

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

CURSO DE DIREITO

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

Laís Baptista Toledo Duran

Presidente Prudente/SP
2016

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

CURSO DE DIREITO

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

Laís Baptista Toledo Duran

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP
2016

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Mário Coimbra

Florestan Rodrigo do Prado

Carla Renata Ferreira Nogueira

Presidente Prudente, 04 de novembro de 2016.

O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingido o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.

José de Alencar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu orientador, Professor Doutor Mário Coimbra, pelo seu incentivo e pela sua capacidade de transmitir seus conhecimentos, que em muito colaboraram para a formação deste trabalho.

Agradeço aos meus pais Marcos e Rosangela, pois sem a compreensão, o carinho e o incentivo deles, não alcançaria nem a metade dos meus objetivos. No mesmo sentido, agradeço aos meus irmãos Renato e Renan que em muito acrescentaram no delinear da minha personalidade e da minha vida acadêmica.

Ainda, um especial agradecimento ao meu namorado Gabriel que sempre me apoiou e incentivou em todos os aspectos da vida, mas principalmente no desenrolar da faculdade. Sem sua paciência e seu amor, seria muito difícil alcançar o objetivo final. Por fim, e não menos importante, o meu agradecimento mais do que fundamental a Deus, que segura e segurou a minha mão por todo transcorrer do curso e da vida, sem a sua sustentação eu só iria fraquejar.

RESUMO

O presente trabalho busca conhecer o Regime Disciplinar Diferenciado que foi criado pela Lei 10.792/03 para organizar o sistema carcerário e punir de maneira mais severa os integrantes de organizações criminosas. Posteriormente busca-se a identificação do mencionado instituto com o Direito Penal do Inimigo, criado em 1985 pelo professor alemão Günther Jakobs. Assim, foi necessária a abordagem de alguns aspectos relevantes da evolução do Direito Penal geral, principalmente no tocante aos sistemas penitenciários e a pena no aspecto mundial e brasileiro. Em seguida para finalmente adentrar ao estudo do Regime Disciplinar Diferenciado, dirigiu-se o trabalho para algumas considerações acerca das penas privativas de liberdade, em particular as suas finalidades e os regimes prisionais. Do estudo, ponderou-se que o instituto, por não observar alguns princípios assegurados pela Constituição Federal, principalmente no que tange a presunção de inocência, quando comparado ao Direito Penal do Inimigo, assemelha-se em muitos aspectos a este, pois para Jakobs, os transgressores da lei, denominados inimigos do Estado, têm seus direitos e garantias constitucionais suprimidos quando não observam as normas delimitadas pelo Estado. Finalmente avaliar-se-á que as políticas criminais devem ser formuladas de acordo com o Estado Democrático de Direito e não com o fim de atender clamores e urgências da população.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado. Direito Penal do Inimigo. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This study aims to explore the Differentiated Disciplinary Regime brought by Law 10,792 / 03 to organize the prison system and punish more severely those members of criminal organizations. Subsequently seeks the identification of the institute with the theory of the Enemy Criminal Law, established in 1985 by the German Professor Günther Jakobs. The approach of some relevant aspects of the evolution of the general criminal law, particularly with regard to prison systems and is worth the world and Brazilian aspect was necessary. Then to finally enter the study of the Differentiated Disciplinary Regime, he went to work for some considerations about the imprisonment, in particular its purposes and prison regimes. Study mused that the institute, for not observing certain principles guaranteed by the Constitution, especially regarding the presumption of innocence, when compared to the Criminal Enemy's law, similar in many aspects to this, as to Jakobs, lawbreakers, called enemies of the state, have their constitutional rights and guarantees suppressed when not comply with the standards defined by the state. Finally we will assess that criminal policies should be formulated according to the democratic rule of law and not in order to meet claims and urgencies of the population.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime . Criminal Law of the Enemy . Constitutionality .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS	11
2.1 Vingança Divina	11
2.1.1 Idade antiga.....	12
2.1.2 Idade média.....	14
2.1.3 Idade moderna	15
2.2 Evolução no Brasil.....	17
3. PENAS	19
3.1 Conceito de Pena.....	19
3.2 Finalidades da Pena.....	20
3.2.1 Teoria absoluta.....	20
3.2.2 Teoria relativa.....	21
3.2.3 Teoria mista.....	23
4 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E REGIMES PRISIONAIS	25
4.1 Sistema Filadélfico	25
4.2 Sistema Auburniano	26
4.3 Sistema Progressivo	26
4.4 Reformatórios.....	28
4.5 Sistema Penitenciário Brasileiro	28
4.6 Regime de Execução das Penas Privativas de Liberdade	29
4.6.1 Regime fechado	31
4.6.2 Regime semiaberto	32
4.6.3 Regime aberto.....	33
5 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	35
5.1 Origem Histórica.....	35
5.2 Características	37
5.3 Hipóteses de Cabimento do RDD	39
5.4 Procedimento de Inclusão.....	43
5.5 Constitucionalidade do RDD	45
5.5.1 O RDD frente ao princípio constitucional da legalidade	47
5.5.2 O RDD frente ao princípio constitucional da proporcionalidade	49
5.5.3 O RDD frente ao princípio da dignidade da pessoa humana	49
5.5.4 O RDD frente ao princípio constitucional da presunção de inocência.....	51
6. DIREITO PENAL DO INIMIGO	52
6.1 Considerações gerais.....	52
6.2 Características	56
6.3 Críticas ao Direito Penal do Inimigo	57
6.4 RDD Como Expressão Do Direito Penal Do Inimigo	60
7. CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado foi introduzido no artigo 52 e seguintes da Lei de Execução Penal, através da lei 10.792/03, com o intuito de combater o crime organizado e estruturar os sistemas penitenciários brasileiros.

