

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO BRASIL E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

Nathália Malacrida de Araújo

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO BRASIL E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

Nathália Malacrida de Araújo

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito,
sob orientação do Prof. Florestan do
Prado Rodrigo

Presidente Prudente/SP
2015

Araújo, Nathália Malacrida de.

O Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil e o Direito Penal do Inimigo / Nathália Malacrida de Araújo – Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015. 92f.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Execução penal 2. Pena privativa de liberdade 3. RDD
4. Direito Penal do Inimigo I. Título.

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO BRASIL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Florestan do Prado Rodrigo
Orientador

Mário Coimbra
Examinador

Bruna Juliana Rodrigues Lodron
Examinador

Presidente Prudente/SP, 03 de novembro de 2015.

“Sê forte e corajoso; não temas, nem te espantes, porque o SENHOR, teu Deus, é contigo por onde quer que andares”

Josué 1:9

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela graça de todos os dias me abençoar e me conceder disposição, determinação e perseverança para não desistir da caminhada e por ser meu amparo nos momentos difíceis.

Aos meus pais, Carlos e Siuzer, que nunca mediram esforços para me proporcionar uma educação de qualidade e uma formação íntegra, além de serem meus grandes exemplos de amor, humildade e honestidade. A eles, minha eterna gratidão.

Agradeço também a minha família e em especial às minhas irmãs, Beatriz e Larissa, que estão comigo em todos os momentos de minha vida.

Um agradecimento especial ao meu namorado, Yan, pela paciência e compreensão, principalmente por me amar durante a elaboração deste trabalho.

Ao meu orientador e grande mestre, Florestan Rodrigo do Prado, por ter aceitado me auxiliar neste trabalho, e pela disposição e ajuda que dispensou a mim com paciência e compromisso.

A todos amigos e colegas, obrigado pelo companheirismo e paciência.

Por fim, meu muito obrigado a todos que direta ou indiretamente contribuíram para realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho, elaborado como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito e obtenção do Grau de Bacharel perante o Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, tem como objetivo realizar uma análise do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), originado pela SAP nº 26, e posteriormente, instituído, recebendo status federal, pela Lei 10.792/03 e a afirmação de que este instituto corresponde a uma vertente do denominado Direito Penal do Inimigo, inicialmente abordado por Günther Jakobs. Neste sentido, partiu-se de um breve estudo histórico, da evolução do Direito Penal geral, especificamente quanto às penas existentes ao longo da história, depois, especificamente no Brasil. Em seguida, deu-se um enfoque no conteúdo relativo à pena privativa de liberdade, analisando-se sua finalidade e, principalmente os regimes prisionais, para, finalmente, apreciar o regime disciplinar diferenciado, inclusive, com considerações sobre sua constitucionalidade. Verificou-se, ainda, que o instituto defende o abandono do ideal ressocializador da pena, e, nesta toada, inicia-se breves elucidações acerca do chamado Direito Penal do Inimigo, que prevê que àqueles contrários à estrutura estatal, ditos irrecuperáveis, devem ser excluídos do ordenamento jurídico, pois representam um perigo à sociedade. Por fim, será possível perceber que as políticas criminais de exclusão não devem ser seguidas, pois não coadunam com o Estado Democrático Social de Direito.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade. Regime disciplinar diferenciado. Direito Penal do Inimigo. Sistema penitenciário. Execução Penal.

ABSTRACT

This article was prepared as a conclusion requirement in order to obtain the Law Bachelor's degree at the "Antonio Eufrásio de Toledo" University, which intends to develop an analysis of the a Disciplinary System, created by SAP No. 26, and subsequently established, receiving federal status by Law 10,792 / 03 and the statement that this institute represents an Enemy criminal law aspect, originally approached by GüntherJakobs. According to that, a brief historical criminal law evolution was conducted, particularly regarding the existing penalties throughout the history, and later in Brazil, specifically. Then, focus on the contents of the deprivation of liberty, analyzing its purpose and especially the prison systems, to finally evaluate the differentiated disciplinary system, including its constitutionality. Also ascertain that the institute supports the abandonment of ideal resocializing penalty. And in this circumstance, create brief elucidations about the so-called Enemy Criminal Law , which states that those against the government structure, those said to be incorrigible, should be excluded from the legal system as they represent a risk to society. Finally, you may notice that the criminal exclusion policies should not be followed since it doesn't follow with the social democratic state line.

Keywords: Deprivation of Liberty. Disciplinary System. Enemy Criminal Law. Prison System. Criminal Justice System.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	12
2.1 Evolução Histórica.....	12
2.1.1 Idade antiga.....	13
2.1.2 Idade média.....	15
2.1.3 Idade moderna	17
2.1.4 Evolução no Brasil.....	19
2.2 Do Direito de Punir do Estado	20
3 DAS PENAS	22
3.1 Conceito de Pena	22
3.2 Finalidade da Pena	23
3.2.1 Teorias absolutas ou retributivas.....	24
3.2.2 Teorias relativas ou preventivas.....	26
3.2.3 Teoria mista ou unificadora	29
3.3 Penas Privativas de Liberdade.....	30
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS PENAS.....	33
4.1 Princípio da Legalidade da Pena.....	33
4.2 Princípio da Humanidade da Pena.....	35
4.3 Princípio da Individualização da Pena.....	36
4.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	37
4.5 Princípio da Proporcionalidade.....	38
4.6 Princípio da Personalidade ou Intranscendência.....	39
5 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E REGIMES PRISIONAIS	41
5.1 Sistema Filadélfico	41
5.2 Sistema Auburniano	42
5.3 Sistema Progressivo	42
5.4 Sistema Panótico	44
5.5 Sistema Penitenciário Brasileiro.....	45
5.6 Do Regime de Execução das Penas Privativas de Liberdade.....	46
5.6.1 Do regime fechado	47
5.6.2 Do regime semiaberto	49
5.6.3 Do regime aberto.....	51
6 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	54
6.1 Origem Histórica.....	54
6.2 Características	58
6.3 Hipóteses de Cabimento do RDD	59
6.4 Procedimento de Inclusão	63
6.5 Constitucionalidade do RDD	65
7 O DIREITO PENAL DO INIMIGO	73

7.1 Considerações Iniciais Acerca do Direito Penal do Inimigo.....	73
7.2 Características	77
7.3 Críticas ao Direito Penal do Inimigo	78
7.4 O Regime Disciplinar Diferenciado como Expressão de um Direito Penal do.....	81
Inimigo.....	81
8 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, alterou a redação do artigo 52, entre outros, da Lei de Execução Penal, criando o chamado Regime Disciplinar Diferenciado, adotado em alguns presídios brasileiros como sanção disciplinar ou medida cautelar.

Ocorre que o Regime Disciplinar Diferenciado é gerador de diversas opiniões e motivo de grandes discussões entre os operadores de direito desde a promulgação da lei que o institui, pois se trata de uma medida que impõe ao presidiário regras mais rígidas de disciplina e um grau de confinamento maior. Isso porque, o instituto, que foi criado segundo a justificativa de fortalecimento da segurança pública, suscita a discussão de violação de direitos e garantias constitucionais.

Assim, para compreensão do tema, serão abordados os motivos da criação do Regime Disciplinar Diferenciado, bem como suas características e hipóteses de inclusão.

O estudo, ainda consistirá na análise sobre a polêmica que circunda mencionado regime, principalmente no que tange sua consonância com os princípios e garantias estampados na Constituição Federal, observando-se que, de fato, tais princípios são desrespeitados. Nesta toada, ainda, ficará claro que o Regime Disciplinar Diferenciado reflete um imediatismo do Estado em querer solucionar o problema da violência gerada pelas organizações criminosas à sociedade, bem como a questão da indisciplina carcerária.

Também é possível, dentro deste tema, fazer a análise de que a aplicação do RDD considera a periculosidade do indivíduo, e não os fatos antijurídicos que o conduziram ao cárcere. Esta característica, dentre outras, aproxima o RDD de um Direito Penal do Inimigo, em que o agente é um inimigo do Estado, já que não aceita se submeter às regras impostas pela sociedade, e por isso deve ser aplicado a ele um Direito Penal excepcional, de exclusão de direitos e garantias.

Portanto, a pesquisa versará, também, sobre a concepção de um Direito Penal do Inimigo, vertente do Direito proposta e estudada pelo professor alemão Gunther Jakobs, e porque o Regime Disciplinar Diferenciado pode ser considerado como uma expressão de mencionado Direito.

Assim, justifica-se a importância da abordagem do tema, uma vez que o RDD tem relevância não só acadêmica, mas social.

Dentre os principais métodos de pesquisa serão utilizados para elaboração deste trabalho, livros doutrinários, artigos jurídicos e o estudo da própria Lei que cria o instituto, que terão como objetivo demonstrar as regras e peculiaridades do Regime Disciplinar Diferenciado, demonstrar sua inconstitucionalidade material, por afrontar princípios e garantias constitucionais e previstas em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e, por fim, revelar que o regime sob análise é verdadeira expressão de um Direito Penal do Inimigo, por ter como simples objetivo a exclusão daquele que é visto como perigoso, sem preocupar-se com o caráter ressocializador da pena.

Consigne-se que será utilizado o método histórico, com intuito de oferecer ao leitor um panorama histórico do regime em análise e também o método dedutivo, pois da análise geral das formas de cumprimento da pena será possível estudar o instituto específico do RDD.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

Para que o Direito seja compreendido no contexto da sociedade atual, torna-se necessário uma retrospectiva histórica, observando-se o passado. Porque, “a forma que o direito penal assume em determinado momento, só pode ser bem entendida no seu sentido geral e em cada uma das instituições, quando posta em referência com seus antecedentes históricos”. (FRAGOSO, 1987, p. 23).

O estudo faz-se essencial para que se tenha uma noção deste ramo do Direito, de forma que nos possibilitará a análise da evolução do pensamento jurídico, das várias concepções do direito de punir que existiram e da pena.

A respeito da importância do estudo da evolução da penas Adel El Tasse (2003, p.01) observa:

Para que possa ser atingido o conceito contemporâneo de sanção penal, bem como para que possa ser possível a compreensão em torno dos objetivos buscados com a imposição da mesma, assume destacada relevância o estudo da evolução do pensamento em torno das conseqüências jurídico-penais ao delito.

Dessa forma, num primeiro momento, analisaremos as fases históricas do Direito Penal, com ênfase na finalidade da pena em cada uma das fases, bem como o modo de aplicação das mesmas.

2.1 Evolução Histórica

A pena tem origem que antecede até mesmo a sociedade estruturalmente organizada, de modo que com o passar do tempo, evoluiu, chegando ao seu atual conceito e finalidade. As fases da evolução histórica da pena, basicamente, resumem-se em três etapas, as quais revelam a prevalência da forma de punir em determinada época.

Segundo Prado (2012, p. 78), num primeiro momento, o crime era um atentado contra os deuses, assim, a pena era a forma de combater a irritação divina. Em seguida, crime era definido como uma agressão violenta entre tribos, sendo a pena modalidade de vingança de sangue. Por fim, o crime era considerado quando havia uma transgressão da ordem jurídica definida pelo Estado e era a pena a reação do Estado à conduta oposta ao estabelecido.

Os delitos podiam ainda ser divididos em três concepções: *bárbara*, *teocrática* e *política*. No que tange à concepção bárbara podiam ainda ser subdivididos, em públicos, quando eram punidos com penas corporais cruéis, e em privados, cabendo à própria vítima ou sua família perseguir e reprimir os infratores. Na concepção teocrática o delito era sempre considerado um atentado à religião. E, finalmente, na concepção política, o crime era considerado uma afronta à ordem social instaurada, sendo a pena forma de preveni-la ou repará-la.

2.1.1 Idade antiga

Período que se desenvolveu desde o surgimento da escrita (4000 a.C até 3.500 a.C) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C) e início da Idade Média (século V).

Para Mirabete (2014, p. 15), ainda que possamos afirmar que o Direito Penal surgiu com o próprio homem, não se pode afirmar que existiu um sistema estruturado de princípios na antiguidade, uma vez que os grupos sociais desse período eram envolvidos num ambiente místico e religioso.

Os grupos sociais desta era acreditavam que os fenômenos (muitas vezes simplesmente naturais) que ocorriam eram castigos divinos pela prática de algum ato que desgostava aos deuses, e, portanto, era preciso reparação.

Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Júnior (2002, p.24) expõem de forma concisa as características penais deste período:

O homem primitivo acredita que os seres sobrenaturais castigavam e premiavam a sociedade de acordo com seu comportamento. Adoravam e cultuavam objetos aos quais deviam obrigações e respeito. Esses objetos eram chamados Totens, e os primeiros castigos de que se tem notícia estão vinculados às relações totêmicas.

Neste período da história, temos um Direito Penal de caráter sacral, pois o homem entendia o crime como um atentado contra os deuses e, portanto, a pena existia para que os deuses pudessem se acalmar diante da afronta cometida.

Para amenizar a revolta dos deuses, foram criadas regras proibitivas, denominadas *tabus*, que quando violadas resultavam em castigos. Dessa forma, a desobediência aos deuses ou a infração a algum *tabu* levava a coletividade a punir o delinqüente, surgindo assim o que, hoje, chamamos de “delito” e “pena”.

Em síntese, Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Júnior (2002, p.25) melhor explicam:

A função da pena era reparatória, ou seja, pretendia fazer com que o infrator, ao ser punido, se retratasse frente à divindade. Além disso, a pena visava à restauração da integridade coletiva diante da divindade cultuada. A pena possuía, portanto um caráter essencialmente sacral.

Pode-se dizer que a vingança penal passou por várias fases, sendo que não são etapas que se sucederam sistematicamente, pois uma vingança convive com a outra, até que uma prevaleça em determinado período de tempo, para em seguida, conviver com a outra que lhe sucederá. Portanto, a divisão cronológica é apenas para melhor elucidação das vinganças existentes. Assim, temos três fases da vingança: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Na fase da vingança privada, ocorrido um crime, havia a reação instintiva da vítima e de sua família contra o infrator, e contra todo seu grupo social, de forma a revidar o mal causado. Não havia limites (proporcionalidade) para esta punição. Caso o ofensor fosse do mesmo grupo da vítima, ele seria banido do grupo, ficando a mercê de outros grupos, pois era preciso restabelecer a integridade do grupo social lesionado perante os deuses.

Se o causador da lesão fosse de grupo alheio ao da vítima, a pena seria “vingança de sangue”, ou seja, guerra entre os grupos, em que um perderia, e conseqüentemente seria eliminado completamente.

Com o decorrer do tempo, e a evolução social, surgiram o *talião* e a *composição*, dois meios de regulamentar a vingança privada, evitando a dizimação das tribos. O talião, regulamentava uma proporcionalidade entre a ofensa e a reação, determinando que houvesse como forma de retribuição um mal idêntico ao praticado. Foi adotado pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pela Bíblia Sagrada, assim como na Lei das XII Tábuas (Roma). Importante avanço para o Direito Penal, vez que limitou a ação punitiva.

Após, surgiu a *composição*, permitindo que o ofensor comprasse sua liberdade, livrando-se de uma punição. A forma de pagamento podia ser de diversas maneiras. “Foi adotada pelo Código de Hamurabi, pelo pentateuco (Hebreus) e pelo

Código de Manu (Índia), foi largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das indenizações cíveis e das multas penais”.¹

Na fase da vingança divina, “a repressão ao crime é satisfação dos deuses”. Aqui, como já mencionado anteriormente, havia grande influência de um ambiente mágico e religioso. A punição ao agressor era forma de conter a ira divina. Acreditava-se que a repressão era meio de obtenção de perdão dos deuses pela lesão praticada.

A aplicação do castigo ficava a cargo dos sacerdotes, que estipulavam penas severas e desumanas. A vingança divina foi adotada por diversos povos, como por exemplo, na Babilônia, no Egito, na China, na Pérsia, e em Israel.

Por fim, alcançou-se a fase da vingança pública, na qual a pena perde o caráter sacral, sendo aplicada pela autoridade pública, que detinha poderes e representatividade dos interesses e da proteção de toda a comunidade. Assim, a pena não era mais aplicada por qualquer um (vítima ou sacerdotes), mas pelo soberano, representante do Estado, de forma que a segurança jurídica passou a ganhar lugar.

Importante destacar, os ensinamentos de Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Júnior (2002, p. 26) sobre a ausência de pena privativa de liberdade neste período:

Quanto à forma de punição adotada nesta época, costuma-se dizer que as sociedades antigas desconhecem totalmente a privação da liberdade como punição autônoma, utilizando-a unicamente como modo de preservação do corpo do sentenciado para posterior aplicação da pena capital. A prisão consistia, portanto, na “ante-sala” da pena de morte.

O período ora analisado acaba com a queda o Império Romano, e a invasão dos bárbaros à Europa.

2.1.2 Idade média

Período que se inicia com ocorrência de diversos eventos, mas que tem como marco principal a queda do império romano, com a invasão dos “bárbaros” à Europa. Fase com grande influência do direito germânico, marcado inicialmente pela vingança privada, utilizando-se de penas capitais e corporais. O povo bárbaro,

¹ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal#ixzz3Xs7Mazex>

ávido por sangue, considerava os castigos corporais como um espetáculo, e como forma de implantar na consciência do cidadão uma idéia de medo coletivo.

As “ordálias”, consistentes em desafios a que o criminoso era submetido para provar sua inocência ou não, eram muito utilizadas neste período.

Neste cerne, melhor explica Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 32):

Durante todo o período da Idade Média, a idéia de pena privativa de liberdade não aparece. Há nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam “submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas contituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.

Percebe-se que o período foi marcado pela crueldade das penas, que tinham como objetivo a vingança social e intimidação. O Direito é desigual, rigoroso, e excessivamente arbitrário, tornando-se caótico.

Lado outro, apesar do direito germânico ter grande influência na Idade Média, houve também o domínio do *direito canônico*, pois a Igreja Católica ganhava cada vez mais espaço e poder, contribuindo de forma significativa para a humanização do Direito Penal. A Igreja passa a coibir as ordálias e rechaçar a pena de morte. “A pena possuía caráter evidentemente sacral, de base retribucionista, porém com preocupações de correção do infrator” (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.31), uma vez que a pena era considerada forma de reabilitação do ofensor, que arrependido, purificava-se de sua culpa. Havia aqui, grande confusão entre crime e pecado, pois, o infrator era considerado também pecador.

Origina-se o primeiro antecedente substituto da pena de morte, uma vez que a Igreja, para punir seus membros (clérigos), utilizava-se da reclusão em celas ou isolamento em mosteiros como forma de penalidade. “Recolhiam-se os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio da penitência e da oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda” (BITENCOURT, 2011, p. 33).

