



NOTA TÉCNICA Nº 01/2017-CAOp-Crim

CUSTÓDIA ESTATAL. UTILIZAÇÃO DO CONHECIDO *GAIOLÃO* PARA O ENCLAUSURAMENTO DE PRESOS. IMPOSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DO BANHO DE SOL. DIREITO CONSTITUCIONAL E LEGAL. ACORDOS INTERNACIONAIS VIGENTES NO BRASIL NESSE SENTIDO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES LOCAIS PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO AFERÍVEIS CASO A CASO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE MINISTERIAL E JUDICIAL.

I – RELATÓRIO:

O Promotor de Justiça Wlademir Soares de Oliveira, titular da Promotoria de Justiça da Comarca de Tuntum/MA, remeteu o Ofício nº 219/2017-PJT, datado de 23/11/2017, a este Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado do Maranhão, solicitando emissão de Nota Técnica sobre o uso do *gaiolão* para permanência de presos, visando instruir procedimento investigatório instaurado no âmbito daquele órgão de execução, porque o uso daquele “seria apenas para o ‘banho de sol’ de presos à disposição da justiça”.

Nesse diapasão, assevera o fato, recentemente ocorrido, com o cidadão Francisco Ednei Lima Silva, que permaneceu no *gaiolão* da Delegacia de Barra do Corda, desde aproximadamente as 15:00hs, do dia 08/10/2017, até as 09:00hs do dia seguinte, quando foi socorrido e veio a óbito.

Junta, ainda nesse ponto, o laudo pericial realizado na área de banho de sol da referida Delegacia de Polícia.

Era o que havia para relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca uma série de direitos previstos diretamente para aqueles que se encontram sob a custódia do Estado, como se vê abaixo.



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias são asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;



Nesse diapasão, e mais genericamente, o texto constitucional ainda assinala que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil se trata da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Antes mesmo do advento desta Constituição Federal de 1988, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) já previa uma série de direitos aos presos, conforme descrito a seguir.

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. [...]

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I – material;

II – à saúde;

III – jurídica;

IV – educacional;

V – social;

VI – religiosa.

[...]

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

I – alimentação suficiente e vestuário;

II – atribuição de trabalho e sua remuneração;

III – Previdência Social;



IV – constituição de pecúlio;

V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI – chamamento nominal;

XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713/2013)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.



A citada proteção é conferida, também, pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, que foi adotada pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966, cujo texto restou aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226/1991 e entrou em vigor no Brasil em 1992 (promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992), *litteris*:

ARTIGO 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

ARTIGO 8

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.

2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.

3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios;

b) A alínea a) do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente;

c) Para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados "trabalhos forçados ou obrigatórios":

i) qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea b) normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional;

ii) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência;



iii) qualquer serviço exigido em casos de emergência ou de calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade;

iv) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais. [...]

ARTIGO 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinqüentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada pela Organização dos Estados Americanos em São José da Costa Rica em 22/11/1969, cujo texto restou aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/1992, entrou em vigor no Brasil também em 1992 (promulgada pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992), é um outro diploma que atribui direitos aos presos, *in verbis*:

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.



4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Ainda no âmbito internacional, vê-se proteção também ao preso na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que restou adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua XL Sessão, realizada em Nova York no dia 10/12/1984, e aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 04/1989, entrando em vigor ainda neste ano no Brasil (só promulgada pelo Decreto nº 40, de 15/02/1991).

Colocado isto, há que se perquirir, agora, primeiramente, a respeito da legalidade de se manter o preso enclausurado nos chamados *gaiolões*, que são locais de custódia abertos, ou seja, que estão sujeitos a toda sorte de intempéries climáticas, tais como chuva, sol, vento, frio etc, consoante solicitado.

Nesse ponto, não há qualquer sombra de dúvida de que esta forma de enclausuramento vai de encontro aos princípios mais comezinhos ligados à questão, contidos na Lei nº 7.210/1984, a qual dispõe sobre a Lei de Execução Penal no Brasil, e nas normas de direito internacional de que o país é signatário.

No mais, ainda que não houvesse qualquer regramento de ordem infraconstitucional no referido sentido, vislumbra-se que o supramencionado estado de coisas atenta flagrantemente contra a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), como descrito anteriormente.

Esta espécie de enclausuramento já havia sido atestada pela CPI do Sistema Carcerário em 2009, e veementemente rechaçada.

Também nesse espectro, cumpre registrar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que é subordinado ao Ministério da Justiça e tem por objetivo executar as atividades previstas no art. 64 da Lei



de Execução Penal, editou a Resolução nº 14, de 11/11/1994, a qual estabelece as Regras Mínimas Para o Tratamento do Preso no Brasil, que reza o seguinte:

CAPÍTULO IV DOS LOCAIS DESTINADOS AOS PRESOS

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade;

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 11. Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creches e em pré-escola.