Desde o nascimento do RDD, muito se discutiu acerca da constitucionalidade do instituto, pois a fim de possibilitar maior segurança ao sistema prisional trouxe um maior rigor nas regras disciplinares carcerárias causando discussões sobre a sua constitucionalidade.

Dessa forma, para se obter maior clareza sobre o tema, serão analisadas suas características, hipóteses de cabimento, bem como seu procedimento de inclusão.

Além disso, para melhor conclusão acerca da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, confrontou-se o instituto frente aos princípios insculpidos na Constituição Federal. Nesta perspectiva, buscou-se uma análise sobre o aspecto material, já que verificamos que a discussão não se põe sobre a formalidade da norma.

Dentre vários aspectos levantados no estudo, principalmente no que tange as características e a constitucionalidade do RDD, percebeu-se uma íntima relação do tema com a Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Günther Jakobs, já que em ambos há a criação de uma forma de Direito aplicável para um grupo específico de pessoas dentro da sociedade.

Em vista disso, fizeram-se algumas considerações gerais sobre a teoria alemã, bem como uma breve análise sobre suas características e críticas. Por fim, confrontou-se referida teoria com o Regime Disciplinar Diferenciado com o intuito de analisar a semelhança existente entre eles.

A comparação entre os institutos se faz necessária não só para o âmbito acadêmico, mas sim para toda a sociedade.

Para explorar o Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo no presente trabalho, utilizou-se livros doutrinários, artigos jurídicos e o estudo da Lei que cria o instituto.

Alude-se que será utilizado o método histórico, com intuito de oferecer ao leitor uma perspectiva histórica do regime em comento e também o método

dedutivo, pois da análise geral das penas será possível estudar o instituto específico do RDD.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Para que o direito seja compreendido corretamente no contexto da sociedade atual, não se pode ignorar 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 se faz essencial para observar como o direito reflete o estado social e as ideias que o caracterizam. O conhecimento histórico de qualquer ramo do direito possibilita uma melhor compreensão do contexto do direito de punir e das penas.