Surge, então, a chamada prisão eclesiástica, em que os clérigos rebeldes, reclusos ou isolados, tinham tempo para refletir e através de penitência, se arrepender dos pecados.

Conclui-se que surgimento da prisão moderna teve considerável contribuição do direito canônico, especialmente quanto às primeiras idéias sobre a reforma do delinqüente. Contudo, consigne-se que não se pode exagerar na comparação entre a prisão canônica e a moderna, pois guardam consideráveis diferenças, embora a primeira seja um importante antecedente da prisão moderna.

Ainda nesta fase histórica, surge a prisão-Estado, onde os inimigos do poder eram recolhidos, para aguardar a execução da pena, pelos delitos de traição cometidos ou por serem adversários político dos governantes.

Dessa forma, observa-se a relevante contribuição deste período como ponto de partida à pena privativa de liberdade.

Houve, também, a fusão dos direitos romano, germânico e canônico, resultando no direito comum, ainda com predomínio de extrema crueldade na aplicação e execução das penas. Contudo, o renascimento dos estudos do Direito Romano foi a chave para restauração na Europa do sentimento de Direito, de dignidade e da sua importância para garantir um progresso social e a ordem no Estado.

A crueldade da penas, só vai ser limitada quando da ocorrência da denominada *reação humanitária*, decorrente da Revolução Francesa.

2.1.3 Idade moderna

Eis que temos o “*Século das Luzes*”, caracterizado pela razão e humanidade. Se por um lado no período anterior houve excessos e crueldade, aqui temos uma concepção totalmente contrária: a humanidade, pensada e decorrente do *Iluminismo*, “concepção filosófica que se caracteriza por ampliar o domínio da razão a todas as áreas da experiência humana”. (PRADO, 2011, p. 87).

Por esta filosofia penal, o delito não estava mais vinculado a questões éticas ou religiosas, mas encontrava fundamento no contrato social violado, sendo a pena medida que buscava prevenir a ocorrência da violação. Os filósofos franceses Montesquieu, Voltaire, Rousseau, destacaram-se neste período, uma vez que defendem a liberdade, igualdade e justiça.

Pautado por estes filósofos, surge a figura de Cesare Bonessana, marquês de Beccaria, que o publica o famoso e utilizado livro *Dei delitti e delle pene* (*Dos delitos e das penas*), no ano de 1764. Obra que gerou grande repercussão e

originou o Direito Penal Moderno. “Aliás, é deste autor a idéia segundo a qual a pena só é justa quando necessária” (SHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 32), desenvolvendo a idéia de estrita legalidade.

Diante desses ideais reformistas, houve o desenvolvimento de uma grande transformação legislativa, que recebeu o nome de movimento codificador, com início ainda no final do século XVIII. A codificação traz certeza ao Direito e sistematiza princípios esparsos, de modo que acaba por facilitar a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Ainda, em consequência, surge a formulação tridimensional do princípio da legalidade, que Luis Regis Prado (2011, p. 88), define com propriedade:

a) *nulla poena sine lege* – a ameaça da sanção deve estar anteriormente prevista em lei; b) *nulla poena sine crimine* – igualmente deve estar determinada a conduta ameaçada; e c) *nullum crimen sine poena legali* – há de ser analisada legalmente a pena correspondente à conduta incriminada.

O século XIX é marcado pelo surgimento de diversas correntes de pensamento, que formam as escolas penais, como a escola clássica, positivista, mista, dentre outras.

A escola clássica era formada por diversos autores cujas idéias eram fundamentadas no Iluminismo. Para esta escola, o método utilizado no Direito Penal era o lógico-abstrato e não o experimental. O criminoso devia ser corrigido e recuperado por meio de pena indeterminada. A escola “define a pena não somente como castigo, mas precipuamente como retribuição. O infrator era ignorado, voltando-se a atenção ao crime, sendo a pena proporcional a este, e não àquele” (SHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 33).

Em contrapartida, a escola positivista influenciou o Direito Penal no sentido de que devia existir uma investigação experimental, como estudos biológicos e sociológicos do criminoso, e não apenas uma indagação puramente racional, considerando a pena meio para ressocialização do delinqüente.

Por conseguinte, surgem as escolas ecléticas ou mistas, na tentativa de conciliar os princípios da Escola Clássica e o tecnicismo jurídico da Escola Positiva.

Atualmente, a doutrina conhecida como Nova Defesa Social, prevê que “a sociedade só é defendida à medida que se proporciona a adaptação do

condenado ao convívio social” (MIRABETE, 2014, p. 22), assim, demonstrando uma reação ao positivismo jurídico, que pregava a redução do Direito ao estudo da lei vigente, a pessoa do condenado é estudada numa perspectiva humanista.

2.1.4 Evolução no Brasil

Tem-se notícia, na história brasileira do direito penal, que no período anterior ao colonial, os que aqui viviam fizeram uso da vingança privada, sendo as punições, eminentemente, corporais.

Já no período colonial, o Brasil importava o Direito de Portugal, ou seja, a colônia era uma verdadeira extensão da metrópole, e por isso, aplicavam-se as Ordenações Afonsinas (1446-1512) – as penas eram demasiadamente severas e desproporcionais aos delitos - Ordenações Manuelinas (1521-1569) – a pena-prisão ocorria eventualmente como antecedente à execução da pena de morte -, estas substituídas pela Compilação de Duarte Nunes Leão (1569-1603), aprovado por D. Sebastião.

Em seguida, atuavam no Brasil as Ordenações Filipinas (1603), vigentes por dois séculos e refletiam um Direito Penal bárbaro, dos tempos medievais, onde crime e pecado se confundiam. “As penas, severas e cruéis, visavam infundir o temor pelo castigo”. (MIRABETE, 2014, p. 23).

Proclamada a independência em 07 de setembro de 1822, ainda não havia legislação própria, fazendo com que continuasse a vigorar as Ordenações Filipinas até a elaboração de um novo código.

Em 1824, a Carta Magna brasileira materializando o desejo do povo por uma nação mais justa e igualitária, exige a elaboração de uma nova legislação penal, fazendo sancionar em 16 de dezembro de 1830 o Código Criminal do Império, que trazia a pena privativa de liberdade como alternativa para as punições corporais e a pena de morte apenas para alguns casos mais graves, visando coibir a prática de crimes pelos escravos.

Em 1889, com a proclamação da República, o Código Criminal do Império tornava-se inadequado à realidade brasileira então existente. O Brasil passava por transformações, frente às grandes transições políticas, sociais e institucionais. Era preciso uma nova legislação, cuja elaboração foi incumbida a Batista Pereira.

Para tanto, em 1890 o novo código passou a vigorar, abolindo-se a pena de morte e instalando-se um regime penitenciário revestido de caráter correccional. Entretanto, a obra legislativa não teve tanto prestígio como a anterior, e foi alvo de muitas críticas, por ser deficiente e conter diversos defeitos técnicos.

O fiasco do novo Código impulsionou a criação de outras leis, visando à melhoria de conteúdo do péssimo Código. Em 1932, surge a Consolidação das Leis Penais, resultado da incorporação das leis subseqüentes ao Código até então vigente. Entretanto, todo o esforço para remediar o Código mal feito não teve sucesso, existindo cada vez mais a necessidade de substituí-lo.

Finalmente, em 1942 entra em vigor o Código Penal criado em 1937 por Alcântara Machado e sancionado em 1940 (Decreto-Lei 2.848/40). Ainda que tenha passado por diversas alterações, merecendo destaque a Lei 7.209, lei que instituiu a nova parte geral do Código Penal de 1940, e em que pese ter passado 75 anos é este o Código Penal que utilizamos até hoje.

2.2 Do Direito de Punir do Estado

À medida que as relações e negociações entre os homens se estreitavam e aumentavam, multiplicaram-se também as transgressões a este convívio. Diante disso, normas tiveram que ser criadas para regulamentar um convívio pacífico e harmônico dos indivíduos de uma sociedade.

Tais normas passaram a ser escritas, positivadas, de forma que um conjunto de leis surgiu, criando-se um ordenamento jurídico.

Denomina-se direito penal objetivo este conjunto de leis que regulamentam as relações sociais, buscando definir regras e condutas a serem ou não seguidas. Por outro lado, os indivíduos que estão sob égide dessas leis têm a faculdade de respeitá-las ou contrariá-las. A este “livre-arbítrio” dá-se o nome de direito subjetivo.

No entanto, aquele que escolhe contrariar o ordenamento jurídico estabelecido pelo Estado, sofre as conseqüências de um direito subjetivo que esse Estado tem de punir o infrator de suas leis. Isso porque, no convívio social, cada indivíduo cede uma parcela de sua liberdade, para que o Estado possa proteger os bens jurídicos desses indivíduos e da sociedade. Ou seja, o agrupamento de todas as parcelas cedidas compõe o fundamento do direito de punir do Estado.

Helena Claudio Fragoso (1987, p. 287) trata sucintamente do assunto:

O sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão de normas. A incriminação de certos comportamentos destina-se a proteger determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição da sanção e de sua efetiva execução evitar que esses comportamentos se realizem. O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, à *defesa social* na forma em que essa defesa é entendida pelos que têm poder de fazer as leis. Esse sistema opera através da mais grave sanção jurídica, que é a *pena*, juntamente com a medida de segurança, em casos especiais.

Portanto, não basta que o Estado crie um direito objetivo, proibindo ou exigindo dos indivíduos determinados comportamentos, mas é essencial que para o descumprimento do ordenamento jurídico haja conseqüências, de modo a punir o infrator e prevenir que transgrida novamente. A este direito que o Estado tem de punir quem desobedece às regras do direito objetivo chamamos de *jus puniendi*.

Etimologicamente a expressão *jus* equivale a direito, enquanto a expressão *puniendi* significa castigar, de modo que a traduzindo literalmente temos *direito de punir* ou *direito de sancionar*, do qual o Estado é o titular.

Para Capez (2007, p.16), o direito de punir do Estado é:

Manifestação da soberania de um Estado, consistente na prerrogativa, *in abstracto*, de se impor coativamente a qualquer pessoa, que venha cometer alguma infração penal, desrespeitando a ordem jurídica vigente e colocando em perigo a paz social.

Contudo, não basta ao Estado punir de qualquer forma, devendo também dar proteção ao delinqüente, que deve proporcionalmente responder pela transgressão. Ou melhor, o Estado não pode exceder o castigo necessário.

“As limitações impostas ao poder punitivo do Estado visam a impedir o despotismo do poder público e evitar atrocidades como aquelas ocorridas antes da reforma penal ocorrida no século XVIII”. (SHECARIA, CORRÊA JÚNIOR, 2002, p.127)

O próprio direito objetivo, como as leis e os princípios constitucionais, limita o *jus puniendi*. Por exemplo, os princípios da legalidade e da humanização das penas que serão analisados adiante, regulam que o criminoso não deve ser condenado se não houver uma pena prévia cominada, nem cumprir uma sanção desumana, que seja desproporcional ao delito cometido.

3 DAS PENAS

Após uma breve explanação histórica sobre a evolução das penas, importante o estudo delas propriamente dito. Ressaltando, desde já, que as penas privativas de liberdade são as que guardam pertinência com o objeto deste trabalho.

3.1 Conceito de Pena

Embora haja inúmeras definições tecidas pelos doutrinadores penais, a maioria deles, converge no sentido de que pena é uma espécie de retribuição feita pelo Estado ao indivíduo delinqüente.

No dicionário é *“aquilo que se faz sofrer a alguém por um delito cometido; punição”*.

O jurista Soler (1972, p. 342) *apud* Mirabete (2014, p, 232) define pena: *“a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”*.

Portanto, pena (do latim *poena*) é uma forma de repressão àquele que violou a ordem social. É a consequência jurídica prevista em lei e imposta pelo Estado àquele que praticou um delito (crime ou contravenção penal). Tem a finalidade de prevenir a ocorrência de novos crimes, de forma a preservar a ordem jurídica e social.

A doutrina ainda classifica as penas em: corporais; privativas de liberdade; restritivas de liberdade; pecuniárias; e privativas e restritivas de direitos.

As *penas corporais* são aquelas que atingem a própria integridade física do infrator, e embora permaneçam em algumas nações, as penas corporais cruéis foram abolidas em diversos países.

São mais utilizadas, modernamente, as *penas privativas de liberdade*, que privam o infrator de seu direito de locomoção (ir e vir), ficando este recolhido e dependente do Estado.

Por sua vez as *restritivas de liberdade* não recolhem o infrator à prisão, mas limitam uma parte do poder de locomoção dele. *Penas pecuniárias* (multa e confisco) objetivam uma diminuição do patrimônio do criminoso condenado, ou

ainda, o absorve totalmente. Por fim, as *penas privativas e restritivas de direitos* diminuem ou retiram alguns direitos do criminoso.

3.2 Finalidade da Pena

A pena, como já mencionado e destacado pela doutrina, é uma reação jurídica, prevista em lei, ao cometimento de um ilícito penal.

Ela é “a mais importante das conseqüências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”. (PRADO, 2011, p. 512).

Com efeito, esta conseqüência jurídica existe porque com o passar do tempo o Direito Penal tem buscado respostas para solucionar as questões ligadas à criminalidade, encontrando-a como uma forma de retribuir o infrator punitivamente, promover a sua readaptação social e prevenir novas delinqüências pela intimidação da coletividade

Assim, existem diversas justificativas, no decorrer da história, para fundamentar e legitimar a ação do Estado em repressão à delinqüência. A doutrina tenta através das chamadas teorias explicar e justificar as finalidades e fundamentos das penas. Tais teorias são reunidas de forma didática em três principais grupos, quais sejam: a teoria absoluta ou retributiva, a teoria relativa ou da prevenção, e a teoria unificadora ou mista.

Importante frisar que “pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si” (BITENCOURT, 2011, p. 115). Neste sentido pena, culpabilidade e Estado se co-relacionam, uma vez que as teorias da pena tudo têm a ver com o modelo sócio-econômico e a forma de Estado vigente naquele período e local. Ou melhor, à medida que o Estado evolui, a definição do sistema sancionador evolui junto.

Melhor explica Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 115):

Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos, interrelacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e a finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. Assim como evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um dos seus conceitos fundamentais.

Caberá, portanto, agora, uma análise acerca das teorias da pena.

3.2.1 Teorias absolutas ou retributivas

As teorias absolutas atribuem à pena um caráter retributivo, ou seja, a pena é a retribuição do mal causado pelo agente. E com escopo de melhor entender o fim retributivo necessário analisar o tipo de Estado que lhe dá origem.

Neste cerne, convém apontar as principais características do Estado absolutista, que teve como centro a figura do soberano, revestido de poderes concedidos por Deus. Além disso, na figura do soberano concentrava-se o Estado, o poder legal e a justiça.

Dessa forma, quem se rebelava contra o soberano, impunha-se contra o próprio Deus e, a pena era o castigo com o qual se reparava o mal cometido. Com isso a concepção retributiva da pena fundamenta esta consequência jurídica pura e simplesmente no *punitur quia peccatum est* (pune-se porque pecou).

Em outras palavras, explica Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 288) a respeito da pena para as teorias absolutas: “A pena se funda na justa retribuição, é um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal”.

Kant, pensador do idealismo alemão, é um dos principais representantes das teorias absolutas. Para ele, a pena é um imperativo categórico, com a finalidade de promover a justiça e, aquele que não cumpre as disposições legais não é digno de ter cidadania.

Conforme as reflexões kantianas, “a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência” (PRADO, 2011, p. 513). Logo, a pena era um fim em si mesma, simplesmente aplicada para retribuir o mal causado, realizando a justiça; sem qualquer outro propósito.

Ainda, seguindo nesta direção, destaca-se o entendimento de Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 288) sobre os ensinamentos de Kant:

[...] mesmo se a sociedade civil concordasse em dissolver-se (por exemplo, se o povo que vivesse numa ilha decidisse separar-se e dispensar-se por todo o mundo), o último assassino que tivesse no cárcere teria de ser executado, para que cada um sofra, o castigo que merece por seus feitos, e

para que não pese a culpa sobre o povo que não insistiu em seu castigo. A pena é imperativo categórico.

E ainda, Kant (1978) *apud* Cezar Roberto Bitencout (2011, p. 121) reforça:

A pena jurídica não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real.

Nesta toada, “a função retribucionista da pena é evidente na tese kantiana, que, com sua aplicação, pretendia alcançar a justiça” (BITERCOURT, 2011, p. 123).

Em síntese, Kant, considera que o homem deve responder pelos seus atos, e principalmente, deve ser castigado quando delinqüe, de forma que o mal causado seja retribuído. A ética não permite que o homem seja utilizado como exemplo, pois ele não é instrumento para solução de problemas. Portanto, para Kant, não há qualquer consideração acerca da utilidade da pena para os demais integrantes da sociedade.

Outro expoente das teorias absolutas foi Hegel, que através de sua conhecida concepção dialética, afirma que “a pena é a negação da negação do Direito, o que restabelece o direito lesado (retribuição jurídica)” (SHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p.130). A partir da ordem jurídica violada, da negação do direito, a pena surge para assegurar a restauração do que foi violado, para retribuir o transtorno à ordem tutelada.

Diferente de Kant, Hegel utiliza-se da lógica-jurídica para analisar o caráter retributivo da pena, explicando que a ordem jurídica decorre da vontade geral e, portanto, aquele que delinqüe, está se contrapondo a vontade geral. Assim, a pena é aplicada para reafirmar a vontade geral, afastando a negação com o castigo.

Assim, segundo a idéia hegeliana, o Direito Penal, que decorre da vontade racional, é legítimo para impor uma pena em retribuição a um delito cometido, que decorre da vontade irracional, uma vez que é a medida adequada

para compensar o mal causado e restabelecer a ordem jurídica, recuperando o equilíbrio perdido.

Importante destacar, que as teorias absolutas são alvo de críticas, à medida que não há nenhuma preocupação com a pessoa do delinqüente, limitando-se a apagar o mal cometido por ele, com um segundo mal, que é o sofrimento da pena, situação que não pode ser compreendida racionalmente.

Contudo, “a principal virtude desta concepção retributiva é a idéia de medição da pena, o que podemos chamar de princípio da proporcionalidade” (SHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 130), uma vez que, segundo a teoria em análise, a sanção penal somente se justifica dentro dos limites da justa retribuição.

3.2.2 Teorias relativas ou preventivas

Por primeiro, interessa esclarecer que as teorias relativas ou preventivas originam-se no período Iluminista, transição do Estado absoluto para o Estado Liberal.

