitidas para a imposição do castigo da incomunicabilidade como incidente à execução da pena brasileira.

Nos Estados Unidos, observa-se, a cela solitária do preso demanda despesas públicas, com a criação de celas individuais, contrarrazoando celas que comportem mais detentos. Essas celas, uma vez ocupadas, demandarão custos maiores que os ordinários ao sistema prisional; se desocupadas, custos ainda maiores. (LABRECQUE, 2015, p. 118). Ao Brasil, a incomunicabilidade pode demandar isolamento – em verdade, um quadro onde incomunicabilidade seria mitigada acaso exista o convívio entre os detentos.

Em solo americano, diretores de penitenciárias têm o poder de impor temporariamente a prisão solitária, principalmente para disciplina e proteção dos empregados do estabelecimento prisional e dos outros presos. A prisão solitária-

---

<sup>19</sup> No original: *The primary purpose reported for the use SC is that they increase systemwide order, safety, and control (National Institute of Corrections, 1997; Pizarro & Stenius, 2004; Mears, 2008). However, many other goals have also been used to justify the practice including improving inmate behavior, decreasing riots, reducing the influence of gangs, preventing prison escapes, punishing inmates, reducing recidivism, rehabilitating inmates, and deterring crime in society (Mears & Castro, 2006). Further, some of these goals inextricably conflict with each other. For example, an inmate may have a greater probability for being rehabilitated if sent to a minimum-security treatment program, but such a placement would also place him/her at a greater risk for escaping custody. Ideally, states should investigate the extent of the problem within their prison system (e.g., disorder, escapes, assaults on staff) first in order to determine if SC is effective in alleviating such problems (Mears, 2008). Without assessing for such a need, there is little rational basis for investing in or maintaining such a costly correctional policy (LAWRENCE; MEARS, 2004).*

ria, assim, é *rebus sic stantibus*, como a incomunicabilidade brasileira. Contudo, no Brasil, além de temporária, a medida imposta pelo diretor do presídio é precária, necessitando de revisão jurisdicional imediata.

Ao Tribunal Constitucional Federal Alemão segue-se outro caminho: a proibição à incomunicabilidade é uma faceta ao direito de ser ouvido pelo Judiciário. No relatório do processo 1 BvR 1127/14,<sup>20</sup> corroborou-se decisão do Tribunal Constitucional de Justiça de Berlin, no qual decidiu-se que a acomodação de um prisioneiro por três meses em uma sala de confinamento solitário, numa instalação correcional com uma área útil de 5,25 metros quadrados, banheiro especialmente não separado, trancado à chave por quase 21 horas diárias, viola a dignidade da pessoa humana. Seguindo a decisão do tribunal de Berlin, aquele submetido à medida de cela solitária merece ser indenizado pelo Estado (tradução do autor).

Na África do Sul, o Tribunal Constitucional<sup>21</sup> reforça que os juízes da execução penal devem controlar os atos da Administração Penitenciária. Segundo a corte, o direito às garantias da dignidade continua válido, mesmo que alguém seja mantido no cárcere. O tribunal sul-africano reforça, ainda, que aquelas pessoas mantidas presas ainda são membros da sociedade democrática sul-africana, com igualdade de direitos – exceto, logicamente, o de locomoção. O direito à dignidade está, segundo o tribunal, em como a punição é administrada, não se admitindo penas cruéis, desumanas e degradantes. O direito à comunicabilidade, diante de aprisionamento na África do Sul, é garantido pela Constituição<sup>22</sup> do país. Em seu artigo 35, 2, f, é previsto o direito de se comunicar e de ser visitado (tradução do autor).

No Reino Unido, sua Suprema Corte<sup>23</sup> assevera que, mesmo com a adoção da prisão solitária, ainda é garantido o direito a um significativo contato com outras pessoas. Segundo a decisão, a definição de prisão solitária e de seus malefícios pode ser retirada da Declaração de Istambul sobre o Uso e os Efeitos

<sup>20</sup> ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. *Processo 1 BvR 1127/14*. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2015/bvg15-068.html>>. Acesso em: 2 jun 2023.