2.1 Vingança Divina

As fases da evolução de vingança penal deixam claro que não é uma sucessão de atos, com princípios, períodos e épocas caracterizadoras de cada um dos seus pontos. A doutrina tradicional acredita em uma tríplice divisão, representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas marcadas pelo pensamento religioso.

Nas sociedades primitivas, os fenômenos malignos eram entendidos como manifestações divinas revoltadas com a prática dos atos que exigiam composição. Nesse período, punia-se o infrator para desagrar a entidade. A pena era resposta à agressão sofrida pela coletividade, sem que houvesse qualquer preocupação com a justiça.

Esta fase, chamada de fase da vingança divina, caracterizou-se pela forte influência da religião nos povos antigos. O rigor com que se punia era grande, pois se fazia proporcional à grandeza do Deus ofendido.

A finalidade desse direito penal religioso era a purificação da alma do criminoso através do castigo. Os sacerdotes aplicavam o castigo com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a atemorização. A principal legislação dessa época era o Código de Manu.

Esse espírito dominante nas leis dos povos do Oriente, além da severidade, decorrente do caráter teocrático, progredindo para vingança privada,

que poderia envolver tanto o indivíduo isoladamente, como a coletividade, com batalhas sangrentas que poderiam levar à eliminação de grupos.

Quando a infração fosse cometida por alguém do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), podendo provocar a sua morte. Por outro lado, se a infração fosse praticada por alguém de fora do grupo, a punição era a “vingança de sangue”, verdadeira guerra grupal.

Para evitar a dizimação dos grupos, surgiu com a evolução social, a lei de talião que se baseava em uma resposta proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Essa lei, representando uma tentativa de humanização, foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, sendo adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (Hebreus) e na Lei das XII tábuas (Romanos).

Como haviam muitos contraventores, a população tornou-se deformada, pela perda de membros, sentidos e funções. Assim, evoluiu-se para a composição. Esse sistema permitia que o indivíduo comprasse a sua liberdade para se livrar do castigo. A composição foi o instituto basilar para a remodelagem do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal.

O estado passou a se organizar melhor, e assumiu o poder-dever de manter a segurança social, de modo que surgiu a vingança pública. Nesta fase, a sanção tinha como o objetivo a segurança do soberano ou monarca. Permanecia ainda o objetivo intimidatório através da severidade e crueldade.

2.1.1 Idade antiga

Período correspondente ao surgimento da escrita (400 a.C até 3500 a.C) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C) e início da Idade Média (Século V).

Na Grécia, em seus primórdios, o crime e a pena se inspiravam no sentimento religioso.

A civilização grega produziu grandes nomes que iniciaram o estudo da ciência política, como Sócrates, Platão, Aristóteles. Através da ciência política grandes discussões nasceram, tais como noções e fundamentos do direito de punir e a finalidade da pena.

Todas as questões da vida eram em torno da cidade (*polis*), de modo que não havia preocupação com os direitos fundamentais. Entendia-se que o homem não era concebido na sua individualidade.

Para Pierangeli Zaffaroni (2007, p. 163):

Os gregos influenciaram sobremaneira o Direito Penal, pois foi a primeira civilização a se preocupar e refletir sobre os fundamentos do direito de punir e sobre as finalidades da pena, destacando-se Platão e Aristóteles, ainda que as sanções penais apresentassem caráter sacral. Em Atenas a lei penal se tornou antropocêntrica

Passou a existir uma dose de humanidade na justiça ateniense, exemplificativamente, a absolvição do culpado quando sua eliminação prejudicasse seus dependentes. Nesse caso, pensava-se no desenvolvimento da sociedade, e não do acusado.

O Direito Romano recebeu grande destaque na Idade Antiga, pois este dividiu-se em várias etapas e sofreu grandes transformações.

O magistrado tinha um poder totalmente discricionário e limitado pela apelação do povo, já que esse era um direito exclusivo do cidadão romano. Através dessa possibilidade de apelação, as decisões passaram a se revestir de fundamentação, possibilitando maior segurança jurídica.