As teorias relativas baseiam-se em uma concepção utilitária da pena e lhe dão um fim prático, buscando fins preventivos para justificar a aplicação da sanção penal.

Edgar Magalhães Noronha (2003, p. 225) ressalta a considerável diferença em relação às teorias absolutas:

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é *causa* da pena, mas *ocasião* para que seja aplicada. Não repousa na idéia de justiça, mas de *necessidade social* (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinqüiu, mas advertir aos delinqüentes em potência que não cometam crime. Conseqüentemente, possui um fim que é a prevenção *geral* e a *particular*.

Destarte, propõe-se uma pena que não tem por fim retribuir a agressão cometida, mas busca evitar o que novos delitos sejam cometidos. Mais importante que punir o mal causado é evitar que ele ocorra novamente.

Cumprir analisar que duas direções bem definidas foram tomadas a partir de Feuerbach, que dividiu a função preventiva em subteorias: prevenção geral e prevenção especial.

A prevenção geral prevê que a pena e sua efetiva aplicação funciona como intimidação das pessoas, atemorizando os infratores que se sentindo ameaçados não cometem delitos.

Idealiza-se que as penas incutiram nos cidadãos de forma geral, efeitos inibitórios para prática delitiva, através do temor das conseqüências jurídicas decorrentes da delinqüência.

De fato, “a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro com escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do grupo social”. (PRADO, 2011, p. 514).

Se por um lado, o homem médio é influenciado pela ameaça da pena, em situações normais e, deixa, assim, de praticar condutas delitivas, por outro lado, a teoria não considerou a confiança do homem em não ser descoberto pelo delito cometido. É a respeito desta crítica que Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 135) aborda:

[...] essa teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinqüente: sua confiança em não ser descoberto. Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinqüente, a ameaça de imposição da pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo.

Portanto, a teoria não consegue alcançar os efeitos preventivos pretendidos, uma vez que a realidade prática demonstra que em que pese todo o aparato legal para inibir práticas delitivas, criminosos contumazes continuam a existir e violar a ordem jurídica existente, sem se sentirem inibidos ou ameaçados.

Lado outro, há a teoria da prevenção especial, que diferente da geral, baseia-se na periculosidade do agente. Considera o delinqüente individualmente, buscando ressocializá-lo, com objetivo maior de que ele não volte a delinqüir.

Observa-se que esta vertente retributiva não busca intimidar todo o grupo social, nem retribuir o fato praticado, mas tem como alvo apenas aquele individuo que já delinqüiu, tentando que ele não volte mais a transgredir as normas jurídico-penais.

Convém frisar que também há severas críticas a esta teoria, principalmente por se basear na periculosidade do infrator e ter por objetivo a ressocialização do mesmo, pois pauta-se no individuo e não no injusto praticado.

Assim, destaca-se os ensinamentos de Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Júnior (2002, p.133):

Algumas críticas podem ser formuladas à teoria da prevenção especial, mormente no que se refere à ressocialização. Há delinqüentes que por si só não carecem de ressocialização, aos quais é possível um seguro diagnóstico de não-reincidência (ex: homicidas passionais). Destarte, como justificar a imposição da pena nestas situações, se a justificativa da ressocialização não está presente; e como deixar de punir tais delinqüentes, apenas pela prescindibilidade de readaptação social do agente? A prevenção especial, além disso, pode representar uma idéia absolutista, arbitrária, ao querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valor e prescindir da divergência, tão cara às modernas democracias.

Ainda, outro aspecto não citado pelos juristas acima, mas de igual importância em ser mencionado é no que diz respeito a aferição de periculosidade do agente, uma vez que se trata de um juízo praticamente hipotético que prevê a prática futura de um delito. Em outros termos, não seria possível com segurança aferir se o agente cometeria crimes no futuro.

Com propriedade, Conde Muñoz (1979) *apud* Bitencourt (2011, p. 145) opina acerca da ressocialização proposta pela prevenção especial:

As normas sociais não são algo imutável e permanente às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas sim o resultado de uma correlação de forças sujeitas a influências mutáveis. Falar, portanto, de ressocialização do delinqüente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo, significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado

Percebe-se que conforme leciona Conde Muñoz, a melhor ressocialização do delinqüente, é, de fato, a aceitação por parte dele, das normas vigentes. A coação exercida como forma de ressocializar, na verdade, é um atentado contra os direitos fundamentais do cidadão.

Desta forma, a dificuldade enfrentada pelo ideal ressocializador são os obstáculos encontrados para colocá-lo em prática. Os problemas enfrentados pela teoria da prevenção especial não são poucos e muito menos de fácil solução e, portanto, é necessária intensa discussão e aprimoramento sobre o tema, para que a vertente possa efetivamente ser aplicada, sem transtornos e conseqüências nefastas para o indivíduo.

3.2.3 Teoria mista ou unificadora

A teoria mista ou unificadora origina-se da combinação entre os diferentes aspectos das teorias retributivas e preventivas da pena. “Partem do entendimento segundo o qual a pena é retribuição mas deve, por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial” (FRAGOSO, 1987, p. 289).

Em breve explanação Francisco Muñoz Conde (2001) *apud* Adel El Tasse discorre sobre a teoria em análise:

[...] por detrás destas, aparentemente inconciliáveis posições se defende na atualidade uma postura intermediária que objetiva conciliar os extremos, tendo a idéia de retribuição como base, porém lhe acrescentando também o complemento dos fins preventivos, tanto gerais como especiais.

Com efeito, a pena é composta pela retribuição, pela prevenção geral e pela prevenção especial, conforme a teoria mista. “A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e da prevenção geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita a função utilitária” (NORONHA, 2003, p. 225).

Portanto, o caráter retributivo ofertado à pena - que prevê a reafirmação da ordem jurídica, através da imposição de uma pena justa, à medida que deve ser proporcional ao delito praticado - está associado ao caráter preventivo, uma vez que querendo ou não a retribuição pode ser considerada uma prevenção, já que incute na sociedade as conseqüências do crime, bem como no delinqüente o desejo de não mais infringir o ordenamento.

Em que pese o delito seja o fundamento inequívoco da pena, ela deve ser justa e proporcional ao injusto e a culpabilidade do agente, sendo que os aspectos da prevenção geral e especial servem como limitadores, permitindo a redução da pena aplicada, ou, até mesmo a abstenção de sua aplicação.

Interessante mencionar a propriedade com que Luis Regis Prado (2011, p. 522) conclui acerca da teoria mista ou unificadora:

Em síntese: a justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem *exclusivismos*. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social – *ultima ratio legis* -, mas também *indispensável* para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre *justa*, inarredavelmente

adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível.

Cumpre, por fim, ressaltar o esforço dos os defensores desta teoria em encontrar pontos positivos das teorias retributivas e preventivas, e junta-los numa única. Contudo, pelo mesmo motivo, a teoria unitária sofre críticas por ser uma combinação entre teorias tão distintas e conflitantes no que diz respeito a princípios, finalidades e fundamentos absolutos e “os problemas decorrentes de tudo isso se concretizam na hora da cominação penal ou da determinação judicial e penitenciária da pena” (BITENCOURT, 2011, p. 153) e, neste sentido tal teoria pecou.

3.3 Penas Privativas de Liberdade

Como já mencionado, a prisão surge primeiro no Direito canônico, que recolhia os religiosos que houvessem praticado delitos eclesiásticos, com o fim de estimular o arrependimento através da penitência. E, ainda, durante muito tempo, a reclusão era forma prévia da execução da pena, em locais aleatoriamente escolhidos, muitas vezes, sem qualquer condição mínima de salubridade e segurança.

No século XVI, contudo, inicia-se um movimento com escopo de desenvolver as penas privativas de liberdade. Mas, vale dizer, que até o século XVIII, a prisão ainda era utilizada como custódia processual, que antecedia a execução da pena. Dessa forma, as instituições prisionais que vigoravam tinham caráter excepcional.

Finalmente no século XIX a pena privativa de liberdade alcança maior importância, sendo consagrada como a mais conveniente forma de punição, segundo explica Aníbal Bruno (1967, p. 59):

Com o declínio das penas corporais, já incompatíveis com o novo direito, as penas privativas de liberdade entram rapidamente a generalizar-se, passando a ocupar o primeiro plano no quadro das medidas punitivas, e, por fim, nelas veio a centralizar-se todo o sistema penal moderno. Afastam-se da bruteza e violência das antigas punições, e a esse aspecto mais humano juntam as condições exigidas pela concepção atual da pena. Guardam o poder intimidativo, pelo qual realizam a função de prevenção geral, e atuam sobre o criminoso, segregando-o, para impedir que cometa novos crimes e para submetê-lo a um regime que promova o seu reajustamento social.

Com efeito, a pena privativa de liberdade se consolida como importante medida punitiva, sendo amplamente utilizada, atualmente, em diversas legislações pelo mundo. Porém, é também alvo de algumas críticas, principalmente, pela forma que têm adquirido com o passar dos anos, fracassando em seus objetivos. Neste cerne, interessante destacar os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p. 238):

Apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações, etc., não tem a pena de prisão contemporânea correspondido às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação de delinqüente. O sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento como a "superpopulação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados".

Ainda no mesmo sentido com excelência ensina Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 162):

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

“Prevalece, porém, a idéia de que a prisão é imprescindível à sociedade contemporânea, muito embora onerosa e problemática” (SHECARIA; CORREA JÚNIOR, 2002, p. 192). Portanto, em que pese tantos pontos negativos, admite-se que tal modalidade de punição é um mal necessário, já que não se achou outro recurso para colocar em seu lugar.

O Código Penal Brasileiro prevê duas espécies de pena privativa de liberdade: reclusão e detenção. Embora, grande parte da doutrina entenda que não existem diferenças substanciais, alguns dizendo ainda que existe única espécie, é

importante destacar que o legislador manteve algumas diferenças profundas entre reclusão e detenção.

A pena de reclusão é reservada aos crimes de maior gravidade, podendo ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto; é proibida concessão de fiança (artigo 323, I, CPP), deve ser cumprida em estabelecimento carcerário de segurança máxima ou média (artigo 33, caput e §1º, alínea “a”, e artigo 87 da Lei 7.210/84); o condenado se torna incapaz de exercer o poder familiar, tutela, curatela (art. 92, II, CP), em caso de concurso material, é a primeira a ser executada (artigo 69, *in fine*, CP) e, atua nos pressupostos da prisão preventiva (artigo 313, I, CPP).

Por sua vez, a pena de detenção é destinada aos delitos de menor gravidade, a ser cumprida em regime semiaberto ou aberto; pode a autoridade policial conceder fiança; a incapacidade para o exercício do poder familiar, poder de tutela e curatela não é gerado automaticamente, no caso de concurso material, deve ser executada após a de reclusão.

Ademais, vale ressaltar que aplica-se a pena de reclusão ou detenção quando se trata de crimes e, a pena de prisão simples, em sede de contravenções penais.

Em consonância com o assunto, expõe Fernando A. N. Galvão da Rocha (2009, p. 473):

A reclusão é a forma mais grave de privação da liberdade e a prisão simples, a mais branda. No entanto, a prática cotidiana da privação da liberdade não apresenta qualquer distinção entre suas três espécies. A realidade brasileira faz com que a idéia de graduar a privação da liberdade não se realize. Indivíduos definitivamente condenados à pena de reclusão, em regime fechado, permanecem recolhidos às cadeias públicas, que são destinadas aos presos provisórios (art. 102 da Lei 7.210/84 - LEP). Os estabelecimentos prisionais destinados aos presos provisórios impõem privações e sofrimentos mais severos do que os estabelecimentos destinados ao recolhimento do condenado.

Destarte, observa-se que no plano fático, realmente, não há diferença considerável entre as espécies de pena privativa de liberdade, permanecendo as diferenças no que diz respeito às conseqüências jurídicas que decorrem de sua aplicação.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS PENAS

A Constituição Federal de 1988, Carta Magna brasileira, tem como escopo organizar uma sociedade e, para assim fazer traz uma série de princípios, como regras-base, que devem ser seguidos e respeitados, de forma que qualquer dos ramos do Direito só tem plena eficácia quando compatível com tais princípios.

Em verdade, princípios são considerados, na ciência jurídica, normas gerais e abstratas, que servem para nortear a criação de todo o sistema normativo. “O termo ‘princípio’ deve ser entendido como disposição fundamental, ou seja, caracteriza-se como o ‘mandamento nuclear do sistema’”. (SHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 71). De forma que tais normas jurídicas devem ser obrigatoriamente observadas para a construção normativa.

A finalidade principal em imantar o ordenamento jurídico com princípios é garantir a harmonia na aplicação das normas de diversas áreas do direito.

O conceito de princípios, segundo Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 41) é:

Dentre os vários significados do termo princípio, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito.

A matéria penal, objeto deste estudo, também está sob a égide de diversos princípios previstos na Constituição Federal. Os princípios penais constitucionais carregam consigo os limites que devem ser observados para aplicação da pena.

Portanto, agora, será priorizado o estudo dos princípios constitucionais que regem o Direito Penal.

4.1 Princípio da Legalidade da Pena

O princípio da legalidade consiste no seguinte preceito: *nullum crimen nulla poena sine previa lege* - “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena

sem prévia cominação legal”, previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e também enunciado no artigo 1º do Código Penal.

Neste contexto, trata-se de um princípio que é cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988 e fundamento do Direito Penal Brasileiro. Sendo um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que limita o poder estatal de interferir nas liberdades individuais.

No Direito Penal, tal princípio ainda se divide em princípio da anterioridade da lei penal e princípio da reserva legal e princípio da taxatividade. O primeiro é explícito, vez que está revelado nos termos *anterior* e *prévia*, significando que ninguém será punido sem que haja uma norma incriminadora previamente definida. Por sua vez, o segundo é implícito, pois advém da expressão *que o defina*.

Entende-se do postulado da reserva legal que a criação de tipos incriminadores e suas conseqüências jurídicas estão adstritas à lei formal anterior. Por isso, se não houver previamente a tipificação da conduta incriminadora e uma pena cominada, o cidadão não será submetido a julgamento, muito menos privado de sua liberdade.

Neste sentido, já explicava Beccaria (2011, p. 20): “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.”

Consigne-se ainda, que a lei deve estar em vigor à época em que a infração penal for cometida, de forma que a lei deve preceder à conduta criminosa, de modo que a criação da lei posterior ao fato não permite que ela retroaja para ser aplicada ao réu, a não ser que a retroatividade seja para beneficiar o réu, mesmo que já tenha transitado em julgado a sentença condenatória. Configura-se aqui o princípio da anterioridade.

Por derradeiro, mas não menos importante, “de acordo com o princípio da taxatividade, as normas penais devem ser claras e objetivas, a fim de evitar formulações vagas e imprecisas”. (SHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 77)

Ante o exposto, a Carta Magna brasileira, ao tratar do princípio da legalidade limita que as leis incriminadoras tenham uma predeterminação normativa, sendo inconstitucional a utilização, no lugar da lei formal, de qualquer outro ato normativo. Implicando, ainda que o julgador esteja vinculado às margens penais já definidas e, apenas faça com que a lei retroaja se for benéfica ao réu.

4.2 Princípio da Humanidade da Pena

Princípio previsto em vários dispositivos constitucionais. Desenha-se, por exemplo, com firmeza no artigo 5º, inciso III, regulando que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Também no inciso XLVII, do mesmo artigo, determinando que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; pena de caráter perpétuo, pena de trabalhos forçados, pena de banimento, ou penas cruéis.

E, ainda, no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição, assegura-se aos presos o respeito à integridade física e moral; no inciso L, garante às presidiárias condições para que permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação.

Destarte, vislumbra-se que Constituição busca humanizar o direito de punir do Estado. De forma, que embora haja punição para aquele que desrespeita o ordenamento jurídico, a pena a ele aplicada deve respeitar os direitos humanos. Por isso um direito penal atrelado a leis prévias e certas, afastando penas cruéis e degradantes.

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 161) afirma que o ser humano, por sua natureza, é bom, mas, inevitavelmente, erros existem, e dentre eles as infrações penais são cometidas, de forma que a sociedade deve sim se insurgir contra o delinqüente de forma a puni-lo, entretanto, deve ter como limite, a humanização de seus atos e de suas punições:

Por isso, o princípio da humanidade, significa, acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte. Viver, civilizadamente, implica em colocar à frente os bons sentimentos, indicando às futuras gerações que o mal se combate com o bem, transmitindo exemplo correto e proporcionando o arrependimento e a reeducação interior

Seguindo a mesma linha de raciocínio Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Júnior (2002, p.87) acrescentam ao estudo:

É através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não se admitindo pois, nos tempos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do Homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis.

Assim, por este princípio, entendemos que ainda que se tenha que punir pelo mal causado, é essencial que se respeite à dignidade e a própria condição do Homem.

4.3 Princípio da Individualização da Pena

Por este princípio, disposto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal que prevê: “*a lei regulará a individualização da pena (...)*”, entende-se que a imposição e o cumprimento da pena deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e a personalidade do agente. Sabe-se que a sanção penal é destinada à pessoa do condenado, infrator da lei penal, e, dessa forma, deve haver uma retribuição e prevenção pela prática do crime, de modo, que essa retribuição deve estar de acordo com a concreta personalidade do criminoso.

Assim, a pena deve ser mensurada conforme o caso concreto. Saliencia-se que a medida da pena deve ser feita em três momentos: a) momento da criação da norma incriminadora, no âmbito legislativo; b) momento da aplicação da pena feita pelo juiz natural competente para julgar, na fase judicial; c) por derradeiro, no momento do cumprimento/execução da pena, efetivada no âmbito do poder executivo.

O princípio da legalidade, no momento legislativo, destina-se ao legislador infraconstitucional, que deve observar o que preconiza a Constituição Federal, ao prescrever as penas. Isso, porque, o artigo 5º, XLVI, regulou as sanções penais existentes, quais sejam: privação ou restrição da liberdade (alínea a); perdas de bens (alínea b); multa (alínea c); prestação social alternativa (alínea d) e suspensão ou interdição de direitos (alínea e). Considerando que o próprio inciso permite que outras penas, além destas, poderão ser adotadas, vislumbra-se que o legislador infraconstitucional precisa observar as penas já exemplificadas pelo constituinte, bem como, respeitar os princípios que regem o Estado democrático de direito. E, ainda, estar atento as vedações constitucionais, previstas no artigo 5º, XLVII.

No que tange o momento judicial, o princípio é destinado ao julgador, que no momento de aplicar a pena ao infrator deve observar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. E, por fim, quanto ao momento da execução

da pena, o princípio preceitua que de acordo com o artigo 5º, XLVIII, da Magna Carta, e artigo 5º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), o indivíduo delinqüente, condenado, deve receber tratamento diferente, de acordo com a natureza do crime praticado, de sua idade e de seu sexo.