<sup>21</sup> ÁFRICA DO SUL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL. *Processo CCT 307/19*. Juiz Sonke Gender NPC V Presidente da República da África do Sul e Outros [2020] ZACC 26. Relator: Theron J. Disponível em: <<https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/36635/Judgment%20CCT%20307-19%20Sonke%20Gender%20Justice%20NPC%20v%20President%20of%20the%20Republic.pdf?sequence=23&isAllowed=y>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

<sup>22</sup> ÁFRICA DO SUL. *Constituição da República da África do Sul n° 108*, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>>. Acesso: 16. dez. 2021.

<sup>23</sup> REINO UNIDO. SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO. *Apelação [2021] UKSC 28 do Processo [2019] EWCA Civ 9*. Relator Lord Reed. Julgado em 9 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0155-judgment.pdf>>. Acesso: 7 jun. 2023.

do Confinamento Solitário. Por outro lado, o tribunal reforça que não se pode, juridicamente, afastar-se do Artigo 3 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos:<sup>24</sup> nenhuma pessoa pode ser sujeita à tortura ou tratamento ou punição desumana ou degradante (tradução do autor).

### 5.3 Recepção brasileira de normas internacionais

A incomunicabilidade do preso, como observado, levou o Direito Internacional a balancear os interesses em jogo: a segurança pública e o bom desenvolvimento das atividades penitenciárias podem ensejar alguma limitação.

Outro ponto importante se deu na construção do conteúdo normativo da incomunicabilidade, presente ao quadro brasileiro, ante a prisão solitária, mais consolidada ao quadro estrangeiro e internacional. Observou-se, por oportuno, que apesar de possuírem definições, modelos de aplicação e até competências diferentes, ambas demandam dados comprovados de perigos produzidos pelo contato com a sociedade e com outros detentos mantidos no estabelecimento prisional.

Doravante, observado que o Ordenamento Jurídico brasileiro protege com similar densidade o direito de um preso – ou qualquer outro detido – de se comunicar com o mundo exterior, frente ao quadro normativo oriundo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, opta-se por descartar a análise de procedimento de recepção dos supracitados documentos internacionais pelo Direito brasileiro, haja vista a paritária proteção normativa nacional.

Ao quadro estrangeiro, observou-se que tribunais nacionais, em especial o sul-africano, geram a construção normativa da dignidade humana com mais afinco quando da incomunicabilidade do preso: a comunicabilidade é um direito constitucional expresso no país, não se admitindo que legislação infraconstitucional o restrinja – restrição que ocorreu no Brasil. Fundamento a ser desenvolvido no Capítulo 6.

## 6 A dignidade humana à incomunicabilidade do preso

A incomunicabilidade, como observado aos capítulos anteriores, pode ser necessária. Contudo, tal restrição caminha no liame que afasta tal necessidade, de um lado, e do abuso que torna a medida ilegal, de outro. A afronta, em tese,

---

<sup>24</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf)>. Acesso: 9 jun. 2023.

pode vir a agredir a própria dignidade.<sup>25</sup> É necessário averiguar o corte temático do conteúdo normativo da dignidade humana para que se constate tal quadro: o abuso ou a adequação legal da medida.

A dignidade humana, observe-se, deve ser preservada e protegida de todas as situações, não sendo permitida a coisificação do ser humano, ainda que para proteger a coletividade (GURGEL, 2018, p. 113).

A teoria utilitarista que prega o sacrifício individual em nome da coletividade é aquilo que fundamenta a incomunicabilidade, até esse ponto. Ao tema da pesquisa, importa até onde pode agir o Poder Público para dirimir ações que produzam riscos à segurança do estabelecimento ou à segurança pública.