Os direitos fundamentais no Direito Romano a princípio não tiveram tanta importância, já que se priorizava a busca pela propriedade e pelo poder. Todavia, com o cristianismo passou-se a perceber a importância dos direitos fundamentais do homem, que “passou a ser concebido como imagem e semelhança de Deus” (MASSON, 2014, p. 62).

Surge em Roma uma distinção entre crimes públicos e crimes privados. Os crimes públicos se relacionavam a traição ou conspiração política contra o Estado, enquanto os demais crimes seriam privados.

O Estado era o responsável pelo julgamento dos crimes públicos, e tinha como forma de sanção a pena capital. Por outro lado, nos crimes privados, era o particular que direcionava o julgamento, havendo intervenção estatal apenas para regular o exercício.

Acaba-se a Idade Antiga, com a queda do Império Romano e a invasão dos povos bárbaros pela Europa.

2.1.2 Idade média

Esse período foi fortemente marcado pelo Direito Penal Germânico e Direito Penal Canônico.

No Direito Penal Germânico não existiam leis escritas. A desobediência a esse direito poderia ser de caráter público ou privado. Se público, ocorria a perda da paz; se privado, o delinquente era entregue a vítima. As mutilações, além das penas de morte e exílio, eram a forma mais comum de punir o transgressor.

Adotou-se, posteriormente, a Lei de Talião e a composição, por influência do cristianismo e do direito romano.

Devido a essa influência, a pena de morte passou a ser substituída por um preço de paz (semelhante à fiança), podendo o violador pagar um preço por sua liberdade, libertando-se do castigo. Esse era o sistema da composição pecuniária (Vehgeld).

Aníbal Bruno (1967, p. 69/70) *apud* Cleber Masson (2014, p.63):

A porção penal das leis germânicas – *Leges barbarorum*, da época franca, e outras posteriores a essa compilação – tornou-se, na sua maior parte, um minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também a categoria do ofendido, ou a sua idade ou sexo.

As “ordálias”, caracterizadas por atos cruéis e sem que houvesse defesa aos réus, era o meio de prova mais utilizado para o criminoso pudesse provar sua inocência.

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 constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.

Percebe-se que esse período foi fortemente marcado pelo rigor das penas cruéis, cujo objetivo era a vingança e a intimidação, caracterizando um direito desigual e excessivamente rigoroso.

Outro grande destaque ainda na Idade Média foi o Direito Penal Canônico. Esse ordenamento é o da Igreja Católica Apostólica Romana, e a primeira consolidação de suas normas se deu por volta do ano de 1140.

Num primeiro momento, o caráter disciplinar era destinado aos membros da igreja. Posteriormente, com o enfraquecimento do Estado e o crescimento da igreja, religiosos e leigos foram atingidos pelo caráter disciplinar nos fatos que tivessem conotação religiosa. Utilizou-se do procedimento de inquisição, utilização de tortura e de penas cruéis.

No Direito Penal Canônico, a pena se dirigia a cura do delinquente, à sua recuperação, pois se destinavam ao seu arrependimento perante a divindade. Nesse aspecto, o Direito Canônico se diferenciava do germânico, pois naquele predominava o elemento subjetivo para a incriminação.

Esse direito contribuiu para o surgimento da prisão moderna. O cárcere era como instrumento espiritual de castigo, uma vez que, pelo sofrimento e pela solidão, a alma do homem se depura e purga o pecado.

Com a influência da Igreja, a prática das ordálias são coibidas. Nessa fase, os condenados eram julgados arbitrariamente pelo Estado, pois estava intimamente ligado ao cristianismo, sem que houvesse defesa ou devido processo legal.

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

2.1.3 Idade moderna

A Idade Moderna surge a partir do século XVI, com a queda de Constantinopla e o desaparecimento do feudalismo. Nesse período, devido as inúmeras guerras religiosas advindas dos períodos passados, a pobreza se generaliza pela Europa e, como consequência, tem-se o aumento do número de delinquentes.