Art. 12. As roupas fornecidas pelos estabelecimentos prisionais devem ser apropriadas às condições climáticas.

§ 1º. As roupas não deverão afetar a dignidade do preso.

§ 2º. Todas as roupas deverão estar limpas e mantidas em bom estado.

§ 3º. Em circunstâncias especiais, quando o preso se afastar do estabelecimento para fins autorizados, ser-lhe-á permitido usar suas próprias roupas.

Destarte, não há a menor dúvida de que a colocação de presos (ainda que provisórios), temporariamente (para suprir ausência momentânea de espaços físicos adequados) ou não, configura um atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Superada esta análise, necessário analisar a questão do “banho de sol” dos presos.

Nesse prisma, além de a referida prática estar atrelada à questão dos exercícios físicos dos presos, consoante descreve o art. 14 das Regras Mínimas Para o Tratamento do Preso no Brasil (o qual aduz que “o preso que não se ocupar de tarefa ao ar livre deverá dispor de, pelo menos, uma hora ao dia para realização de exercícios físicos adequados ao banho de sol”), vê-se sua correlação, mais diretamente até, com o direito à saúde daquele que se encontra custodiado pelo Estado.

Este é o raciocínio, inclusive, da Procuradoria Geral da República em parecer proferido pelo Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, nos autos do HC nº 118.536, impetrado no Supremo Tribunal Federal, onde se alega, em linhas gerais, que o constrangimento ilegal imposto no caso advém de eventual “proibição do banho de sol de um grupo de pessoas presas na Penitenciária de Martinópolis/SP”, e, também, que “o direito ao banho de sol, que afeta diretamente a liberdade de locomoção a vida para além do disposto na lei e na sentença, é um direito coletivo”.

Nesse ponto, cumpre frisar que o referido *writ* ataca acórdão proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do AgRg no HC nº 269.265/SP, que negou provimento ao dito recurso por não vislumbrar, única e exclusivamente, que a questão do “banho de sol” coletivo, sem a individualização dos sujeitos envolvidos, pudesse ser analisada em sede de habeas corpus, ou seja, a Corte de Justiça não adentrou na questão de fundo do remédio heroico.



Feito este registro, vale consignar o que pontuado pelo referido Subprocurador-Geral da República na manifestação ministerial acima mencionada:

Sobre o cabimento do habeas corpus, assim dispõe o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Como se vê, a Constituição não impôs restrições ao uso do habeas corpus, por isso, ao contrário do que assentado no acórdão impugnado, consideramos cabível a impetração para fazer cessar o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, imposto a duas ou mais pessoas físicas, já que a pessoa jurídica não é passível de sofrer violação no direito de locomoção, bastando que o cenário fático-processual de cada uma delas seja comum para viabilizar a concessão da medida.

Esta a hipótese dos autos, em que se busca a tutela coletiva do direito à liberdade, violado pela proibição de banho de sol aos presos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar da penitenciária de Martinópolis/SP.

Trata-se de um universo de pessoas delimitadas que estão em um estabelecimento determinado, ligadas entre si por uma relação jurídica base, buscando assegurar direito de natureza indivisível. Não é o caso de direitos difusos de que são titulares pessoas indeterminadas, mas sim direito coletivo titularizado por pessoas determinadas.

Sob esse prisma, mostra-se viável a impetração de habeas corpus coletivo, que veicula indevido constrangimento à liberdade de locomoção dos presidiários que cumprem isolamento celular e no “seguro” da Penitenciária de Martinópolis/SP.

O remédio constitucional também se mostra adequado para compelir o Poder Executivo a cumprir a sua missão de “prover os meios” necessários à boa execução das leis.

Elucidativo para este raciocínio, a decisão monocrática proferida na ADPF nº 45, na qual o e. Ministro Celso de Mello reconheceu a possibilidade do controle judicial de



políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais, quando quedarem-se inertes os órgãos de direção política (do Legislativo e do Executivo), que deixam de cumprir os seus deveres constitucionais de implementação daqueles direitos. Com efeito, acentuou:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

No mérito, temos que os supracitados detentos não podem ser privados do direito ao banho de sol.

A Lei de Execuções Penais, em obediência ao princípio constitucional da isonomia, assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória (artigo 3º). Esse dispositivo traz o princípio isonômico ao âmbito da execução da pena, garantindo, também aos apenados, todo o extenso rol de direitos expressos no ordenamento jurídico.

Assim, também se estende aos segregados a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana (art.1º, inc. III, da CF/88), garantindo-lhes a integridade física e moral,



sendo vedada a aplicação de penas cruéis ou desumanas (art. 5º, incisos XLVII e XLIX, da CF/88).

Incompatível, pois, com tais direitos, a supressão do banho do sol.