Na construção do conteúdo normativo da dignidade e, ainda, nas permissões legais de restrição dos direitos correlatos, a Administração Pública previne ilícitos penais e mantém a ordem social. A Administração Pública porta, desse modo, competência geral de prevenção e eliminação de perigos, impedindo atividades intoleravelmente perturbadoras da ordem pública. Se o Estado não combater tais atividades, a ordem pública pode sofrer danos grandiosos (NOVAIS, 2003, p. 475-476).

Ao contexto, no exercício de seu mister constitucional, a Administração Pública utiliza-se de fundamentos como “perigo para a ordem e tranquilidade pública” ou ainda “segurança dos cidadãos”, restringindo atividades individuais que ameaçam outros bens jurídicos, mesmo que tais atividades sejam revestidas de qualidade de direitos fundamentais: sempre com o sentido de afastar a ameaça e de repor a segurança e a ordem públicas (NOVAIS, 2013, p. 477). Inclusive um direito fundamental mostra-se ilegal acaso exercido com abuso.

Uma vez que ações de pessoa mantida no sistema penitenciário produzam riscos à segurança pública e à segurança do estabelecimento penitenciário, força-se atos do agente público diretor do presídio ou, ainda, do juiz das execuções penais. Possibilita-se, doravante, a incomunicabilidade. A grande questão ao Capítulo 5 gira a saber se o direito de se comunicar junte-se, ou não, à dignidade – um embate entre: i) os valores da segurança pública e a segurança de um estabelecimento prisional, de um lado; e ii) o direito à comunicabilidade de alguém guardado em estabelecimento prisional.

A incomunicabilidade – ou solitária –, como visto no Capítulo 4, demanda um cotejo embasado em dados e fatos concretos. A gravidade dos fatos deve ser provada. Mesmo o interesse social, corroborado pela segurança pública e a segurança do estabelecimento, pode ser descrito de modo minucioso. Só assim

<sup>25</sup> Utiliza-se, para o mesmo instituto jurídico, de nomenclaturas como “dignidade da pessoa humana”; “dignidade humana” ou, ainda, somente “dignidade”.

se permite a limitação (momentânea) do exercício de um direito de uma pessoa, para salvaguardar outro direito de mesmo quilate de outras pessoas (coletividade). Sobre o objeto da pesquisa, há a ilegalidade e o abuso de direito no exercício da comunicação por parte do detento.

Perante a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o confinamento solitário configura tortura e tratamento desumano e degradante. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos referendou que a prisão solitária, sem o devido estímulo mental e físico, debandará, provavelmente, ao longo do tempo, para efeitos danosos que deteriorarão as faculdades mentais e as habilidades sociais do detento (tradução do autor)<sup>26</sup> (SHALEV, 2015, p. 146). Quadro que agride a dignidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, entendeu que um estabelecimento prisional no Peru, onde aplicava-se violência psicológica, sexual e física, tem no confinamento solitário uma das provas de violação da dignidade. Por entendimento desta corte, o Estado Peruano infringiu tratados internacionais sobre Direitos Humanos, pois proibiu o contato das presas com seus filhos menores, alcançando um alto rigor nas prisões solitárias e ainda na incomunicabilidade dos detentos(as) (BARROSO, 2014, p. 32).

À referida decisão, entendeu-se violado o Artigo 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, diante da privação de contato com a respectiva mãe, os filhos das detentas tiveram violadas as respectivas dignidades.

A presente pesquisa não encontrou uma posição específica do STF sobre a incomunicabilidade do preso. Todavia, esse tribunal segue uma linha de moderação quanto ao sistema carcerário. Sobre a superlotação carcerária, o STF<sup>27</sup> entendeu que o sistema prisional brasileiro viola direitos fundamentais dos presos quanto a dignidade, a higidez física e a integridade psíquica. Para ele, a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob sua custódia.

Conforme visto, ao TPI a incomunicabilidade do preso é sinônimo de penas cruéis e desumanas. O mesmo se afirma ao Tribunal Federal Constitucional alemão. Qualidades de penas proibidas ao STF.