Na segunda metade do século XVI há uma grande movimentação com o intuito de se criar prisões para a correção dos condenados por delitos menores, denominadas de *house of correction* ou *bridwellse*, posteriormente, chamadas de

workhouses. Entretanto, predominava o sistema de penas pecuniárias, penas corporais e pena capital.

Tempos depois, com o Iluminismo e todas as obras de ideais liberais e humanizantes, como a de Beccaria, a pena assumiu um fim utilitário. Foi através de Beccaria que surgiu a ideia de que a pena só é justa quando necessária.¹

O pensamento de Cesare foi baseado no contrato social de Rousseau, de forma que o criminoso é visto como violador do pacto social, sendo considerado como adversário da sociedade. Sob esse aspecto, a pena perdia seu caráter religioso, de forma que a razão predominava.

Surge o livre arbítrio, ou seja, o homem que pratica um crime tem consciência que sua conduta é antissocial. Como consequência, a pena deve ser sempre legalmente prevista, para que todos possam diferenciar o proibido do permitido e, escolher qual seguir.

Rogério Greco, sobre o assunto, acrescenta (2015, p. 29):

É o princípio da legalidade, portanto, o pilar fundamental que sustenta o chamado Estado de Direito, onde todos serão tratados de maneira igual perante a lei, onde ricos e pobres, cultos e analfabetos, independente de cor, raça, religião, sexo, serão tratados igualmente, de acordo com suas desigualdades.

Não bastava que a lei fosse editada pelo Poder competente ou que tivesse obedecido ao procedimento necessário para a sua conversão em lei. Não era suficiente que fosse publicada e estivesse em vigor.

A lei deve ser feita para o povo e, como consequência, o seu destinatário deve compreendê-la para não ser surpreendido no futuro. Essa clareza da lei, passou a ser identificado pelo brocardo “*nullum crime nulla poena sine lege certa*”, conhecido no direito penal como *taxatividade*.

Além disso, pelo princípio da legalidade, a pena deve ser proporcional e somente imposta para que o condenado não volte a delinquir, servindo de exemplo à sociedade. Bem diferente das formas de sanção aplicadas nos períodos anteriores que, em sua maioria, eram corporais, e normalmente desproporcionais ao delito cometido pelo agente.

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. 128 p. (Coleção a obra-prima de cada autor).

Diante disso, Beccaria (2011, p.128):

Para que uma pena alcance seu efeito, é suficiente que o mal proveniente da pena supere o bem que nasce do delito; e nesse excesso de mal deve-se calcular a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime viria a produzir. Tudo, além disso, é, portanto, supérfluo e, ao mesmo tempo, tirânico.

Todos esses raciocínios apontaram para aplicação de uma pena previamente conhecida, de forma clara e precisa pelo agente que, mesmo sabendo das consequências de seus atos, não deixou de praticar a conduta rechaçada, razão pela qual o Estado torna-se possibilitado a iniciar uma investigação, resguardando as garantias do transgressor.

2.2 Evolução no Brasil

No período em que o Brasil foi descoberto pelos portugueses, não havia um direito penal organizado e muito menos civilizado na terra habitada pelos índios. Aplicavam-se penas aleatórias e inspiradas na vingança privada, além de se estabelecer formas de composição.

A legislação portuguesa instalou-se sem grandes dificuldades. Inicialmente, vigoraram as ordenações Afonsinas (1446). Posteriormente, passaram a vigor as Ordenações Manuelinas (1521). Em 1569 aplicou-se a compilação organizada por D. Duarte Nunes de Leão e, em 1603 vigoraram as Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas perduraram por 227 anos em nosso ordenamento. Essa legislação caracterizava-se por penas cruéis e desproporcionais, sem qualquer tipo de sistematização. Somente com a edição do Código Criminal do Império, em 1830, é que alcançamos uma legislação mais humanizada e sistematizada.

Em meio a críticas, por não ter sido mantida a organização e originalidade do código anterior, é que se aprovou em 1890 o Código Penal da Era Republicana. Esse código foi mantido até a época em que se editou o atual código (Decreto-Lei 2.848/40), da época de Getúlio Vargas.