Ademais, segundo o art. 42 da Lei n. 7.210/84, o preso definitivo ou provisório é sujeito de direitos, dentre os quais, destacam-se alimentação suficiente, vestuário e assistência à saúde. **Na esteira do direito à saúde, o contato com a luz do sol é fundamental para garantir níveis saudáveis de vitamina D, e prevenir doenças crônicas.**

Dessa forma, ainda que por um período não excedente a 30 dias, como informado pela Secretaria de Administração Penitenciária (evento 11), não há dúvida de que a falta de banho de sol, somado à ausência de ventilação e iluminação das celas do estabelecimento penal, representa risco concreto de danos à saúde dos detentos.

Como ressaltado pela impetração, o banho de sol é assegurado até mesmo ao preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), conforme o inciso IV do art. 52, da Lei 7210/84, “que é a forma mais gravosa e de cumprimento de pena prevista no ordenamento pátrio” (fl. 16).

Neste contexto, não serve de escusa à privação ao banho de sol a alegação de falta de estrutura física dos pavilhões destinados à medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar da penitenciária de Martinópolis/SP.

A respeito, bem ponderou o Ministério Público, nas razões do agravo regimental, que “não há insuficiência de corpo funcional ou recursos financeiros” e que o “direito ao banho de sol poderia ser assegurado de outra maneira, inclusive com a adoção de horários diferenciados. Não havendo, assim, motivo para que este direito não seja efetivado, sendo o habeas corpus meio idôneo para vindicá-lo”.

Em síntese, a situação dos encarcerados na Penitenciária de Martinópolis/SP, de total carência de banho de sol, mostra-se completamente desvirtuada do ordenamento jurídico e passível de imediata interferência do Estado/Juiz,



em ordem a viabilizar o cumprimento das exigências legais e constitucionais, notadamente a dignidade humana, a integridade física e o direito à saúde.

Ante o exposto, opinamos pela concessão da ordem. (grifo nosso)

Em que pese esta manifestação seja datada de 07/02/2014, o Pretório Excelso ainda não analisou a referida questão, estando os autos conclusos ao relator, Ministro Dias Toffoli, desde o dia 16/12/2015, segundo a última movimentação processual.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RMS nº 42.051/GO, já assinalou, por meio da sua 5ª Turma, que “a ausência de condições para que os presos tomassem banho de sol” é um dos elementos que podem ser levados em conta pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Penal para a interdição parcial de carceragem de Delegacia de Polícia.

Analisando questão tangente à presente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que até o enclausurado em regime disciplinar diferenciado (RDD) tem direito ao “banho de sol”, conforme se vê nos autos do RHC nº 124.775/RO, julgado pela sua 1ª Turma e relatado ainda pelo Ministro Dias Toffoli, *litteris*:

Recurso ordinário constitucional. Habeas corpus. Execução Penal. Remição. Inexistência de meios, no estabelecimento prisional, para o desempenho de atividades laborais ou pedagógicas. Pretendido cômputo fictício de potenciais dias de trabalho ou estudo. Inadmissibilidade. Necessidade do efetivo exercício dessas atividades. Preso, ademais, sob regime disciplinar diferenciado (RDD). Inexistência de previsão legal para que deixe a cela para executar trabalho interno. Recurso não provido. 1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador, razão por que não existe a denominada remição ficta ou virtual. 2. Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional. 3. O Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao preso tratamento penitenciário peculiar, mais severo e distinto daquele reservado aos demais detentos, estabelecendo que o preso somente poderá sair da cela individual, diariamente, por duas horas,



para banho de sol. 4. Não há previsão, na Lei de Execução Penal, para que o preso, no regime disciplinar diferenciado, deixe a cela para executar trabalho interno, o que também se erige em óbice ao pretendido reconhecimento do direito à remição ficta. 5. Recurso não provido.

Dessa forma, não se tem margem de dúvida, no ordenamento jurídico brasileiro, que o “banho de sol” é um direito dos presos, sejam eles definitivos ou provisórios, ou até mesmo para os que estão em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Todavia, necessário consignar que as condições ambientais da referida localidade é que vão determinar o melhor horário para que aquele direito seja garantido aos presos, porquanto podem variar a depender de cada Comarca, sempre sujeita a apreciação do caso à fiscalização do Ministério Público e ao controle judicial.

III – CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, conclui-se:

- 1) Revela-se ilegal e inconstitucional a utilização dos conhecidos *gaiolões* para manter os presos custodiados.
- 2) O “banho de sol” é um direito dos presos, sejam eles provisórios ou definitivos, e até mesmo daqueles que estão em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).
- 3) As condições para a implementação do “banho de sol” devem ser aferidas caso a caso, segundo as condições ambientes locais; com o controle ministerial e judicial.

São Luís, 15 de dezembro de 2017.

José Cláudio Cabral Marques
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOP-CRIM

Obs: A versão original assinada se encontra arquivada no CAOp-Crim.