---

<sup>26</sup> No original: *Over the years this position has been affirmed and reiterated by the ECtHR, adding also the potential effect of solitary confinement on social abilities: Solitary confinement without appropriate mental and physical stimulation is likely, in the long term, to have damaging effects, resulting in deterioration of mental faculties and social abilities.*

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*. Pleno. Relator Marco Aurélio. Julgado: 9 de setembro de 2015. Publicado: 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

Satisfaz-se, aqui, com a interpretação dada por Gilmar Ferreira Mendes, ao STF:<sup>28</sup> diante de considerações normativas de tratados internacionais sobre Direitos Humanos não aprovados pelo procedimento de Emenda Constitucional, conforme o parágrafo 3º do Artigo 5º da CF88, a supralegalidade produz efeitos normativos no Brasil, agindo a norma do Direito Internacional sobre a legislação infraconstitucional nacional, como a própria Lei de Execução Penal, essa alterada pela Lei nº 13.964/2019.

A supralegalidade é tida como tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e os princípios de direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais. Serve a supralegalidade como uma solução que viria compatibilizar a jurisprudência do STF com essas mudanças. Assim, os tratados de direitos humanos paralisam a eficácia jurídica de disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante (MAUÉS, 2013, p. 219).

Há defesa – reconhece-se: minoritária – que a doutrina e a jurisprudência alcancem um entendimento interpretativo integrador, em que o conteúdo normativo dos direitos previstos na CF88 permite construções normativas paritárias, possibilitando direitos fundamentais implícitos, conforme o caput do Artigo 5º. É o pensamento de alguns dos ministros do STF sobre o *status* dos documentos referidos (SARLET, 2018, p. 333-334). Tal técnica amplia a noção de direitos e princípios decorrentes do regime, fazendo sobrelevar direitos implícitos, frutos de uma hermenêutica obediente aos ditames constitucionais – o que não necessariamente cria um novo direito fundamental: apenas amplia-se a incidência daqueles já existentes.

Desse modo, o juiz de execuções penais possui arcabouço normativo para aplicar regras advindas do Direito Internacional e que dispõem diferentemente sobre incomunicabilidade do preso em RDD. O Artigo 5º, parágrafo 2º, da CF88 pode permitir que direitos implícitos ganhem caráter declaratório novo sob substrato normativo antigo e de status constitucional (SARLET, 2018, p. 333-334).

Porquanto o STF entrega a supralegalidade, alguns de sus membros, isoladamente, avançam mais ainda. Interpretação alinhada à Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, no bojo da Declaração e Programa de Ação de Viena, qualificou-se os direitos humanos como ligados à democracia e à obrigação que todos os Estados democráticos teriam de respeitá-los e promovê-los (CELSO DE MELLO, 2008).

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343/SP*. Pleno. Relator Cezar Peluso. Julgado: 3 de dezembro de 2008. Publicado: 5 de junho de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>>. Acesso: 6 jun. 2023.



Implementa-se, assim, um diálogo das cortes, para solucionar conflitos entre normas internacionais e internas sobre direitos humanos: utilizar o Parágrafo 2º, do Artigo 5º, para que decisões nacionais considerem dispositivos internacionais convencionais e extraconvencionais sobre direitos humanos (FACHIN, 2016); a eficácia do parágrafo 2º, do referido Artigo 5º, do texto constitucional, precisa de capacidade normativa quanto da suficiência à incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos: o *caput* do Artigo 5º torna aberto o rol de direitos ali elencados (WEBER, 2011). Em verdade, a suprallegalidade adotada no Recurso Extraordinário 466.343/SP, alcança os mesmos efeitos práticos: o afastamento da legislação infraconstitucional que dá executoriedade à incomunicabilidade na solução das situações ordinárias de crise penitenciária.