Nesta toada, Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Júnior (2002, p. 85) apresentam uma excelente conclusão acerca do princípio estudado:

Destarte, infere-se que a finalidade do princípio constitucional em comento é a de buscar uma adequação da pena ao delito, garantindo também a eficácia da sanção penal aplicada, utilizando-se de um método individualizador para que o condenado não sofra mais do que o prescrito em lei e possa exercer os direitos que não foram atingidos pela pena.

Em síntese, a pena, a ser fixada pelo julgador conforme o quantum legal, deve ser adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico.

4.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se a um valor moral e espiritual inerente ao homem. Dignidade deriva do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), que quando possuída, serve de base ao próprio e alheio respeito. A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de valor fundamental do sistema de direitos fundamentais, de forma que todos os direitos fundamentais são neste valor central embasados.

Estampado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna pátria², tal princípio é norteador de todo o ordenamento jurídico, é o pilar mestre do Estado Democrático de Direito que, portanto, deve consagrar e assegurar o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com eventual remoção de obstáculos à sua total realização.

Conforme leciona Prado (2011, p. 144) não se trata de simples criação do legislador, vez que se reconhece no texto constitucional a dignidade como valor (ou princípio) básico, cuja existência e o próprio conceito são anteriores à

² CF, Art. 1º, A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se Estado Democrática de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

normatividade jurídica, pois são inerentes à condição de ser humano e decorrentes de uma construção histórica.

Neste sentido, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana, antecede o juízo axiológico do legislador, vinculando de forma absoluta sua atividade normativa, principalmente no campo penal.

Por isso, quando uma lei viola a dignidade da pessoa humana é reputada como inconstitucional. Outrossim, pode-se afirmar que todo o ordenamento jurídico se pauta deste princípio, tamanha sua força normativa e o valor atribuído pela Constituição Federal.

“O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental a qualquer forma de intervenção do Direito Penal, é manifestamente incompatível com a pena de morte, as penas cruéis, desonrosas e, em geral, com a idéia a retribuição” (ROCHA, 2009, p. 69).

Destarte, vale dizer ainda, que a força normativa desse princípio supremo serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Portanto, se qualquer outro princípio for transgredido, haverá também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4.5 Princípio da Proporcionalidade

Princípio que se afirmou como verdadeiro pressuposto penal com o Iluminismo, especialmente pela obra de Cesare Beccaria. Para o autor, as penas definidas em lei devem ser proporcionais aos delitos e ao dano causado à sociedade. Montesquieu, por sua vez, acreditava que a proporcionalidade era forma de evitar o excesso, ou melhor, evitar que a pena fosse uma violência do homem contra o homem. Também, a Convenção dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1975, em seu artigo 112, regulava expressamente “*A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito*”.

Trata-se de um princípio implícito, na medida em que não há previsão expressa na Magna Carta, embora a expressão “Estado Democrático de Direito” faça presumi-lo. Isso porque a proporcionalidade busca limitar a atuação do Poder Público (Estado), que tem o direito de punir, frente aos direitos fundamentais do indivíduo, a fim de que não haja excesso e abuso, evitando, ao cidadão, danos maiores que o essencial para a proteção dos direitos públicos.

Sobre o assunto, Luis Regis Prado (2011, p.163) explica:

Com relação à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança a periculosidade criminal do agente. A noção de proporcionalidade vem a ser uma exigência de justiça e não somente prevenção (geral/especial)

Em resumo, tal princípio, como o próprio nome já diz, exige uma proporcionalidade, um liame de valores entre o fato ilícito praticado e a consequência jurídica a ele cominada, qual seja a pena. Nesse passo, é preciso um juízo de ponderação que compara, valorativamente ou gradualmente, a gravidade da conduta antijurídica e a gravidade da pena.

4.6 Princípio da Personalidade ou Intranscendência

Trata-se de mais um princípio que norteia o direito penal e processual penal, estabelecendo que a pena não passará do condenado.

A Constituição Federal prevê o princípio em discussão em seu artigo 5º, inciso XLV, que regula:

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

Logo, depreende-se da leitura do dispositivo acima que se trata de princípio que impede aplicar ou estender os efeitos da pena à pessoa diversa daquela que tenha participado do crime.

“Destarte, não se sujeitará alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa, ou sem que demonstre sua culpabilidade” (SHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 80).

Garante-se com esta norma, que apenas aquele que cometeu o crime ou colaborou para sua consumação poderá responder criminalmente e a ele ser aplicada uma pena.

Princípio que trouxe uma vitória importante ao Direito Penal, vez que antes era possível aplicar as penas a todo um grupo social ou os familiares do

condenado. Embora a segunda parte do dispositivo preveja que a reparação dos danos poderá ser estendida aos sucessores, até o limite do valor do patrimônio transferido, trata-se não de punição, mas mera reparação econômica do dano resultante do delito.

Conclui-se, portanto, que ninguém poderá cumprir pena no lugar do condenado, nem sofrer os efeitos que dela decorram, em decorrência do princípio da personalidade ou intranscendência da pena.

5 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E REGIMES PRISIONAIS

Por primeiro, necessária a distinção entre sistemas e regimes penitenciários. Sistemas penitenciários são formas políticas e sociais constitutivas das prisões, reveladas através de doutrinas, porquanto os regimes prisionais “são categorias jurídicas que definem o modelo de tratamento punitivo a ser dispensado ao condenado” (ROCHA, 2009 p. 473), ou seja, são os modos de execução das penas, formas da administração das prisões.

Existem três principais sistemas penitenciários: sistema filadélfico, sistema auburniano e o sistema progressivo.

Lado outro, os regimes prisionais são: fechado, semi-aberto e aberto.

5.1 Sistema Filadélfico

Surgiu em 1970, na prisão de Walnut Street, na Filadélfia e, posteriormente foi implantado em outras prisões. É também chamado de pensilvânico ou celular e tinha por objetivo principal reformar as prisões.

Segundo este sistema, os presos deveriam permanecer completamente isolados em sua cela (*solitary system*), sem qualquer contato exterior, sem sequer receber visitas, de modo a se dedicarem a leitura da Bíblia, que possibilitava o arrependimento eficaz pelo mal causado e a manutenção da ordem e disciplina da instituição.

“Não se admitia o trabalho prisional, para que o preso se dedicasse exclusivamente à educação religiosa”. (PRADO, 2011, p. 527). Nesta toada, apenas era permitido, esporadicamente, passeios pelo pátio.

Em linhas gerais, este primeiro sistema buscava conter o caos e a desorganização que existiam nas prisões da época. Contudo, percebeu-se que o total isolamento do condenado não era favorável a sua reinserção social e, com o tempo, passou-se a abrandar o rigorismo inicial do sistema, permitindo o contato de alguns presos com os funcionários e colaboradores da instituição prisional, além de facultar aos condenados por crimes menos graves o trabalho durante o dia.

Em que pese as modificações na tentativa de atenuar o rigor, o isolamento e o silêncio característicos do sistema são prejudiciais ao objetivo maior da reinserção do condenado, sofrendo inúmeras objeções.

5.2 Sistema Auburniano

Tem origem nos Estados Unidos da América, no ano de 1818. Substancialmente, não difere do sistema filadélfico, vez que ambos defendiam o isolamento dos condenados em celas individuais. Não eram permitidas visitas de familiares e o desenvolvimento de atividades físicas ou educacionais.

Porém, o sistema auburniano, diferente do filadélfico, permitia o trabalho coletivo durante algumas horas do dia, determinando que a noite o preso ficasse isolado. Frise-se que durante o desenvolvimento do trabalho, o condenado devia permanecer em absoluto silêncio.

Os sistemas, dominante na Europa (filadélfico) e na América (auburniano), se fundamentavam no caráter retributivo e punitivo da pena. Contudo, não obtiveram sucesso nos métodos aplicados, o que levou a um completo extermínio de suas concepções dentro de alguns anos.

A falência dos sistemas ocorreu, porque eles *“importavam em um tratamento de massa, que não atendia em nada às peculiaridades de cada criminoso, e sacrificava aos interesses da disciplina o objetivo superior da sua recuperação social”*. (BRUNO, 1967, p.69).

Percebe-se, que a preocupação do sistema auburniano não era a reforma do preso delinqüente, mas uma exploração econômica da mão-de-obra do condenado, exigindo disciplina e obediência para se alcançar uma finalidade utilitária.

5.3 Sistema Progressivo

Devido a constatação de que os sistemas filadélfico e auburniano não atendiam aos interesses e peculiaridades do preso, surgiram os sistemas progressivos, inglês e irlandês.

O inglês Alexander Maconochie foi quem primeiro idealizou um sistema progressivo, baseado em marcas (*mark system*), possibilitando que o condenado, através de seu trabalho, bom comportamento, conseguisse “vales” ou marcas e, pouco a pouco, somando-se estas marcas, conseguia a reduzir a duração da pena inicialmente imposta a ele.

Neste sentido, explica Pimentel (1985, p. 267) *apud* Prado (2011, p. 528):

A duração da pena não era determinada exclusivamente pela sentença condenatória, mas dependia também do aproveitamento do preso, demonstrado pela dedicação ao trabalho e boa conduta. Levavam-se em conta, ainda, a gravidade e as circunstâncias do delito. O preso recebia *marcas* ou *vales* (daí o nome de *mark system*) se o seu comportamento fosse positivo e perdia ganhos quando se comportasse de modo censurável.

Destaca-se que Moconochie não conseguiu implementar o sistema por ele idealizado, e coube ao irlandês Walter Crofton dar continuidade ao projeto. Desse modo, o sistema progressivo é também conhecido como sistema irlandês.

Aprimorando o sistema, Crofton dividiu o cumprimento da pena imposta em alguns estágios, que seriam concluídos pelo condenado, após preenchimento de algumas condições e, ao fim do quarto estágio a liberdade lhe era concedida.

O doutrinador Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 303), define, em linhas gerais, o sistema progressivo irlandês:

Este sistema começava com um estágio de nove meses de isolamento celular. Um segundo estágio era de obras públicas, no qual se aplicava um critério de marcas ou de pontos, pelo qual o condenado progredia através de cinco classes, podendo acelerar a passagem de uma a outra pelo bom comportamento e dedicação ao trabalho. Um terceiro estágio era uma espécie de teste para a liberação. Nele o preso trabalhava sem supervisão e sem vigilância, sem o emprego de medidas disciplinares, mas podendo voltar a etapas anteriores. Finalmente, um quarto estágio era o do livramento condicional (“ticket of leave”), que poderia ser revogado se não houvesse bom comportamento.

Percebe-se que os sistemas progressivos possibilitam ao preso ter responsabilidade na aquisição da própria liberdade, à medida que suas atitudes em cárcere atuam como elementos favoráveis no processo de liberação.

Consigne-se, ainda, que na análise dos sistemas até então estudados, o sistema progressista é o que melhor se adéqua a uma individualização da execução da pena e, merece atenção por se tratar de um sistema utilizado na modernidade.

Por fim, vale citar os reformatórios, instituições baseadas no sistema progressivo que, originariamente, surgiram nos Estados Unidos, destinados especialmente a adolescentes e infratores jovens.

Os reformatórios tinham como finalidade corrigir, reeducar e readaptar o condenado socialmente. Contudo, não foi um sistema que teve êxito, porque, embora houvesse na teoria o ideal de humanização da pena, eram aplicados aos condenados castigos e penas corporais incompatíveis com os fins propostos.

5.4 Sistema Panótico

Após um breve estudo dos principais sistemas penitenciários, interessante se faz ressaltar o sistema panótico, idealizado pelo jurista e filósofo inglês Jeremias Bentham.

O encarceramento, desde que começou a ser utilizado, como já analisado anteriormente, era o um meio para a punição e não o fim dela. Em razão disso não havia qualquer preocupação com a localidade e estrutura da prisão, muito menos com a integridade e saúde do prisioneiro.

A partir do século XVIII ocorre a expansão da prisão pelo mundo, e alguns filósofos, moralistas e juristas conhecidos como precursores do Sistema Penitenciário começam a propagar idéias pautadas na humanidade, com intuito de defender a dignidade do homem em detrimento das penas corporais cruéis que até então eram aplicadas, de forma arbitrária.

Dentre estes pensadores, está Jeremias Bentham, idealizador do sistema de aprisionamento celular panótico, consistente em um edifício construído de forma circular, com celas individuais encostadas às paredes exteriores, voltadas para o centro comum, onde ficava um único guarda que detinha uma visão facilitada de todas as celas ao mesmo tempo. Por isso o nome *pan* e *ótico*, que significa visualização ampla, total.

Interessante observar como o próprio Jeremias Bentham ([s.d], p. 106-107) descreve sua prisão:

Um edifício circular, ou polígono com seus quartos à roda de muitos andares, que tenha no centro um quarto para o inspetor poder ver todos os presos, ainda que eles não o vejam, e onde os possa fazer executar as suas ordens sem deixar o seu posto [...] A casa penal aberta nas vizinhanças de uma capital é um lugar em que pode concorrer maior número de pessoas e particularmente das que tem necessidade de que lhes meta pelos olhos o castigo do crime. A vista do edifício, a singularidade de sua figura, os muros e fossos que o cercam, a guarda que está de sentinela, tudo isso representa a ideia dos malfeitores que ali encerrados e punidos: havendo licença para entrarem, não deixaria de acudir imenso povo.

Esta estrutura evita invasões pela porta das celas, além de facilitar a vigilância e o controle sobre os detentos.

Michel Foucault (2012, p. 190), discorre sobre mencionado sistema:

O panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia, uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas tem duas janelas, uma para o interior, correspondendo as janelas da torre; outra que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contra luz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia [...]. O dispositivo panótico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar do vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.

Cumprir ainda dizer que Bentham repudiava o isolamento celular permanente, e prezava pela integração dos prisioneiros, classificando-os pela periculosidade. Dessa forma, é possível notar que o sistema panótico não tinha como única finalidade a segurança ou o mecanismo de dominação dos prisioneiros. Mas também havia o cuidado em impulsionar a reforma do réu.

Outros modelos e pensamentos foram lançados neste período, em que a prisão se tornou a essência do sistema punitivo e do cárcere, servido de modelo e inspiração para criação dos sistemas penitenciários anteriormente analisados, que se originaram no fim do século XVIII e início do século XIX, como principal instrumento de execução de pena.

5.5 Sistema Penitenciário Brasileiro

O Código Penal de 1940 – vigente até os dias atuais – em sua redação original adotou o sistema progressivo irlandês, porém, deu-lhe uma nova roupagem, realizando significativas mudanças no esquema preestabelecido.

Julio Fabrinni Mirabete (2004, p. 387), descreve o sistema progressivo próprio, adotado na redação original do Código de 1940:

No Código Penal brasileiro de 1940 adotou-se o sistema progressivo, prevendo-se um período inicial de isolamento absoluto por prazo não superior a três meses na pena de reclusão, seguido de trabalho em comum durante o dia e da possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar e, afinal, o livramento condicional.

Posteriormente, a Lei 6.416/77 surge, trazendo significativas modificações no sistema progressivo inicialmente aplicado, criando três regimes para cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado, semi-aberto e aberto.

Em 1984, em meio a uma reforma da Parte Geral do Código, edita-se a Lei da Execução Penal que traz maior relevância ao sistema progressivo.

Mais recentemente, em 1º de dezembro de 2003, a Lei 10.792 alterou novamente o sistema progressivo, suprimindo a necessidade de exame criminológico, anteriormente obrigatório para aferir a possibilidade de progressão de regime do condenado.

Finalmente, o sistema progressivo atual exige o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime antecedente, além da necessidade de bom comportamento do preso.

Ou seja, não se afastando completamente do sistema progressivo, a lei vigente impõe a classificação dos condenados, faz cumprir as penas privativas de liberdade em estabelecimentos prisionais diferentes, conforme o regime e, visa a progressão conforme o mérito do condenado.

5.6 Do Regime de Execução das Penas Privativas de Liberdade

A execução da pena privativa de liberdade no Brasil ocorre através dos regimes prisionais. Num primeiro momento, vale destacar que, de início a Lei 6.416/77, responsável por regular os regimes de execução da pena, estabelecia uma divisão levando em consideração as penas de reclusão e detenção e, ainda, a periculosidade do agente.

Sobre o que determinava a mencionada Lei, Luiz Regis Prado (2011, p. 531) explica a classificação dos regimes:

Enquanto os sentenciados perigosos eram forçosamente submetidos às regras do regime fechado, os não-perigosos, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderiam ser recolhidos a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, quando a pena excedesse àquele limite, ser posteriormente transferidos para esse regime mais benéfico, uma vez cumprido um terço dela em regime fechado (vide art. 30, §5º). Caso a pena

imposta não fosse superior a quatro anos, poderia o condenado ser recolhido a estabelecimento de regime aberto desde o início, ou depois de cumprir um terço (pena superior a quatro e inferior a oito anos) ou dois quintos (pena superior a oito anos) em outro regime (art. 30, §5º, I, a e b).

Posteriormente, com a edição da Lei 7.209/1984, a distinção entre regimes considerando a periculosidade do condenado foi deixada de lado, dando lugar a critérios como a quantidade de pena aplicada e a reincidência do agente.

Com efeito, atualmente, os regimes penais são definidos conforme o mérito do condenado, exceto ao que tange o regime inicial de cumprimento que é estabelecido como acima deslindado.

Segundo o artigo 33 do Código Penal em vigência, a pena de reclusão será cumprida no regime fechado, semiaberto ou aberto e, a pena privativa na espécie detenção deverá ser executado nos regimes aberto e semiaberto, exceto quando houver necessidade de transferência ao regime fechado.

Portanto, existem três regimes para cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto, os quais serão melhor estudados para que se entenda suas regra e formas de fixação.

5.6.1 Do regime fechado

Trata-se do regime mais rigoroso para o cumprimento da pena. Consoante dispõe o §1º do artigo 33, do Código Penal, o regime fechado é aquele em que a pena é cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média. Frise-se que tal estabelecimento de segurança é chamado de penitenciária.

A passagem por este regime pode se dar através de fixação inicial ou pela regressão de regime.

Insta salientar que a Lei de Execução Penal definiu que as penitenciárias destinadas a condenados homens devem ser construídas afastadas dos centros urbanos, bem como devem atender algumas condições de salubridade, como cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório sendo ainda prelecionado que a cela individual deve ter uma área mínima de seis metros quadrados além de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana³.