Os militares quando adentraram ao poder, editaram o decreto 1.004/69 com o intuito de modificar integralmente o atual Código. Entretanto, o decreto permaneceu em *vacatio legis* por cerca de nove anos, sendo revogado pela Lei 6.578/78.

Em 1984 editou-se uma lei que promovia uma reforma intensa na parte geral do Código Penal de 1940. Em decorrência dessa lei 7.209/84, o Código Penal sofreu alterações que o tronaram causalista e finalista.

Além dessa reforma, o código atual sofreu outras reformas pontuais em sua parte geral e especial que causaram deformação em sua sistemática, já que começaram a surgir situações controversias.

O ideal seria que houvesse uma reforma uniforme e sistematizada do Código Penal, de forma a influenciar em uma interpretação lógica e inteligível.

3. PENAS

A pena sempre foi o meio imprescindível utilizado pelo Estado para a proteção dos interesses jurídicos. Sendo assim, por fundamentar-se na privação de bens jurídicos é que a pena é a maior consequência jurídica do delito.

3.1 Conceito de Pena

A pena é uma sanção criminal imposta pelo Estado ao indivíduo que pratica ato contrário ao determinado pelas normas de convivência. Através desse poder de sanção exercido pelo Estado é que ele faz valer o *ius puniendi*.

Essa sanção consiste numa privação de determinados bens jurídicos do condenado, como por exemplo, liberdade, patrimônio, vida (somente nos casos previstos no art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição Federal)² ou outro direito.

Para Guilherme de Souza Nucci (2013, p.400):

É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a *retribuição* ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficácia do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-se ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

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

Contudo, embora o Estado tenha o dever e o direito de aplicar sanção ao violador do ordenamento jurídico, a pena aplicada deve observar aos princípios existentes em nossa Constituição Federal.

A pena ao ser aplicada deve observar o caráter preventivo e reprobatório do crime, conforme menciona o art. 59 do Código Penal.³ Além disso, deve observar o caráter educativo da pena, já que a Lei de Execução Penal preceitua em seu artigo 10º que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 5º, 6, também prevê que “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”⁴.

Sendo a pena a mais importante consequência jurídica do delito, são inúmeras as teorias existentes para explicar seus fins e fundamentos.

3.2 Finalidades da Pena

As finalidades da pena estão intimamente ligadas ao estudo das teorias. As teorias relacionadas aos fins das penas tem um grande vínculo com a origem do Direito Penal.

3.2.1 Teoria absoluta

Por essa teoria, a pena surge como a retribuição estatal pelo mal injusto provocado pelo transgressor, consistente na prática de um crime ou contravenção penal.

³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf.

Essa teoria não se preocupa com a readaptação social do infrator. A punição é tão somente uma retribuição à prática do ilícito penal. A única finalidade da pena é o castigo, que reestabeleceria a ordem jurídica.

Para os seguidores dessa teoria, a pena tem uma finalidade unicamente de retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime.

Nesse sentido Sérgio Salomão Schecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p. 130) entendem que:

A pena, então, se torna uma necessidade para assegurar a restauração da ordem jurídica violada. É uma retribuição à perturbação desta ordem tutelada e se fundamenta no livre-arbítrio, ou seja, na capacidade de cada cidadão de distinguir o lícito do ilícito, o justo do injusto.

Numa visão atual, essa retribuição se traduz no princípio da proporcionalidade entre o injusto e a pena. Assim, pela concepção moderna não há uma vingança social, mas sim uma limitação de que o delito praticado é um fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional ao injusto.

3.2.2 Teoria relativa

Para essa teoria a finalidade da pena consiste em prevenção, ou seja, evitar a prática de novas infrações penais. A imposição do castigo é irrelevante para os defensores dessa teoria.

A prevenção de novas infrações se divide em dois aspectos: prevenção geral e prevenção especial, que atualmente são entendidos em dois sentidos, um negativo e outro positivo.