Reconhece-se, entretanto, que mesmo diante de normas internacionais que alterem a vigência ou mesmo a eficácia das normas internas sobre a incomunicabilidade do preso, a Administração Penitenciária pode enfrentar necessidades extraordinárias. Medidas administrativas e jurisdicionais no afã de socorrer necessidades maiores, urgentes, atuais e produzidas pelo exercício abusivo do direito de comunicar-se do detento. Desse modo, mesmo que o Direito Internacional sobre Direitos Humanos proteja mais eficazmente a comunicabilidade de alguém preso, a cautelaridade ao caso concreto e o abuso do direito podem entregar a necessidade da medida.

Nesse capítulo, observa-se que uma pena e sua execução devem seguir a lei. O isolamento, configurado em penas solitárias ou, ainda, a própria incomunicabilidade, fogem à dignidade tanto quanto a manutenção de presos em celas superlotadas. O abuso da comunicação, por outro lado, pode dar azo às medidas extraordinárias – como a incomunicabilidade –, mesmo sob os parâmetros do Direito Internacional.

## **7 Considerações finais**

A comunicabilidade de alguém detido é um direito previsto na CF88, garantido mesmo em crises constitucionais de exceção.

No Capítulo 2, observou-se que a incomunicabilidade do preso não está presente em crises institucionais da CF88. Por outro lado, também se observou que a necessidade administrativa do estabelecimento e da Administração Penitenciária pode ensejar a medida, uma crise ordinária cujas necessidades se portam maiores que aquelas encontradas no Estado de Defesa e o Estado de Sítio. Observou-se ainda que a incomunicabilidade nunca alcança seu modo absoluto.

No Capítulo 3, observou-se que o CPPM prevê, em seus Artigos 17 e 241, a possibilidade de imposição da incomunicabilidade. Contudo, concluiu-se que tais dispositivos não foram recepcionados pela CF88. Ainda ao Capítulo, observou-se que o STM entende que eventual incomunicabilidade aplicada, uma vez sustada, não daria azo à nulidade do processo.

Observou outrossim que mesmo que a figura do inimigo seja saudável e necessária ao Direito Penal Militar, isso não permite que as diretrizes do Direito Penal do Inimigo sejam aplicadas no Brasil: o que dificulta a adoção da incomunicabilidade à normalidade carcerária.

Junto ao Capítulo 4, a pesquisa entendeu que a necessidade administrativo-penitenciária pode ensejar atos administrativos do Diretor do presídio que podem avançar sobre direitos individuais, sempre no intuito de garantir direitos da coletividade.

Observados que ao Estado de Defesa e ao Estado de Sítio é proibida a incomunicabilidade de alguém, a pesquisa encontrou, por primeiro, que ao RDD a comunicabilidade pode ser bastante restrita – aos advogados e à família.

Contudo, necessidades ainda mais extraordinárias, produzidas pelo comportamento do preso ou de terceiros, a seu mando, podem justificar atos administrativos que protejam direitos coletivos, restringindo, de modo momentâneo e justificado, direitos individuais. Comunicabilidade que seria suspensa enquanto não contornados os efeitos do abuso do exercício do direito.

Junto ao Capítulo 5, a pesquisa entendeu que o Direito Internacional entrega regras condizentes com aquelas encontradas no Direito interno. A urgência e a necessidade extraordinária, justificadas, podem ensejar a imposição da incomunicabilidade, pela autoridade competente.

Recapitula-se: i) a ONU, segundo as Regras de Mandela, admite que a incomunicabilidade pode ser necessária, mas sob o limite de 15 dias; ii) a OEA admite o isolamento como último recurso, para proteger a segurança do presídio: a incomunicabilidade em si não é tratada ao documento Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas; iii) junto ao TPI, decidiu-se que o isolamento por mais de vinte e duas horas diárias viola a dignidade; iiiii) à Suprema Corte dos Estados Unidos, observou-se que a prisão solitária pode ser aplicada para melhorar o comportamento do preso, diminuir as rebeliões ou ainda prevenir fugas – motivos não adotados pela legislação brasileira; v) ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, encontrou-se que a proibição à incomunicabilidade é uma faceta do direito de ser ouvido pelo Judiciário, portanto, é proibida: enseja, se aplicada, indenização; vi) ao Tribunal Constitucional da África do Sul, encontrou-se que o direito à comunicabilidade é previsto na Constituição do país: a incomunicabilidade é pena cruel, desumana e degradante; vii) por fim, junto à Suprema Corte do Reino Unido, mesmo