³ Art 88, Lei Execução Penal (Lei n. 7.210 de 11-7-1984)

Entretanto, em que pese o idealismo da lei, a realidade do sistema penitenciário brasileiro é outra, em razão da superpopulação carcerária. Acerca da distância existente entre o que prevê o legislador e o que se observa na prática, Renato Marcão (2010, p. 135) leciona:

É público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam de mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de se sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir.

Entende-se, portanto, que embora as condições carcerárias sejam péssimas, por ora a melhor solução encontrada para retribuição e punição de um mal injusto é o encarceramento do agente nos mencionados estabelecimentos.

Consigne-se que o legislador também se preocupou em legitimar regras para o trabalho desenvolvido pelo condenado nesta modalidade de regime, permitindo o trabalho interno durante o dia e o isolamento noturno. E, em alguns casos, possibilita-se o trabalho externo em obras públicas.

Para a fixação do regime inicial como fechado leva-se em consideração as hipóteses de cabimento elencadas nos artigos 33, §2º do Código Penal. Dessa forma cumprirá pena em regime inicial fechado o condenado a pena superior a oito anos ou o condenado por qualquer quantidade de pena, desde que seja reincidente.

Importante lembrar que o artigo 33, §3º estabelece que a determinação do regime inicial levará em conta as circunstâncias judiciais do agente, elencadas no artigo 59, do Código Penal.

Por fim, com vistas à classificação do agente e a individualização da pena, tanto o artigo 34 do Código Penal, como o artigo 8º, dispõem sobre a obrigatoriedade do exame criminológico para o sentenciado a cumprir sua pena neste regime.

Luiz Roberto de Almeida e Evaldo Veríssimo Monteiro dos Santos (1975, p. 47) *apud* Renato Marcão (2010, p. 44), descrevem a finalidade do exame criminológico:

Com a realização do exame criminológico, estarão respondidas várias questões que envolvem o criminoso na sua conduta antijurídica, antissocial e seu possível retorno à sociedade. Diante de tais providências teremos o resultado das variações do caráter do delinqüente manifestado por sua conduta já que o comportamento será sempre o reflexo da índole, em desenvolvimento.

Percebe-se que a regra tem por escopo atender ao princípio constitucional previsto no artigo 5º XLVI.

5.6.2 Do regime semiaberto

O regime semiaberto é regulado pelos artigos 33 e 35 do Código Penal e, por dispositivos da Lei de Execução Penal, os quais prevêem que o condenado cumprirá a pena em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

A rigidez do regime fechado é minimizada no regime semiaberto, caracterizado por ser um estabelecimento prisional de segurança média, com reduzida prevenção quanto a fugas. Pode-se afirmar que se trata de regime intermediário entre a total privação de liberdade e a liberdade do delinqüente.

No que tange ao trabalho, o condenado desenvolve atividades laborais durante o dia, podendo desenvolver algum trabalho externo e, pode inclusive freqüentar cursos educacionais e profissionalizantes. No período noturno, o condenado se recolhe ao estabelecimento prisional.

Quanto ao alojamento, poderá o condenado ser alojado em compartimento coletivo, desde que sejam observadas as condições de salubridade exigidas também às penitenciárias, bem como condições básicas como seleção adequada dos presos e limite de capacidade máxima, conforme dispõem os artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal.

Interessante ressaltar que o condenado ao regime semiaberto pode conseguir autorização de saída temporária do estabelecimento, para visitar a família, freqüentar curso profissionalizante, ou participar de atividades que concorram para seu retorno ao convívio social, sem uma vigilância direta.

Destaca-se o ensinamento de Julio Fabrinni Mirabete (2004, p. 509) sobre mencionada possibilidade:

Nas saídas temporárias, o condenado não está submetido a escolta ou vigilância direta, confiando-se exclusivamente no seu senso de responsabilidade quanto à sua conduta durante a visita, a freqüência a

curso ou desempenho de qualquer atividade autorizada e ao seu retorno ao estabelecimento penal ao fim do prazo de autorização.

[...] a competência para conceder a saída temporária é do juiz da execução, como já previsto, aliás, no art. 66, IV, da Lei de Execução Penal. Por isso, deve ser efetuada por meio de procedimento judicial competente (art. 194), determinando-se que o ato concessivo ou denegatório seja motivado pelo juiz da execução.

A concessão da saída temporária exige a prévia manifestação do Ministério Público e da Administração penitenciária, que opinarão pela existência ou não dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão do benefício.

O juiz pode ainda determinar o monitoramento eletrônico do condenado autorizado a sair do estabelecimento prisional.

Consigne-se ainda, que conforme §1º do artigo 124, da LEP, o juiz, ao conceder a saída temporária, imporá ao condenado beneficiário algumas condições, como, fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; recolhimento à residência visitada, no período noturno; proibição de freqüentar bares, casas noturnas e Estabelecimentos congêneres, além de outras, que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado.

Vale lembrar, que como todo benefício, ele será revogado caso o condenado descumpra as condições impostas ou cometa crime doloso, punido por falta grave.

Por oportuno, quanto as hipóteses de fixação do regime semiaberto, salienta-se que pode se dar por fixação inicial, conforme conjunção do artigo 33, caput e §2º, alínea “b”, do Código Penal⁴. Ou, também, por meio da progressão do regime fechado, ou pela regressão do regime aberto.

Derradeiramente, frise-se que o exame criminológico exigido no regime fechado, não é obrigatório no regime semi-aberto, embora o artigo 35 do Código Penal assim preestabeleça. Isso porque, o artigo 8º, parágrafo único da Lei de Execução Penal, que é posterior, dispõe, expressamente, a facultatividade de tal procedimento, devendo prevalecer o regulado na Lei n. 7.210/84. (CAPEZ, 2007, p. 84).

⁴ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

5.6.3 Do regime aberto

Considerado o regime prisional menos rigoroso, baseia-se na disciplina e senso de responsabilidade do condenado, consoante se observa da leitura do artigo 36 do Código Penal.

A Casa do Albergado é o estabelecimento adequado para cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. E conforme leciona Julio Fabrinni Mirabete (2004, p. 279-280), o estabelecimento deverá atender alguns requisitos:

[...] a Casa do Albergado deve situar-se em centro urbano para facilitar a possibilidade de acesso ao trabalho, à escola ou ao estabelecimento em que o condenado irá desempenhar atividades. Deve ainda o estabelecimento caracterizar-se pela ausência de obstáculo físico contra fuga. [...] deverá contar também com local adequado para cursos e palestras.

De mais a mais, a entrada e saída do preso na Casa do Albergado são livres, já que o condenado deve sair do estabelecimento para trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, recolhendo-se no período da noite e nos dias de folga. Assim, vislumbra-se que o regime tem por finalidade concorrer para um contato maior do preso com a sociedade, a fim de proporcionar sua efetiva reinserção social.

A concessão deste regime permite que o condenado tenha uma experiência de liberdade concreta, uma vez que lhe é possibilitado trabalhar e viver como um homem livre, devendo se recolher apenas a noite.

Registre-se que alguns requisitos devem ser preenchidos pelo condenado para que ele inicie o cumprimento de pena no regime aberto. Tais requisitos podem ser observados da leitura conjunta do artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal e artigo 114 da Lei de Execução Penal: a) ter sido condenado a pena igual ou inferior a quatro anos; b) estar trabalhando ou demonstrar a possibilidade de fazê-lo em breve; c) deve o condenado demonstrar, pela vida pregressa, relevantes indícios de autodisciplina e responsabilidade, bem como ter aceitado o programa de execução da pena e das condições determinadas pelo juiz.

Ressalta-se, também que “o pressuposto para ingresso no regime aberto é a aceitação pelo condenado do seu programa e das condições impostas

pelo Juiz” (CAPEZ, 2007, p. 89). As condições podem ser gerais (obrigatórias) ou especiais (facultativas).

As condições obrigatórias estão estampadas no artigo 115, I a IV da Lei de Execução Penal e são, necessariamente, impostas pelo Juiz: a) permanecer no local que for designado, durante o repouso e dias de folga; b) sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; c) não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; d) comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Por fim, o regime aberto vem sofrendo uma série de críticas, em face da ausência generalizada de Casas do Albergado no Brasil, fazendo com que o condenado cumpra a pena em cadeias públicas, ou penitenciárias, desvirtuando a finalidade ressocializadora do regime.

A partir desta afirmação surge discussão sobre a possibilidade de cumprimento de pena do regime aberto em residência particular, ou ainda, em estabelecimentos prisionais, desde que não seja permitido, neste último caso, contato entre os condenados ao regime aberto com os condenados aos demais regimes.

Com efeito, a Lei da Execução Penal criou uma nova modalidade de prisão domiciliar (artigo 117, LEP), contudo, nas hipóteses de cabimento da mencionada modalidade, a ausência de vagas em casas de albergado não está abarcada.

Além disso, há decisões no sentido de que seria possível o cumprimento de pena em regime aberto, ainda que em prédios contíguos aos estabelecimentos prisionais, desde que atendidas as exigências da lei, em separar os presos conforme os regimes e baseado-se na autodisciplina e sendo de responsabilidade.

Porém, o que se observa com mais frequência na atualidade é o entendimento de que o condenado não pode ser punido pela ineficiência do Estado, que deveria providenciar a instalação de Casas do Albergado em escala suficiente para atender à demanda de presos nestas condições.

Acerca do problema, comenta Renato Marcão (2010, p. 140):

Como já se sabe, a quase absoluta ausência de estabelecimentos penais do gênero tem impossibilitado, por inteiro, o cumprimento de tais penas conforme o desejo da Lei de Execução Penal, já que passam a ser

cumpridas, ambas – privativa de liberdade no regime aberto e limitação de fim de semana -, em regime domiciliar, ao arrepio da lei, porém, no mais das vezes, sem outra alternativa para os juízes e promotores que operam com a execução penal.

Portanto, percebe-se que hoje há tolerância e permissão do cumprimento da pena no regime aberto na residência particular do próprio preso, que continua obrigado a desenvolver atividades laborais ou estudantis e deve se recolher no período da noite e nos dias de folga.

6 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O legislador infraconstitucional, com o objetivo de combater o crime organizado, estabelecer a ordem nos presídios e isolar os presos de alta periculosidade, alterou a redação do artigo 52, entre outros, da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP), através da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, e introduziu em nosso ordenamento jurídico uma nova modalidade de sanção disciplinar, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Portanto, convém, no momento, apresentar um estudo mais detalhado acerca deste instituto, já que se trata do objeto principal desta pesquisa. Para tanto, analisaremos como surgiu o RDD, suas características, as hipóteses de inclusão e o procedimento.

Destaca-se, ainda, que o RDD é gerador de diversas opiniões e motivo de grandes discussões entre os operadores de direito desde a promulgação da lei que o institui, pois se trata de uma medida que impõe ao presidiário regras mais rígidas de disciplina e um grau de confinamento maior, despertando nos críticos do instituto o argumento de violação de direitos e garantias constitucionais; enquanto os defensores alegam a medida como forma de fortalecimento da segurança pública, inibindo e punindo a prática delituosa.

Assim, faz bem explorar as críticas sofridas pelo Regime, debatendo sobre sua (in) constitucionalidade.

6.1 Origem Histórica

As rebeliões praticadas por presos nos presídios do Estado de São Paulo foram a principal propulsora da criação do Regime Disciplinar Diferenciado.

Em 18 de dezembro de 2000, ocorreu na Casa de Custódia Taubaté uma rebelião que resultou na morte de nove detentos e na destruição total do espaço físico. Consigne-se que tal Casa de Custódia, também conhecida como “Piranhão” é de segurança máxima e a facção criminosa chamada “Primeiro Comando da Capital – PCC” vinha anunciando entre os presos o plano de efetivar uma rebelião, inclusive com a destruição total do “Piranhão”.

Diante da situação, algumas medidas administrativas foram tomadas, como a transferência dos detentos envolvidos no conflito para penitenciárias da Capital.

Em fevereiro de 2001, com o fim da reforma da Casa de Custódia de Taubaté, os detentos transferidos foram mandados de volta a ela, com exceção de dez líderes que foram isolados em outros presídios. Assim começou o problema maior.

Os detentos inconformados com o isolamento de seus líderes organizaram, no Estado de São Paulo, a maior rebelião do país, chamada de *megarrebelião*. A ação ocorrida em 18 de fevereiro de 2001 envolveu vinte e oito mil presos e tomou conta de vinte e nove estabelecimentos prisionais.

E mais uma vez a responsável pela bagunça era o PCC, facção criminosa de rigorosa disciplina e hierarquia originada dentro do próprio sistema penitenciário paulista.

Como forma de represália à atuação de facções criminosas, em 04 de maio de 2001, a Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, editou Resolução SAP nº. 26, disciplinando o Regime Disciplinar Diferenciado, destinado a líderes e integrantes das facções ou aquele cujo comportamento exigisse tratamento disciplinar diferenciado.

Com objetivo de reafirmar o controle disciplinar interno e a ordem, o RDD foi, inicialmente, aplicado em cinco unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré, e consistia no isolamento do preso por 180 dias, prorrogável até 360 dias. A resolução, em seu artigo 5^o estampava as regras e características do regime.

⁵ Artigo 5º - Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras: I - Conhecimento dos motivos de inclusão no RDD. II - Saída da cela para banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia. III - Acompanhamento técnico programado. IV - Duração de 2 horas semanais para as visitas, atendido o disposto no Artigo 1º da Resolução SAP-9/2001. V - Permanecer sem algemas, no curso das visitas. VI - Remição da pena pelo trabalho e pela educação, conforme a lei e a jurisprudência. VII - Remição do RDD, à razão de 1 dia descontado por 6 dias normais, sem falta disciplinar, com a possibilidade de serem remidos, no máximo, 25 dias, e SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA ASSESSORIA DE IMPRENSA cumpridos 155 dias de regime. VIII - A ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo anteriormente remido. IX - Contato com o mundo exterior pela correspondência escrita e leitura. X - Entrega de alimentos, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas.

Em 02 de abril de 2002 inaugura-se o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, criado especialmente para aplicar o RDD, razão pela qual as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a de Iaras deixam de aplicar o regime.

Posteriormente, foi editada a Resolução SAP nº 49, disciplinando acerca do direito de visita e as entrevistas com advogados no Regime Disciplinar Diferenciado. Em seu artigo 2º, a Resolução determinava que “as visitas serão de, no máximo, duas pessoas por dia de visita, sem contar as crianças e terão duração máxima de duas horas”. Assim como as entrevistas com advogado deverão ser previamente agendadas, mediante requerimento à Direção do estabelecimento, que agendará a entrevista dentro dos 10 dias subseqüentes⁶.

Cumprir mencionar que em agosto de 2002, regime semelhante, foi instalado no Complexo Penitenciário de Hortolândia, em Campinas, por meio da Resolução SAP nº 59, visando melhorar a disciplina e ordem dos detentos. O regime é intitulado Regime Disciplinar Especial e trouxe inovações à medida que permitia a inclusão não apenas de condenados, mas também de presos provisórios acusados de cometer crime doloso ou que representassem alto risco à segurança da instituição penal.

Interessante ressaltar que o Regime Disciplinar Diferenciado não se limitou apenas ao Estado de São Paulo, mas foi também aplicado no Rio de Janeiro, em razão da rebelião organizada por Luiz Fernando da Costa, o “Fernandinho Beira-Mar”, no Presídio de Bangu I. A medida de isolamento dos participantes da ação foi chamada de Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES).

Quanto à Resolução SAP 26, tão logo foi editada surgiram inúmeras críticas e discussões sobre sua constitucionalidade.

“Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta grave a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la”. (MARCÃO, 2010, p. 72).

A previsão de isolamento do preso por 180 dias estava em desacordo com os ditames da Lei de Execução Penal, que determinava que nenhuma forma de

⁶ Art 5º, Resolução SAP nº49/2001

isolamento poderia ultrapassar 30 dias. Assim, o RDD era considerado incompatível com o que previa a Lei, e conseqüentemente era de plano ilegal.

Outra problemática apontada era a ausência de processo legislativo para a criação do novo regime, além do fato da Resolução autorizar a inclusão no regime à critério exclusivo da administração do presídio, sem atuação da autoridade judicial, o que desrespeitava mais uma vez a Lei de Execução Penal.

Contudo, em que pese as críticas, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela constitucionalidade do regime, justificando que os Estados-membros tem competência para legislar sobre Direito Penitenciário, conforme autoriza a Constituição Federal (artigo 24, inciso I).

Ademais, em 2003, com a morte de dois Juízes de Execução Penal, em São Paulo e no Espírito Santo, surgiu no âmbito do Congresso Nacional o interesse em “universalizar” o Regime Disciplinar Diferenciado, com alteração da legislação federal (Lei de Execução Penal).

O projeto de Lei nº 7.053 que havia sido enviado em 2001 pela Presidência da República, foi em 26 de março de 2003 votado e aprovado na Câmara dos Deputados, seguindo para o Senado. Após o trâmite legal, foi convertido em lei, inaugurando a Lei nº 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal (7.210/1984) e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.089/41).

Com efeito, o Poder Público tentava mostrar seu domínio sobre as instituições prisionais e passar para a população que a medida tomada pretendia combater a violência, o crime organizado e a insegurança, conforme ensina Salo de Carvalho (2007, p.275):

O exemplo mais nítido do “pânico” estatal em demonstrar à sociedade sua incapacidade ocorreu no episódio *Fernandinho Beira-Mar*. Naquele momento, a construção do *anti-herói nacional* – personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho – associada ao homicídio de dois Magistrados de Varas de Execuções Criminais – 14 de março de 2003 em São Paulo (SP) e 24 de março em Vitória (ES) – agregaram o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização.

O “mal” não foi “cortado pela raiz” com a criação do RDD, mas a opinião pública foi apaziguada diante de uma medida que “combateria o crime organizado e a violência que assombrava a sociedade”.

6.2 Características

De início, importante salientar que o Regime Disciplinar Diferenciado não é um regime prisional, mas tem natureza jurídica de sanção disciplinar. Primeiro porque o artigo 33, do Código Penal ao instituir os regimes de cumprimento de pena não mencionou o RDD. Ademais, o artigo 53 da LEP estabelece que a inclusão no regime disciplinar diferenciado constitui sanção disciplinar.

Assim, entre tantas definições e conceitos existentes entre os juristas, Julio Fabbrine Mirabete (2011, p. 242) define o instituto:

O regime disciplinar diferenciado, criado pela Lei nº 10.792, de 1º-12-2003, que alterou a Lei de Execução Penal, não é um novo regime de cumprimento de pena, em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Constitui-se em um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, ao qual poderão ser submetidos os condenados ou presos provisórios, por deliberação judicial, como sanção disciplinar com medida de caráter cautelar, nas hipóteses previstas em lei.