A prevenção geral pode ser positiva ou negativa. Em seu sentido negativo, a pena deve produzir intimidação sobre as pessoas, a fim de que os infratores não voltem a delinquir.

Essa ideia de intimidação pode criar um grande temor sobre o acusado, pois quanto maior a pena, maior seria a necessidade de prevenção. A utilização dessa técnica adotada pela prevenção geral negativa não conseguiu justificar a aplicação da sanção.

O art. 59 do Código Penal estabelece um verdadeiro limite para a pena, pois o juiz deverá analisar a culpabilidade para condicionar a aplicação da pena.

A teoria da prevenção geral positiva ou integradora considera a pena como estabilização normativa.

A pena nesse tipo de prevenção gera três efeitos principais: primeiramente o efeito da *aprendizagem*, consistente em mostrar para o sujeito as regras básicas que não toleram violação; o segundo efeito é o da *confiança*, que se consegue quando o Direito se impõe; por fim, o efeito da *pacificação social*, que surge quando o Estado intervém quando uma norma é violada, recompondo a paz social.

Há uma divergência na teoria da prevenção geral positiva quanto a outras finalidades da pena que não só confirmar a vigência da norma. Welzel e Jakobs defendiam a denominada fundamentadora; por outro lado, Hassemer e Roxin defendiam como limitadora.

A geral positiva como limitadora define a finalidade da pena acrescentando um sentido limitador ao poder de punir do estado. Enquanto a teoria fundamentadora entende que a pena deve se restringir aos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc.

Paulo de Souza Queiroz (2000, p.40) ensina que:

Para os defensores da *prevenção geral integradora ou positiva*, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.

A prevenção geral positiva nada mais é do que uma pena retributiva, pois a aplicação de pena à uma infração conduz a realização de seu efeito estabilizador, de maneira que “a mudança de etiquetas não afeta em absoluto o conteúdo da pena, que é a reafirmação do ordenamento jurídico, ou seja, retribuição justa” (GRACIA Martin, p. 163).

A teoria da prevenção especial justifica a atuação da pena sobre o agente para que este não volte a delinquir. Segundo Roxin, isso aconteceria da seguinte forma: corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável (CLAUS Roxin, p. 20).

Assim como a prevenção geral, a especial comporta divisão em negativo (neutralização pela prisão) e positivo (reinserção social).

Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. Quando se retira o agente do seu convívio social isso impede que momentaneamente ele cometa novos delitos. Essa neutralização só ocorre em situações em que há pena privativa de liberdade.

Na prevenção especial positiva, de acordo com Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos” (CLAUS Roxin, p. 85). Percebe-se nesse tipo de prevenção o caráter ressocializador da pena, instigando o agente do crime a meditar sobre seu ato para impedi-lo de cometer novamente.

Na interpretação de Cezar Roberto Bitencourt, “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais” (BITENCOURT. Cezar Roberto, 2001, p. 81).

Em conclusão, podemos dizer que a teoria relativa da pena direciona o seu raciocínio a fim de que a pena seja suficiente para impedir que novos crimes venham a ser cometidos, diferentemente da teoria absoluta que considerava a pena um fim em si mesmo.

3.2.3 Teoria mista

A teoria mista nada mais é do que a compatibilização dos aspectos diferentes da teoria relativa e absoluta. A união entre as teorias levantou muitas críticas acerca da teoria mista, pois para alguns essa combinação quebraria a ideia de que o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio*.

Entretanto, pela redação contida no *caput* do art. 59 do Código Penal, podemos concluir que o nosso ordenamento adotou a teoria mista ou unificadora da pena.

A parte final desse dispositivo soma-se a necessidade de reprovação com a de prevenção do crime, fazendo com que haja uma fusão entre as teorias absoluta e relativa que se pautam nesses critérios.