com a aplicação da solitária, ainda é garantido o contato com outras pessoas, adotando-se a Declaração de Istambul sobre o Uso e os Efeitos do Confinamento Solitário, combinado com o Artigo 3 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos – que proíbe a tortura e o tratamento desumano e degradante.

Ainda ao Capítulo 5, observou-se que o trato internacional sobre a prisão solitária admite transferência de seu conteúdo dogmático à incomunicabilidade, no Brasil. Ademais ao Capítulo, concluiu-se que as diretrizes internacionais não inovariam ao que é encontrado no Ordenamento interno, motivo pelo qual não se aprofundou sobre a recepção dos documentos internacionais a quem o Brasil alinha-se, nem sobre seus efeitos práticos.

Por fim, ao Capítulo 6, a pesquisa encontrou que mesmo o exercício de direitos ligados à dignidade pode, extraordinariamente, desaguar em condutas que agridem a dignidade de outros. Ao caso, cabe controle do abuso. O limite à comunicabilidade do preso pode servir – o caso concreto dirá – para prover necessidades maiores, urgentes, atuais, decorrentes do exercício abusivo do direito do detento.

No Capítulo, observou-se que a cautelaridade do caso concreto pode exigir uma medida adequada e suficiente – permitida na lei. O abuso da comunicação pode dar azo à incomunicabilidade como solução imediata para uma necessidade momentânea, sob os parâmetros do Direito Internacional. No Brasil, mesmo que não se adote legalmente a incomunicabilidade absoluta, a restrição adotada é justificada pela necessidade de combate ao abuso referido.

## Referências

ASSIS, Júlio Cesar de. Aspectos práticos da atividade de política judiciária militar. In: *seminário de direito militar de Santa Maria*, VIII., 2012, Santa Maria. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/2126-promotor-do-mpm-aborda-aspectos-do-inquerito-policial-militar-em-santa-maria>>. Acesso: 3 abr. 2023

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forense, 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FACHIN, Luis Edson. In: *O direito internacional dos direitos humanos em face dos poderes judiciais nacionais*, 2016. Brasília. Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça. Dis-

ponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-13/fachin-sugere-dialogo-entre-tratado-internacional-lei-brasileira>>. Acesso: 2 abr. 2023.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. Tese de Pós-Doutoramento em Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

LABRECQUE, Ryan M. *The effect of solitary confinement on institutional misconduct: a longitudinal evaluation*. Tese de Doutorado em Filosofia, Universidade de Cincinnati, Cincinnati, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. v. único. São Paulo: JusPodivm, 2020.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. S.U.R. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 215-235, 2013.

MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 58-102.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 332-587.

\_\_\_\_\_. Limitações aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 248-335.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual do direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevencion em derecho penal*. Traducion de Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 299-399.

SHALEV, Sharon. Solitary confinement as a prison health issue. In: ENGGIST, Stepan; MOLLER, Lars; GALEA, Gauden; UDESEN, Caroline (Ed.). *Who guide to prisons and health*. Copenhagen: World Health Organization, 2017. p. 27-35.

SHALEV, Sharon. Solitary confinement: the view from Europe. *Canadian journal of human rights*, Winnipeg, v. 4, n. 1, p. 143-165, jan. 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*. 2005. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020.

WEBER, Rosa. Sabatina. In: Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, 64, 2011. Brasília, DF. *Transcrição*. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sabatina-rosa-weber-senado-transcricao.pdf>>. Acesso: 31 mar. 2023.