O artigo 52, da Lei de Execução Penal (7.210/84) foi alterado pela Lei 10.792/03, e traz em seus incisos, as características do RDD:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

- I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite máximo de um sexto da pena aplicada;
- II – recolhimento em cela individual;
- III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

Conforme se observa, o regime é aplicado tanto para os presos condenados ou provisórios.

No que tange a primeira característica (inciso I), o tempo máximo de permanência no regime é de 360 dias, porém, inexistente limite de vezes que o preso pode ser submetido ao RDD, podendo a sanção ser aplicada outras vezes quando ocorrer reincidência de falta grave. O único limite determinado é de até um sexto da pena aplicada, no caso dos condenados e, um sexto da pena cominada, tratando-se de presos provisórios.

A segunda característica (inciso II) consiste no isolamento do preso na famosa “solitária”. Deve-se, aqui, observar o disposto no artigo 45, §2º da LEP, que proíbe o isolamento em cela escura.

Com efeito, a terceira característica regula o direito de visitas do preso, mas a redação do inciso III do artigo 52 é confusa ao dizer “sem contar as crianças”. A dúvida consiste em saber se o preso incluso no regime disciplinar diferenciado não poderá receber a visita de crianças ou se o número de crianças não será computado para os fins de visitas. Há quem entende pela primeira hipótese, vez que o artigo 6º do ECA determina que a criança sequer poderá entrar na penitenciária, por ser ambiente inapropriado. Outros defendem que as crianças poderão visitar presos reclusos no RDD, já que se deve oferecer ao preso, mesmo que em regime especial, uma interação social harmônica, inclusive com a visita dos filhos.

Por derradeiro, a quarta característica (inciso IV) prevê que o preso tenha duas horas diárias para banho de sol.

Diante das peculiaridades expostas torna-se evidente que a finalidade principal do regime é o isolamento do preso, impedindo a comunicação do mesmo com o mundo exterior. Exemplo disso é o artigo 4º da Lei 10.792/03 que dispõe que os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios.

De mais a mais, a lei preleciona que a sanção disciplinar será aplicada após decisão fundamentada do juiz, precedido de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento prisional. O Ministério Público se manifestará acerca do requerimento, e a decisão deve ser prolatada no prazo de quinze dias. (art. 54, §§1º e 2º da LEP).

Excepcionalmente, o diretor administrativo do estabelecimento prisional poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso, por no máximo dez dias, o que será estudado melhor adiante.

6.3 Hipóteses de Cabimento do RDD

Cabe a sanção disciplinar em comento apenas aos presos condenados submetidos ao regime fechado, muito embora, os presos provisórios também

possam ser submetidos a tratamento mais rigoroso por fato cometido durante a prisão provisória, só que no caso dos últimos detentos, não têm condenação e, portanto, não há definido regime prisional.

Seguindo este pensamento, importante ressaltar o esclarecimento feito por Fernando A. N. Galvão da Rocha (2009, p. 486):

Não se pode conceber a imposição de medida disciplinar tão gravosa aos condenados submetidos ao regime aberto ou semi-aberto. Há incompatibilidade lógica do RDD com tais regimes prisionais. Resta evidente que os estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto e semi-aberto não são adequados às restrições inerentes ao RDD. A submissão ao RDD importaria, necessariamente, transferência de estabelecimento prisional. Portanto, se o condenado cometeu falta tão grave que autorize a submissão ao RDD, deverá o magistrado determinar a regressão do regime prisional para adequá-lo ao cumprimento das restrições inerentes ao RDD.

Conforme prevê o artigo 52 da Lei 7.210/84, o preso provisório, ou condenado poderão ser submetidos ao regime disciplinar diferenciado quando da prática de crime previsto como crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Ainda, o §1º do mesmo artigo prevê que o RDD também poderá acolher presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal e da sociedade. Por sua vez, o §2º dispõe que estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Assim, pode-se concluir que são três as hipóteses que autorizam a inclusão do indivíduo no Regime Disciplinar Diferenciado e, este momento é oportuno para analisá-las.

1ª hipótese: prática de crime doloso, que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas.

Como se observa, não basta o cometimento de uma falta grave consistente na prática de crime doloso, mas necessário que a conduta conduza a subversão da ordem ou disciplina interna.

Para melhor compreensão desta hipótese, cumpre destacar o significado das expressões, o que com propriedade faz Renato Marcão (2010, p. 75):

Subversão é o mesmo que tumulto. Assim, ocasionar a subversão é o mesmo que tumultuar. É o “ato ou efeito de transtornar o funcionamento normal ou considerado bom (de alguma coisa)”.

Ordem lembra organização, e, no léxico, significa “regulamento sobre a conduta de membros da coletividade, imposto ou aceito democraticamente, que objetiva o bem-estar dos indivíduos e o bom andamento dos trabalho”.

Disciplina, por sua vez, significa obediência às regras e aos superiores.

Destarte, toda vez que o preso provisório, ou condenado, praticar um crime doloso, que tumultue a organização, a normalidade do estabelecimento prisional, ou demonstre desobediência aos superiores, poderá ele ser incluído do Regime Disciplinar diferenciado.

Neste caso, há uma ressalva importante, vez que o legislador utilizou-se de expressões amplas, sem delimitar com clareza a conduta proibida, deixando margem à eventual arbitrariedade em cercear ainda mais a liberdade do preso.

2ª hipótese: presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Observa-se que mais uma vez o legislador optou por uma expressão aberta. A lei não elencou quais condutas tornam o preso de “alto risco para ordem e segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade”. Assim, deverá o juiz da execução penal analisar em cada caso concreto a ocorrência das cláusulas abrangentes utilizadas pela lei, incluindo o preso no regime disciplinar diferenciado.

Salienta-se que neste caso, não é necessário que o preso tenha cometido um crime doloso durante sua permanência no estabelecimento prisional, bastando que ele seja de “alto risco”, perigoso.

Logo, entende-se que esta hipótese de inclusão no RDD é uma forma de intervenção disciplinar preventiva, uma vez que somente leva em conta a periculosidade do indivíduo, dispensando que ele tenha praticado um crime quando preso. Assim, a inserção do preso, decorrente da segunda hipótese de inclusão, inibe desde já a prática de um crime doloso, que possivelmente seria cometido pelo preso, já que ele é de “alto risco”.

Luiz Flávio Gomes (2005, p. 21) discorre brevemente acerca a função preventiva que o regime acaba por desempenhar: “o RDD se aplica no caso do preso, dentro do presídio ou estabelecimento prisional, comandar crimes do lado de fora do muro(extra muro), colocando em risco a sociedade e a própria milícia”.

Ainda sobre a segunda hipótese, faz necessário ressaltar que “a gravidade do crime praticado não basta para presumir a personalidade do seu autor, havendo que existir, concretamente, dados que indiquem ser ele, enquanto preso, um perigo para ordem e a segurança do presídio.” (GOMES, 2005, p. 21).

Portanto, o juiz deverá aferir a periculosidade do preso, tomando por base fatos e provas, que demonstrem que o indivíduo, concretamente, é um risco para a segurança interna do estabelecimento e para a sociedade, justificando-se, pois, a inclusão dele no regime disciplinar diferenciado, ainda que não tenha cometido falta grave.

3ª hipótese: preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A utilização de expressões vagas e abertas se repete mais uma vez, abrindo espaço para arbitrariedade e excessos, diante da possibilidade de várias interpretações. Da simples leitura do texto legislativo, não se sabe, por exemplo, se as fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando, são referentes a vida prisional, ou ao crime pelo qual cometeu e foi preso.

A dúvida é esclarecida através da decisão proferida pelo Desembargador Federal Olindo Menezes:

As fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, nos termos do § 2º do artigo 52 da Lei nº 7210/84, com a redação da Lei nº 10792/03, devem ter relação com os atos por eles praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar. (TRF-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 11/05/2004, TERCEIRA TURMA)

Novamente, observa-se que não é necessária a prática de crime doloso, considerado falta grave, para inclusão no regime disciplinar diferenciado, caracterizando uma inserção disciplinar preventiva, considerando o sujeito pelo que ele é e, não pelo fato que praticou.

Interessante ressaltar que a presente hipótese, não se aplica ao preso ou condenado *estrangeiro*, uma vez que não há menção expressa no §2º, do artigo 52, “restando excluída, sob tal fundamento, a possibilidade de sua inclusão no

regime disciplinar diferenciado, já que as normas que impõem limitações a direitos devem ser interpretadas restritivamente”. (MARCÃO, 2010, p. 76).

Cumprido, por fim, aludir que as fundadas suspeitas, devem se basear em provas cabais da participação do detento. Neste sentido, Nas palavras de Fernando A. N. Galvão da Rocha (2009, p. 487/488):

A participação ou o envolvimento em organizações criminosas, quadrilha ou bando é presumida pelo legislador como ofensiva à paz pública e cabe ao Poder Público evitar que o preso continue suas atividades ilícitas, por intermédio da associação criminosa que mantém com pessoas que estão em liberdade. A presunção de que tais atividades ofendam a paz pública, no entanto, não pode se confundir com de que o preso tenha qualquer participação ou envolvimento em tais associações delitivas. A imposição do RDD somente será autorizada quando houver “fundadas suspeitas” de que o preso tenha participação ou envolvimento em tais associações. Deverá, portanto, haver provas suficientes sobre a ocorrência de fatos que façam verossímil a suspeita da participação ou envolvimento do preso.

Destarte, o preso, condenado ou provisório, que demonstre, através de atos praticados dentro do presídio, participação com organizações criminosas, quadrilha ou bando, será inserido no regime disciplinar diferenciado, desde que haja provas suficientes da participação e, ainda que não tenha cometido crime doloso quando da permanência no estabelecimento prisional.

6.4 Procedimento de Inclusão

A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado depende de decisão do juiz da vara das execuções criminais, conforme dispõe o artigo 52, da Lei de Execução Penal e acrescenta Renato Marcão (2010, p. 79):

A decisão sobre a inclusão no regime disciplinar diferenciado é jurisdicional, inserindo-se na alçada do juiz da execução penal. Não pode o magistrado decretar *ex-officio*, e o Ministério Público não tem legitimidade para postular a inclusão no RDD.

A legitimidade para requerer a inclusão no RDD é do diretor do estabelecimento prisional em que o preso se encontra ou outra autoridade administrativa (Secretário da Segurança Pública e Secretário da Administração Penitenciária).

Assim, conforme o artigo 54 da LEP e seus parágrafos, a autoridade legitimada para postular a inclusão deve elaborar um requerimento, circunstanciado

(fundamentado) com todos os motivos da necessidade de inserção do preso no regime disciplinar diferenciado. O requerente pode anexar cópia dos procedimentos realizados em razão de alguma falta disciplinar. Este requerimento deve ser endereçado ao juiz da execução competente, que o enviará ao Ministério Público para que se manifeste, oportunizando, em seguida, manifestação da defesa e, finalmente caberá ao juiz decidir, no prazo de quinze dias, pela inclusão ou não do encarcerado no RDD.

Verifica-se que a regra jurisdicionaliza a inclusão do preso no RDD, exigindo a formação de um processo judicial, de forma que o legislador pretendeu evitar que a autoridade administrativa pudesse decidir sozinha a respeito de uma situação tão grave, de maior isolamento e restrição do preso.

Contudo, é de extrema importância mencionar que a Lei nº 10.792/03, instituiu o regime disciplinar diferenciado preventivo, determinando a redação do artigo 60, da Lei de Execução Penal:

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho autorizado do juiz.

Parágrafo Único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

Observa-se que a lei estabeleceu duas hipóteses de medidas extremas. A primeira é a decretação, pela autoridade administrativa, do isolamento preventivo do preso, pelo prazo de dez dias. A segunda é a inclusão preventiva do preso, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependendo neste caso de despacho do juiz competente.

Há uma limitação temporal de dez dias no que tange o isolamento preventivo ou a inclusão preventiva no regime, não sendo permitida prorrogação ou nova decretação pelo mesmo fundamento. Dessa forma, decorrido o tempo, “ou se determina a inclusão no regime disciplinar diferenciado, conforme regulado no art. 52, observadas as hipóteses autorizadoras (*caput*, §§ 1º e 2º), ou se restitui ao preso sua *normal* condição de encarcerado”. (MARCÃO, 2010, p. 78).

Quanto à inclusão preventiva no RDD, trata-se de uma medida cautelar a ser decretada pelo juiz, quando houver interesse da disciplina e da averiguação do

fato. Neste caso, por se tratar de medida cautelar, necessária a demonstração de *fumus boni iuris e periculum in mora*.

A medida extrema da inclusão preventiva pode ser decretada pelo juiz, mesmo sem oitiva prévia do Ministério Público e da defesa, porque, muito provavelmente, a operacionalização das oitivas prévias poderá desvirtuar a finalidade emergencial da inclusão preventiva. Ademais, não há nenhum óbice para que após a decretação o Ministério Público e a defesa se manifestem, fazendo as ponderações pertinentes ao seu entendimento.

Cumprido ressaltar, que a ausência de manifestação prévia do Ministério Público e da defesa, apenas em sede de decisão definitiva de inclusão no RDD, poderá levar à nulidade absoluta da decisão.

Segundo o parágrafo único do artigo 60, o tempo de isolamento preventivo ou de inclusão preventiva no RDD, será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

Por fim, fazendo um paralelo entre o procedimento de inclusão preventiva e o de inclusão definitiva, vislumbra-se certa incoerência acerca dos prazos, uma vez que o juiz tem quinze dias para decidir sobre a inclusão definitiva, enquanto no caso, de emergência, a autoridade administrativa poderá isolar o encarcerado, preventivamente, pelo prazo de dez dias.

Sobre a desarmonia de prazo, Guilherme de Souza Nucci ([s.d]) *apud* Renato Marcão (2010, p.80):

Embora o juiz tenha o prazo máximo de 15 dias para decidir a respeito, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até dez dias, aguardando a decisão judicial (art. 60, LEP). Os prazos, no entanto, deveriam coincidir, ou seja, se o juiz tem até 15 dias para deliberar sobre o regime disciplinar diferenciado, o ideal seria que a autoridade administrativa tivesse igualmente 15 dias para isolar o preso, quando fosse necessário. Nada impede, aliás, recomenda, no entanto, que o juiz alertado de que o preso já foi isolado, decida em dez dias, evitando-se alegação de constrangimento ilegal.

Interessante consignar, por derradeiro, que todos os casos de inclusão no regime disciplinar diferenciado, ocorrerão sem prejuízo da sanção penal cabível.

6.5 Constitucionalidade do RDD

Conforme já analisado no presente trabalho, o Regime Disciplinar Diferenciado teve como antecedente a Resolução SAP nº 26 de 04 de maio de 2001, que tão logo criada, foi alvo de diversas críticas e especulações sobre sua constitucionalidade, principalmente pelo fato do Poder Executivo ter legislado sobre matéria penal e processual.

Importante mencionar que a Medida Provisória nº 28 de 04/02/02 tentou legalizar o RDD paulista, porém, perdeu a eficácia e não foi reeditada, porque, a matéria não poderia ser regulada através de Medida Provisória, caso fosse, seria expressamente inconstitucional. “Portanto, se era vedado – porque *inconstitucional* – legislar sobre as citadas matérias por Medida Provisória, também era impossível fazê-lo por meio de Resolução Estadual” (SOUZA, 2006, p. 283).

Contudo o Tribunal de Justiça de São Paulo chamado a intervir, decidiu pela constitucionalidade da Resolução, uma vez que os Estados membros podem legislar sobre direito penitenciário, conforme dispõe o artigo 24, inciso I, da Carta Magna.

Vale destacar que embora o RDD tenha como antecedente a Resolução SAP nº 26/2011, o instituto que temos hoje foi criado pela Lei 10.792/2003, não sendo arraigado em nenhum vício formal, pois seguiu regularmente o processo legislativo, além de a aprovação ter sido precedida de diversas discussões parlamentares, e audiências públicas.

Dessa forma, a maior discussão sobre o regime não está ligado à sua constitucionalidade formal, mas sim à constitucionalidade material, uma vez que tal sanção disciplinar é veemente criticada por violar principalmente princípios constitucionais, e estar em desacordo com Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas.

Nesta toada, orienta o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em um parecer emitido em 2004 sobre o tema:

Portanto, para o que ora nos interessa, resta estabelecido que as eventuais incompatibilidades do RDD com a Constituição Federal também devem ser analisadas à luz do que dizem os tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes, no âmbito das Nações Unidas, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, no da Organização dos Estados Americanos.

Alem daqueles, também servem para o mesmo propósito as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas.

Feita tais considerações, há de se analisar o instituto do RDD frente as garantias e direitos previstos nas legislações acima descritas.

Durante a análise do regime, ficou claro que o instituto prevê tratamento igualitário entre presos provisórios e condenados, justificando-o com conceitos vagos e imprecisos (art. 52, *caput*, e §§1º e 2º, da LEP). Assim, vale recordar do princípio da presunção de inocência e perceber que ele é nitidamente desrespeitado.

O RDD, ao estabelecer a regra de que mesmo o preso provisório pode ficar 360 dias isolado, sem prejuízo de novas sanções, com limitação apenas a um sexto da pena fixada, contribui para a insegurança jurídica, uma vez que impõe a um até então inocente, um isolamento que pode perdurar durante todo seu processo e julgamento e mostra-se uma verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência, bem como o que dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 10, inciso 2: “ *a) As pessoas processadas deverão ser separadas (...) das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.*”. No caso de inclusão no regime disciplinar diferenciado é patente que o preso não está recebendo tratamento distinto do condenado.

Acerca da crítica, reforça Maria Thereza R. de Assis Moura (2007, p. 288):

Não há dúvida de que submeter aquele que não foi definitivamente condenado a condições que ferem a dignidade humano, pelo prazo de 1/6 da pena que sequer foi aplicada, constitui insuportável ilegalidade, além de afronta o garantia constitucional da não-consideração prévia de culpabilidade, inserto no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Dessa forma, há evidente inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado por afrontar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Outro princípio veemente apontado como violado é o da legalidade, uma vez que embora o regime em comento seja considerado uma sanção disciplinar e não um regime de cumprimento de pena propriamente dito, assim como são o fechado, semiaberto e aberto, os que criticam o instituto afirmam que na essência

ele acaba por ser um regime de cumprimento de pena sim, que, porém, não está previsto no Código Penal, e, portanto, viola tal princípio.

Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 290) em entendimento similar explica:

Embora a internação no RDD seja legalmente uma sanção disciplinar (art. 53, LEP), “*regime de disciplinar carcerária especial*”, devido à forma, local e tempo variável de inclusão (360 dias ou mais), acaba de tornando um *novo regime de cumprimento de pena privativa de liberdade*, executando com regras e restrições muito mais severas do que aquelas impostas para o cumprimento da pena no regime prisional fechado em estabelecimento carcerário comum.

Tal opinião é ainda compartilhada por Maria Thereza R. de Assis Moura (2007, p. 288) que em breve afirmação dispõe: “Trata-se, em verdade, de regime fechadíssimo de cumprimento de pena, não previsto no Código Penal, razão pela qual viola o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República”.

Cristiane Russomano Freire (2005, p. 158) explica com propriedade a violação ao princípio sob um outro aspecto, o da imprecisão e amplitude dos termos utilizados pela lei infraconstitucional, o que ocasiona a arbitrariedade:

O conteúdo aberto das hipóteses de aplicação do regime disciplinar diferenciado, especialmente no que tange aos §§1º e 2º do art. 52, viola frontalmente o princípio constitucional da legalidade penal. (...) A aferição do que configura condutas de “alto risco” ou “suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas”, delega integralmente aos agentes administrativos, invariavelmente dará vazão a todo o tipo de arbitrariedade, conferindo à administração penitenciária superpoder diante da massa carcerária.

Interessante ainda, analisar o RDD frente ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, que tem o condão de atuar como moderador do poder estatal, uma vez que o limita e proporciona a efetivação e não violação de direitos e garantias fundamentais.

A previsão de isolamento por 360 dias como sanção por condutas lesivas de presos não guarda, muitas vezes, proporcionalidade com a punição cominada para alguns delitos previstos no Código Penal, de forma que acaba por violar o postulado de que a sanção deve ser proporcional a gravidade e ao dano social do delito.

Por fim, de extrema importância recordar que dentre os fundamentos do Estado Brasileiro, previstos no artigo 1º da Carta Magna, está a dignidade da pessoa humana e em consonância com ela existe o princípio da humanidade, que importa reconhecer que o preso, embora privado do seu direito de locomoção, deve ser tratado acima de tudo como pessoa humana, que não teve seus demais direitos privados pela sentença condenatória, e portanto, deve ter assegurado todos os direitos inerentes à condição humana.

Neste momento, impende salientar que uma das críticas mais feitas ao RDD é acerca da sua dissonância com o princípio da humanidade da pena, já que o tratamento imposto ao incluso no regime em estudo é cruel e, muitas vezes acaba por fomentar ainda mais o ódio, a loucura e a desesperança do detento.

Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 291) leciona a respeito:

Em síntese, a inclusão no RDD como punição disciplinar ou *forma especial de execução da pena* converte-se em medida cruel e desumana, por conseguinte, *inconstitucional*, porque dissonante do *princípio da humanidade da pena* que inspira o respeito a *integridade física e moral* do recluso e a proibição da tortura e tratamento infamante. (art. 5º, III, XLVII, XLIX, CF/88, 5º, 1,2 CADH, 7º 10º PIDCP, 40, 45, §1º, LEP, 38, CP), ferindo o interno na sua *dignidade humana*, protegida por vários diplomas legais, (...) frustrando a finalidade idealizada pela Lei de Execução de "(...) proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado".

O isolamento celular prolongado acaba por provocar conseqüências destrutivas sobre a saúde física e mental do detento, adquirindo feição de castigo, "reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício de vingança social" (FREIRE, 2005, p. 156).

Ainda seguindo o mesmo raciocínio, ensina Maria Thereza R. de Assis Moura (2007, p. 287):

O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime disciplinar diferenciado viola a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 1º, inciso III, da vigente Constituição da República. Mas, não pára aí a inconstitucionalidade. A Lei Maior assegura, como um dos princípios de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º), estando disposto no artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor no Brasil, que "ninguém deve ser submetido a torturas, nem 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". O mesmo direito está assegurado no art. 5º, III, da

Constituição da República, que também garante, dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais, o respeito a integridade física e moral das pessoas.

As Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas é clara ao vedar o isolamento nos moldes do RDD, vez que caracteriza tratamento cruel, desumano e degradante:

31. Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.

32.

a. As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito que ele está apto para as suportar.

Diante considerações feitas, também não se pode deixar de analisar a finalidade ressocializadora da pena, uma vez que a dignidade da pessoa humana e a humanidade da pena estão intimamente conexos com tal finalidade.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos expressa nitidamente o respeito que aos princípios tratados, conforme abaixo transcrito:

Artigo 10 – I. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana;

[...]

III. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros.

Em que pese a ausência de observância do ideal ressocializador por parte das penitenciárias brasileiras, o que os princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade da pena visam é reavivar tal ideal.

Com efeito, o que se observa é que a violação aos referidos princípios, torna o ideal ressocializador ainda mais distante da realidade. Vislumbra-se que ao invés de ressocializar, o RDD provoca um efeito contrário no detento, que desenvolve uma personalidade ainda mais voltada para o crime.

Neste sentido, interessante é o ensinamento de Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 292):

O sistema RDD está na contramão do caminho da reintegração social, que depende de contínuo processo de *comunicação* e *integração* entre o cárcere e a sociedade, onde os internos se identifiquem na sociedade externa e, esta, se identifique na prisão, considerando que os muros do

cárcere representam uma violenta barreira que separa a sociedade de parte dos seus próprios problemas e conflitos. Portanto, eufemismo denominar estabelecimento penal que aplica o RDD de “*Centro de Readaptação Penitenciária*”, onde é pálida a possibilidade de readaptação do interno, tratando-se de inconstitucional medida disciplinar que pretende substituir o ideal de “*consensualidade*”, que caracteriza e aprimora a execução da pena no Estado Democrático de Direito, pela falsa crença de se obter, *coativamente*, a reforma do caráter e do espírito, “*corpos dóceis e readaptados*”.

É cediço que o regime disciplinar diferenciado surgiu unicamente para compensar as manifestações das organizações criminosas, que de dentro de estabelecimentos prisionais provocaram o temor na sociedade civil ao comandarem diversos ataques, revestidos de extrema violência. Assim, com a justificativa de restringir a comunicação do criminoso com o mundo exterior, bem como puni-lo por condutas reprováveis durante o cárcere, o Estado encontrou no RDD o meio adequado de proteger a sociedade.

“A necessidade emergencial daqueles sujeitos considerados ‘de exarcebada periculosidade’ inferiu nova função ao poder disciplinar no interior do cárcere” (FREIRE, 2005, p. 155).

Contudo, verifica-se que as regras do RDD foram além do necessário e, inclusive, além do permitido para contornar a situação vigente à época, tornando-se um sistema de evidente negligência aos direitos e garantias do encarcerado.

Portanto, conclui-se que o RDD é um mecanismo criado pelo Estado para esconder sua incapacidade de conter o crime organizado dentro dos estabelecimentos prisionais comuns. Ademais, o sistema “não se ajusta, minimamente, aos direitos e garantias individuais consolidados na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal ou no Código Penal” (SOUZA, 2006, p. 293).

Talvez, se o Estado cumprisse as determinações de segurança estabelecidas na LEP, a impermeabilidade dos presídios com o mundo exterior estaria resolvida. Porém, menos custoso investir em instituições arbitrárias, do que investir contra a formação das organizações e facções criminosas no interior dos estabelecimentos prisionais já existentes, que estão distantes de se adequarem aos padrões de segurança necessários para paz e bem estar social.

Maria Thereza R. de Assis Moura (2007, p. 292) resume seu entendimento acerca da constitucionalidade do sistema em comentário:

Em síntese: a Lei 10.792/2003, no que diz respeito à execução penal, representa um retrocesso e um duro golpe nos ideais que inspiram a Lei 7.210/84 há exatas duas décadas, na medida em que viola os princípios e regras que a nortearam. Mas, para além das ilegalidades apontadas, a Lei 10.792/2003 contém insuportável ofensa aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos acusados e aos condenados, não existindo justificativa para tamanha violação. Lembre-se a propósito, que a repressão ao crime organizado deve se dar dentro dos limites da lei e que a criação do regime disciplinar diferenciado não acabará com a violência urbana, assim como não tornará o preso uma pessoa melhor e não tornará mais segura a Sociedade.

Ante o exposto, assevera-se a afirmação de que o isolamento imposto pelo Regime Disciplinar Diferenciado com duração de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção em caso de nova falta, com a limitação fixada em um sexto da pena, é inconstitucional, pois viola direitos e garantias fundamentais, bem como se distancia do ideal ressocializador da pena, aniquilando a integridade física e mental do preso submetido à “sanção disciplinar diferenciada”.

7 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em estrita conexão com o capítulo anterior, encontra-se a afirmação de que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma verdadeira expressão de um direito penal do inimigo. Portanto, para melhor compreensão de tal assertiva, necessário emitir breves considerações acerca do Direito Penal do Inimigo.

7.1 Considerações Iniciais Acerca do Direito Penal do Inimigo

O direito penal do inimigo é uma teoria delineada pelo professor alemão Günther Jakobs, que a expôs no ano de 1985, com intuito de consagrar uma nova modalidade do Direito Penal.

Trata-se de uma teoria baseada nos pensamentos de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant.

O pensamento de Rousseau (1959) *apud* Jakobs (2012, p. 24) dispõe que “qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este”.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Fichte *apud* Jakobs (2012, p. 25):

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisto, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.

Porém, a intenção de Jakobs (2012, p.25/26) não é seguir a concepção dos pensadores acima, uma vez que o professor alemão considera que a separação entre o cidadão e o seu Direito é muito radical:

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

E neste sentido é que Hobbes (1984) *apud* Jakobs (2012, p. 26) entendia que:

O cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição, pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa um recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.

E, por fim, segundo o pensamento de Kant (1907) *apud* Jakobs (2012, p. 27) “toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. Conseqüentemente, quem não participa na vida em um estado comunitário-legal deve retirar-se, sendo tratado como um inimigo”.

Dessa forma, para Jakobs, inimigo é aquele que pratica, reiteradamente, crimes, ou que em virtude dos crimes cometidos, coloca em risco o próprio Estado.

Para justificar sua teoria, Jakobs defende que existe um contrato social entre os indivíduos e o Estado, sendo que aquele que infringe tal contrato, cometendo um delito, “já não participa mais dos benefícios deste e já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica” (JAKOBS, 2012, p. 24).

Neste sentido, Jakobs (2012, p. 40) define o inimigo:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Pode-se ainda perceber que o professor defende a existência de dois tipos de delinqüentes, existindo, portanto, dois tipos de Direito Penal, um para cada tipo de delinqüente. O Direito do Cidadão para aqueles que cometeram um erro, mas ainda são considerados cidadãos e, o Direito Penal do Inimigo para aqueles que oferecem grande risco ao ordenamento jurídico, por tentar destruí-lo e, por isso, devem ser tratados como inimigos.

Luiz Flávio Gomes (2004) *apud* Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 230) busca definir as diferenças entre cidadão e inimigo:

O “Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é a coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do

crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

De um lado o Direito Penal do Cidadão é repressivo e garantista, com finalidade de reabilitar o cidadão ao convívio social, baseando-se em princípios que lhe são inerentes. Lado outro, o Direito Penal do inimigo suprime algumas garantias processuais, objetivando a prevenção de delitos praticados por “não cidadãos”, também conhecido por inimigos do Estado.

Interessante mencionar os ensinamentos de Marcelo Lessa Bastos (2007, p.1) acerca dos dois direitos penais estabelecidos por Jakobs:

Jakobs adverte que é melhor trabalhar estas duas perspectivas, bem delimitadas e separadas, do que contemplar num único Direito Penal, o Direito Penal do cidadão, instrumentos aptos ao enfrentamento do inimigo. E concluí serem legítimas ambas as vertentes propostas, estabelecendo um paralelo entre o direito à segurança dos cidadãos e o direito de, em nome desta segurança, excluir das bênçãos do Direito Penal do cidadão o inimigo. O Direito Penal do inimigo se legitima, então, na visão de Jakobs, a partir do direito à segurança dos cidadãos.

Assim, a existência de dois direitos penais diferentes para públicos diferentes, somente se justifica para Jakobs, pois existiria uma espécie de indivíduo “não pessoa”, um inimigo, que para ser combatido deve ser excluído da sociedade, uma vez que é verdadeira ameaça à segurança dos cidadãos. Por isso, autoriza-se impor punições ao inimigo, mesmo que estas violem os direitos e garantias inerentes a qualquer cidadão, porque o indivíduo “não é cidadão”.

Destaque-se ainda, a interpretação de Marcelo Lessa Bastos (2007, p.1):

Uma vez identificado o inimigo, Jakobs admite, em relação a ele, basicamente, a criminalização de condutas em estágio prévio da lesão ao bem jurídico, antes mesmo que se exteriorize uma ação (por não possuir este inimigo uma esfera de privacidade a ser tutelada), a majoração desproporcional da reprimenda (sem levar em conta o *iter criminis* percorrido), e a flexibilização de garantias processuais.

Percebe-se que a aplicação de um direito penal do inimigo encontra respaldo no combate a crimes de elevada atrocidade, como os delitos sexuais, os atentados terroristas e a criminalidade organizada.

Levando em conta a realidade brasileira e o objeto do presente estudo, pode-se dizer que diante das considerações feitas, o inimigo seria o indivíduo

pertencente às organizações/facções criminosas, pois tais organizações visam desestruturar a ordem do Estado Democrático de Direito, instituindo um poder paralelo, de regras próprias, e, hoje, tais indivíduos são submetidos, inclusive, a um regime disciplinar diferenciado.

Realizadas tais considerações, cumpre ainda ressaltar que a doutrina tradicional relaciona o Direito Penal do Inimigo como um Direito Penal de terceira velocidade. Neste cerne, Alexandre Rocha Almeida Moraes (2011, p. 230), melhor explica acerca das velocidades do Direito Penal:

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a idéia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjuga com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos; já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras da imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’

Em outras palavras, a primeira velocidade tem por fim a aplicação da pena privativa de liberdade. Assim, “como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais”. (GRECO, 2014, p. 24). Na segunda velocidade prevê-se a aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que se observa no Brasil com os Juizados Especiais Criminais. Nesta fase “poderiam ser afastadas algumas garantias, com escopo de agilizar a aplicação da lei penal” (GRECO, 2014, p. 25).

Isto posto, pode-se dizer que se tem procurado catalogar o Direito Penal do inimigo como um direito penal de terceira velocidade, uma vez que nesta velocidade há uma miscigenação entre as velocidades anteriores: intuito de “aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)”. (GRECO, 2014, p. 25).

Nesta toada, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 71), afirma mais uma vez que o Direito Penal do Inimigo encaixa-se perfeitamente como o Direito Penal de terceira velocidade:

Trata-se do advento de um Direito de ‘terceira velocidade’ pautado por flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e normas penais em

branco, concomitantemente com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Estamos assistindo ao despertar das primeiras acepções das políticas criminais voltadas ao combate dos 'inimigos'.

Após as reflexões prévias e a análise do pensamento de Jakobs, cabe elencar as características do Direito Penal do Inimigo.

7.2 Características

Atualmente, a legislação penal brasileira utiliza-se do direito penal do fato, aquele que pune o agente pela conduta já exteriorizada; o indivíduo comete o crime e então é punido. Contudo, visando combater o crime organizado, ainda que implicitamente, tem-se tentado utilizar-se de um direito penal do autor, aquele que pune os agentes contumazes, considerados inimigos do Estado.

Para que se possa combater os "inimigos", as sociedades modernas buscam por regulamentações jurídicas com características que possibilitem identificá-las como formadoras de um Direito Penal do Inimigo.

Neste contexto, Manuel Cancio Melía (2012, p. 90), interpretando a teoria formulada por Günther Jakobs, afirma que três elementos caracterizam o Direito penal do inimigo:

Segundo Jakobs, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Resumidamente, o adiantamento da punibilidade, a desproporcionalidade da pena e a relativização ou mesmo a supressão de garantias processuais, são basicamente os elementos que evidenciam a espécie de direito penal em comento.

A antecipação da punibilidade é justificada por Günther Jakobs (2012, p. 36):

[...] o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Observa-se que a teoria do professor alemão preconiza que se deve combater os “perigosos”, de forma a prevenir os delitos, alcançando momentos anteriores a realização das condutas típicas, e até mesmo meros atos preparatórios, uma vez que seu autor atua à margem do Direito. Assim, visando tutelar efetivamente os bens jurídicos, é necessário interceptar o inimigo previamente, impedindo que ele consuma ou até mesmo dê início à ação criminosa.

O segundo elemento do Direito Penal do Inimigo, que consiste na desproporcionalidade das penas privativas de liberdade, significa que as penas cominadas seriam desproporcionalmente altas e, além disso, ainda poderiam ser agravadas por circunstâncias do autor (como fazer parte de uma organização criminosa, por exemplo); sem contar que os atos preparatórios seriam punidos com as penas cominadas a crimes consumados, não havendo nenhuma redução da pena por se tratar de atos prévios ao crime, mostrando-se eminentemente desproporcionais.

Por derradeiro, vale ressaltar que o terceiro elemento caracterizador do Direito Penal do Inimigo é a relativização das garantias penais e processuais ou até mesmo a supressão delas. O raciocínio é lógico: se o inimigo é um “não-cidadão”, e margeia o Direito, deve ser tratado como tal, e por isso “o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado” (JAKOBS, 2012, p. 38).

Cabe mencionar que outros doutrinadores, que dissertam a respeito do tema, colacionam outras características de tal Direito, porém, todas elas, indiretamente, decorrem das já apresentadas.

Destarte, percebe-se que o Direito Penal do Inimigo é bem diferente e oposto ao Direito Penal garantista, por isso é objeto de diversas críticas.

7.3 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

A teoria de Jakobs tem sido alvo de diversas críticas, principalmente no que tange os fundamentos da pessoa humana e os direitos individuais, direitos

estabelecidos como garantias fundamentais pela Constituição Federal brasileira e conquistados arduamente pela sociedade ao longo dos anos.

A doutrina defensora do direito penal do inimigo estabelece que o inimigo não faz jus em ser tratado como pessoa. Contudo, independente de um delinqüente contumaz, que se torna um inimigo do Estado, ou de um cidadão, acima de tudo trata-se de seres humanos, e, portanto, titulares de direitos inerentes a condição humana.

Assim, evidencia-se uma das críticas à teoria proposta pelo professor alemão, à medida que um tratamento diferenciado, eliminando os direitos dos classificados como “inimigos” violaria os princípios do Estado Democrático Social e de Direito. Neste sentido, Eugênio Raul Zafforini (2007, p. 19) ensina:

É inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da máscara acredita encontrar um inimigo, retira-lhe a máscara e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval, conforme o caso). Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que seja ocultado, incorre nessa privação.

Ninguém merece o tratamento proposto, que afronta a própria essência do individuo. Tirar a cidadania daquele que é considerado perigoso, ou privá-lo de alguns direito é justificável como forma de punição, entretanto, tirar-lhe direitos que lhe são inerentes não é plausível com o Estado em que vivemos.

“O que não se pode é desistir do homem, sob falso argumento de ser incorrigível, de possuir um defeito de caráter que o impede de agir conforme os demais cidadãos”. (GRECO, 2014, p. 28).

Definir uma pessoa como inimiga e dar a ela o tratamento recomendado por Jakobs transgredirá o próprio Estado de Direito, baseado em direitos que o cidadão adquiriu ao longo da história e não podem lhe ser retirados, por serem inerentes a sua condição humana. À ciência do Direito cabe julgar o individuo por fatos por ele praticados que violem o ordenamento e estejam positivados com suas respectivas punições.

Outro ponto relevante que é apontado pelos críticos é que o Direito proposto por Jakobs é, na essência um direito penal do autor, muito utilizado na

época da 2ª Guerra Mundial, que pune o delinqüente pelo que ele é e não pelo fato delituoso que praticou.

Destaca-se os ensinamentos de Manuel Cancio Meliá (2012, p. 108) sobre o direito penal do fato:

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado na atitude interna do autor.

Assim, o Direito Penal do Inimigo se afasta do direito penal do fato, tornando-se a aplicação da punição subjetiva, pois o que reprova é a periculosidade do agente e não sua culpabilidade, abrindo espaço para arbitrariedade dos juízes que levariam em conta a excepcionalidade do bem jurídico violado, ao invés da proporcionalidade deste.

Como mencionado a máxima deste Direito Penal do autor se deu com o nazismo, de modo que, o direito penal do inimigo, muito se aproxima deste trágico período.

A crítica, também, se mostra forte à teoria ao que tange a definição do inimigo. Visto que a formulação de Jakobs prevê a supressão de direitos e garantias individuais, é necessário limitar os indivíduos que são considerados “não cidadãos”, frente a gravidade da consequência que ele deverá suportar por seu um inimigo. Porém, existe hoje uma grande dificuldade em delimitar quais delinqüentes e por quais crimes poderiam ser os agentes definidos como inimigos. Com propriedade, expõe Rogério Greco (2014, p. 37-38):

[...] quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em seqüestros para fins de extorsão...E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador da filha.

Complementando o raciocínio, cumpre destacar o parecer de Eugênio Raúl Zaffaroni (2007, p. 118):

[...] admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social

autoritário sobre toda a população, como único modo de identifica-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações a sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas para inocentes.

Isto é, duvidosamente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos pela teoria, que tenha a capacidade de afastar completamente a condição de cidadão do agente, visando tratá-lo sem que esteja amparado pelas garantias conquistadas ao longo dos anos.

Vale lembrar que as críticas feitas à teoria do professor alemão, não se esgotam aqui. As considerações feitas foram breves, com intuito de apresentar uma idéia geral.

Por fim, interessante o entendimento de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 249):

[...] a população está inequivocamente aterrorizada, sendo a difusão do medo fundamental para o exercício desse tipo de poder punitivo. Nestes termos, o Direito Penal surgiria como solução para aniquilar o inimigo, servindo tal discurso como remédio utilizado pelo político demagogo. Além disso, na atualidade o Direito Penal tornou-se um produto de mercado, um “puro discurso publicitário”.

Destarte, o Direito Penal do inimigo é muitas vezes utilizado, colidindo com os interesse individuais e com as premissas do Estado Democrático de Direito, aproximando-se de um direito penal do autor, julgando a periculosidade e não a culpabilidades, suprimindo garantias penais e processuais penais, aplicando penas desproporcionais, apenas para aplacar a revolta e o medo da população.

7.4 O Regime Disciplinar Diferenciado como Expressão de um Direito Penal do Inimigo

Considerando a sucinta análise sobre o Direito Penal do Inimigo, é razoável apontar o Regime Disciplinar Diferenciado como expressão daquele, uma vez que em tal regime o intuito é afastar do convívio carcerário comum o preso-inimigo, de forma que assim, se obteria a segurança e disciplina tanto almejadas pela comunidade carcerária e pela sociedade.

Interessante mencionar a lição de Paulo César Busato (2007, p. 294):

Assim, o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da

intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal de fato por um modelo de Direito penal de autor.

Observa-se que se pretende com legislações de emergência, fundamentada num Direito Penal do Inimigo, persuadir que problemas de fundo social se resolvem com fervor legislativo e graves punições.

Assim, oportuno identificar pontos do Regime Disciplinar Diferenciado que o caracterizam como um Direito Penal do Inimigo.

Há que se analisar novamente a primeira hipótese que permite a inclusão do detento no regime, qual seja, a prática de fato previsto como doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas.

Neste caso, aplica-se o regime diferenciado ao indivíduo que praticou o delito, sem que antes ele tenha sido condenado por tal prática. Quer dizer, importante é impor ao “inimigo” uma punição severa, retirando-lhe mais uma de suas garantias: o devido processo legal. Afinal, sua presunção de inocência e ampla defesa já estão vencidas.

Outrossim, a lei não define quais são os crimes dolosos capazes de ocasionar a subversão da ordem ou disciplina internas, ficando ao arbítrio das autoridades legais a recomendação da ocorrência da situação em comento. Por isso, pode-se concluir que o disposto no artigo 52, caput, da Lei de Execução Penal é expressão de um Direito Penal do Inimigo.

Seguindo para as demais hipóteses (§§1º e 2º da LEP), o problema torna-se ainda mais grave, pois se na primeira hipótese já se pode considerar que o preso “não é pessoa”, na segunda e na terceira o legislador deixa claro que se aproximou de um direito penal do autor, e deixou de lado o direito penal do fato.

Paulo César Busato (2007, p. 295-296) leciona neste sentido:

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um “alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”. Porém, a respeito de que estamos falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário podem decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos? E mais, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o

juízo é de suspeita, não há certeza à respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução.

Por certo, o “não cidadão”, sob a rotulação de “perigoso” ou sob a suspeita de participação ou envolvimento com o crime organizado, não possui uma esfera privada imune ao Direito Penal, diferente do cidadão, que para ser acusado, deve antes exteriorizar uma conduta delitiva.

O disposto no §1º, do artigo 52, da LEP, determina que os presos provisórios ou definitivos que apresentem “alto risco” para o estabelecimento prisional ou para a sociedade poderão ser abrigados pelo Regime Disciplinar Diferenciado. Porém, como já discutido anteriormente, cabe aqui, uma indagação: o que caracterizaria o preso como de “alto risco”?

A resposta pode ser percebida através das palavras de Christiane Russomano Freire (2005, p. 159):

Reaviva-se e revigora-se o direito penal do autor, pois na verdade o que está em questão é a imposição de um poder que se agiganta sobre um determinado tipo de sujeito, eleito como um “inimigo interno” e socialmente irrecuperável. A nova norma cria dois tipos de indivíduos: os que são penalizados pelo fato que objetivamente cometeram e os que são penalizados pelo que supostamente são, ou mesmo virão a ser.

É possível perceber que, o tipo legal apresenta-se aberto e impreciso, permitindo ao estabelecimento prisional e a autoridade judiciária definir quem será considerado perigoso, de forma que a finalidade é, na verdade, segregar os sujeitos por suas identidades, e não por fatos cometidos. Mais uma vez, o legislador se aproxima de um Direito Penal do Inimigo.

Por sua vez, o §2º, do artigo 52, da LEP, determina que também serão submetidos ao regime aqueles sobre os quais recaiam “fundadas suspeitas” de participação ou envolvimento em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Nota-se que o legislador quis dar tratamento diferenciado a determinada classe de indivíduos, utilizando-se mais uma vez de uma cláusula aberta e abstrata, deixando ao arbítrio das autoridades judiciária e administrativa decidirem quem se enquadra na hipótese. Quer dizer, que houve a desconsideração de uma classe de cidadãos que detém direitos, dando-lhe tratamento diferenciado, considerando-o como “inimigo”.

“A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com ‘suspeitas’ de sua participação na criminalidade de massa não é mais do que um ‘Direito Penal de inimigo’.” (BUSATO, 2007, p. 297).

Vale destacar a lição de Christiane Russomano Freire (2005, p. 161):

As prisões contemporâneas, ao assumirem o papel de neutralização e eliminação dos sujeitos “redundantes”, foram impelidas a dotar sua estrutura interna de novas técnicas de encarceramento, com capacidade para atender aos propósitos de contenção e segurança. E é justamente subordinada a tal demanda que os dispositivos internos de controle formal vão sendo moldados, sob marca da severidade e do rigor. Redefinem-se as concepções de controle disciplinar no interior do cárcere, com ênfase nos propósitos de deterioração e extermínio.

Não existe nenhuma previsão de que o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado terá oportunidade de desenvolver atividades de cunho ressocializador, como o trabalho, esporte, ou educação, sendo previsto apenas que gozará do direito ao banho de sol, fora da cela, duas horas por dia.

Percebe-se que a única finalidade é excluir o infrator do ambiente social, afastando-se do ideal ressocializador da pena. O legislador parece ter esquecido do que dispõe o artigo 1º da LEP, que propõe a pena para o fim de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Talvez manter o delinqüente à margem do convívio social, isolando-o da forma como prevê o regime, causará conseqüências ainda mais graves e não o recuperará, pois não é comprovado que o preso isolado que volta ao convívio com outros presos no regime prisional comum, retorna menos “perigoso” ou menos disposto a participar da criminalidade organizada. Na verdade, parece que o resultado é contrário ao que objetiva o regime, afinal, nenhuma medida é tomada para mudar a postura do preso-inimigo, a não ser simplesmente isolá-lo dos demais, o que leva a acreditar que ele voltará a delinqüir igual antes.

Paulo César Busato (2007, p. 296) expõe:

Todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta

iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde “não importa o *que* se faz ou omite (o fato) e sim *quem* – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor).”

Com efeito, a lei foi criada com o evidente fim de diminuir a criminalidade alarmante na sociedade brasileira, que além de incutir na população permanente medo, invadiu as cadeias e subverteu o próprio sistema de execuções penais, tornando os estabelecimentos prisionais em pontos de referência das organizações criminosas, de onde emanam ordens para realizações do terror do lado de fora.

Assim, originou-se uma legislação que restringe as garantias dos presos, mas que não é capaz, contudo, de diminuir os índices de delinqüência, pois o fenômeno criminológico tem origem “muito mais nas graves distorções sociais e econômicas do que no regime interno do cárcere, que, além do mais costuma ser brutal e estar em descompasso com a própria disposição legislativa” (BUSATO, 2007, p. 297).

Trata-se de uma Política Criminal voltada a satisfazer a opinião pública, mas que não consegue resolver o problema, resultando no crescimento da violência.

O que se observa é a incompetência do Estado em admitir sua parcela de culpa na situação que se encontra o atual sistema penitenciário brasileiro. Nesta trilha, o Estado abandona o ideal ressocializador da pena, exibindo a falsa idéia de que tudo se resolve com iniciativas legislativas.

Ocorre que a iniciativa legislativa tomada demonstra como única intenção o extermínio de sujeitos indesejáveis da sociedade, ostentando a idéia de que punições extremamente rígidas, fora dos padrões aceitos por um Estado Democrático e Social de Direito, reduzirão a tal incômoda a criminalidade organizada.

Interessante destacar o que leciona Paulo César Busato (2007, p. 302-303), reafirmando que o Regime Disciplinar Diferenciado revela uma Política Criminal equivocada:

[...] fica evidente que a elaboração legislativa brasileira recente, em geral, e especialmente no caso da regulamentação do Regime Disciplinar Diferenciado, não só se vincula a uma Política Criminal equivocada, de ingresso em um ciclo vicioso de responder à violência com mais violência, como também se encontra respaldada por uma perigosa concepção dogmática defendida por mais de um no Brasil, como aposta para o futuro.

Destarte, diante de todo o exposto, é possível concluir que pelas regras e forma de execução, o Regime Disciplinar diferenciado constitui-se como um verdadeiro Direito Penal do Inimigo, o qual fomenta a idéia de que estamos numa guerra, e que os “inimigos”, aqueles irrecuperáveis e que geram perigo de destruição do Estado, devem ser excluídos.

8 CONCLUSÃO

Pelo presente estudo, pode-se observar, por primeiro, que o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado num contexto de medo da sociedade e de abandono do preso pelo Poder Público. O Estado, ao invés de tomar para si a responsabilidade da parcela da população abandonada, que se dedica à prática de delitos, colocou os delinquentes em estabelecimentos prisionais, como se estivesse solucionando o problema de segurança.

Neste sistema, originado do pânico e divulgado pela mídia, a finalidade precípua é excluir o preso perigoso do convívio com os demais, como se tal medida impedisse a proliferação dos ideais criminosos de uma organização e, principalmente, como se impedisse a ação das facções.

No novo regime, eleva-se um Direito Penal puramente simbolista punitivo, que se demonstra um mecanismo adequado à segurança social, porém, não observa os princípios constitucionais, deixando-os de lado, o que é uma afronta a própria essência de um Estado que é classificado como Democrático e Social de Direito.

Neste sentido, é possível afirmar que o ordenamento jurídico, ao estabelecer o RDD, aproxima-se da aplicação de um Direito Penal do autor, caminhando para aplicação de um Direito Penal do Inimigo, pois, as regras da pena privativa de liberdade, nele impostas, bem como o tratamento de exclusão do preso considerado “perigoso” são compatíveis com as preposições de Günther Jakobs.

Alerta-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é solução inadequada para combater o crime organizado e a indisciplina dentro do sistema penitenciário, porque, muito embora tenha sido justificado de forma contrária pelos que o defendem, sacrifica garantias individuais, arduamente conquistadas ao longo da histórica, em prol de um Direito Penal de simbolismo punitivo.

Ressalta-se que não está se defendendo que o sistema prisional não deve existir, deixando os delinquentes à solta. Longe disso. O que se critica é que o sistema tem muito que melhorar, pois do modo como se encontra hoje viola os preceitos de um Estado Democrático Social de Direito.

É notório que as organizações criminosas e os métodos por elas utilizados continuam a se fortalecer, de forma a incutir na sociedade o medo, o repúdio e a exigência de uma reposta solucionadora do Estado. Porém, esta

resposta não pode ser expressão de uma vingança, que difunde a exclusão de direitos essenciais e básicos dos cidadãos.

O intuito é suscitar que o caráter ressocializador da pena possa ser cumprido, o que não ocorre atualmente, na prática. Se não é possível ressocializar, o preso, ao ser “reinserido” na sociedade, voltará a delinquir e a corroborar o medo que vive a sociedade atual.

A criação de uma medida disciplinar diferenciada não é suficiente ao combate da criminalidade no Brasil, fazendo-se necessário a implementação de políticas públicas, efetivas e permanentes, no cenário já existente. Ou seja, o que se deve cobrar do Estado são políticas que objetivem a redução da marginalização de considerável parcela da população e, não tentar resolver problemas que são essencialmente sócio-econômicos, com leis incriminadoras.

Em outras palavras, para solucionar o problema da violência não é suficiente medidas imediatas, como criação de leis incriminadoras e implementação de um Direito Penal que simbolicamente mostra-se como “punitivo do mal causado”, pois esta seara do Direito não tem atribuição de solucionar questões sociais, que são as grandes responsáveis pela violência.

Por todo o exposto, é manifesto, que o instituto que leva em conta não os fatos criminosos que levaram o preso ao cárcere, mas sim sua periculosidade, que é analisada de forma imprecisa e arbitrária, diante da vaguez das expressões, denominado Regime Disciplinar Diferenciado, demonstra-se afastado da finalidade do Direito Penal e da Execução Penal, e está fora dos parâmetros do Estado Democrático e Social de Direito, afrontando a Carta Magna brasileira e aproximando-se de um Direito Penal do Inimigo, o que não pode ser aceito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1319, 10 fev. 2007. . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9481/alternativas-ao-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 22 ago.15.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. 128 p. (Coleção a obra-prima de cada autor)

BENTHAM, Jeremias. Teoria das penas legais, tradução clássica revisada [s.n.]. São Paulo: Editora Logos, [s.d.].

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 387 p.

BRASIL. **Código Penal**. Lei Federal nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da republica federativa do Brasil**. Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 de jul. de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 22 set. 2015

BRASIL. Lei nº 10792, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2 de dez. de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm>. Acesso: 22 set. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). **Regras mínimas para o tratamento de Presos no Brasil**. Aprovada na sessão de 26 de abr. a 6 de maio de 1994, pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil é Membro; Considerando ainda o disposto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Regras mínimas para o tratamento de Presos no Brasil. Brasília, DF, Resolução nº 14, de 11 de nov. de 1994.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. **Habeas Corpus**. HC 1752 MT 2004.01.00.001752-7. Impetrantes: José Eduardo Rangel de Alckmin e Paulo Humberto Budóia Paciente: Valdir Agostinho Piran (réu preso). Impetrado: Juízo da 2ª Vara-MT. Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes, Data de Julgamento: 11/05/2004, terceira turma. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2258567/habeas-corpus-hc-1752-mt-20040100001752-7/inteiro-teor-100766960>> Acesso em: 13 ago. 2015

BRUNO, Anibal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo**. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 629 p.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007.

CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 629 p.

DUARTE, M. F. Evolução Histórica do Direito Penal. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acesso em: 17 abr. 2015

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 40. ed. Petropolis: Vozes, 2012. 291 p. ISBN 978-85-326-0508-5

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 173 p. (Monografia premiada;35)

GOMES, Luis Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales.T.P.L.Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. [s.l.:s.n.], [2005]. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2015

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 7. ed., rev. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2014. 193 p. (Série jurídica)

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004-2007. 874 p. ISBN 85-224-3854-4

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010-2011. v. 1.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

MOURA, Maria Thereza R. de Assis. **Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que Criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal.** In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 629 p.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1 ISBN 85-02-04328-5

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. 441 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. [s.l.: s.n.], 1996. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf> Acesso em: 13 ago. 2015

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007. 111 p

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. v.1-2

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. **Direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 962 p

SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2006. 359 p.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena: pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2003. 219 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p. (Pensamento criminológico ; v.14)