Na linha da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal (HC 91874, 2001):

Se é assim – vale dizer, se a Constituição mesma parece conferir à execução das penalidades em foco uma paralela função de reabilitação individual, na perspectiva de um saneado retorno do apenado à vida societária -, esse mister reeducativo é de ser desempenhado pelo esforço conjunto que há de se dar segundo pautas adrede fixadas naquilo que é o próprio cerne do regime que a lei designa como de execuções penais. Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial.

A função da pena é de proteger os bens jurídicos através da prevenção geral negativa na cominação da pena; prevenção geral e especial na aplicação da pena, limitada pela culpa; e prevenção especial na execução da pena.

4 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E REGIMES PRISIONAIS

Como observado, a pena tinha uma natureza aflitiva, ou seja, o corpo do transgressor que pagava pelo delito por ele praticado. Todo tipo de crueldade, como a tortura, recaía sobre o corpo físico do réu.

A privação da liberdade como forma de pena foi uma grande evolução na história das penas. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 145):

Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.

Diante disso, é necessário que o sistema penitenciário passe pelo enfoque da evolução histórica.

4.1 Sistema Filadélfico

Esse sistema, também conhecido como pensilvânico ou celular, foi originado na prisão *Walnut Street*, em Filadélfia, no ano de 1790.

Por esse sistema, o preso era recolhido à sua cela, isolando-se dos demais (*solitary system*), não podendo trabalhar ou ter qualquer tipo de contato com o mundo externo (receber visitas). A única coisa possível ao prisioneiro era a leitura da Bíblia, pois possibilitava o arrependimento.

Com o tempo, se permitiu o contato do detento com os funcionários do presídio, como médicos, religiosos, etc., e as realizações de pequenas tarefas (*separate system*).

Apesar de visar à organização para evitar o caos, esse sistema foi objeto de muitas críticas, já que a reinserção social do condenado não era proporcionada.

4.2 Sistema Auburniano

Originado no ano de 1818 na cidade de Auburn (Nova Iorque), nos Estados Unidos.

Há nesse sistema um rigor menor do que o existente no sistema filadélfico, isso porque, permitia-se o trabalho dos presos em sua própria cela, podendo mais tarde realizar suas tarefas em grupo no período diurno, desde que permanecessem em silêncio (*silence system*). Entretanto, isso não funcionou na prática.

O isolamento noturno foi mantido, bem como a proibição de visitas de familiares, o lazer, a prática de exercícios e atividades educacionais.

Assim como o sistema anterior, o sistema auburniano permanece com a ideia de separação dos condenados, para impedir a comunicação. Contudo, no sistema filadélfico, o afastamento dos presos permanecia durante o dia, enquanto que no auburniano permitia-se o labor coletivo em algumas horas.

Para Bitencourt (2011, p. 149):

Outro aspecto negativo do sistema auburniano — uma de suas características— foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada a disciplina deve-se, em parte, ao fato de que o *silent system* acolhe em seus pontos, estilo de vida militar.⁵ A razão é simples: a nova instituição necessita organizar e gerir uma vida coletiva complexa. A influência da disciplina e da mentalidade militar tem sido uma constante nas prisões, desde sua origem. Insiste-se na necessidade de as prisões não adotarem uma mentalidade castrense, embora persista essa influência nos sistemas penitenciários de muitos países, especialmente no Brasil.

Muito se criticou os castigos cruéis e excessivos aplicados aos detentos, pois refletem um exagero pelo desejo de punir e pela obediência rígida. Contudo, ainda acreditava-se na recuperação do criminoso.

4.3 Sistema Progressivo

Sistema oriundo no início do século XIX na Inglaterra pelo inglês Alexander Mconochie e pelo irlandês Walter Crofton.

⁵ MELOSSI E PAVARINI, *Carcel y fabrica*, cit., p. 205.

Nesse sistema o infrator poderia ganhar marcas (*mark system*) conforme a sua conduta e seu rendimento no trabalho. Desse modo, o condenado poderia reduzir a duração da pena imposta inicialmente.

Pimentel ([s.d]) *apud* Luiz Regis Prado (2012, p. 646):

Assim, de acordo com o sistema progressivo inglês, “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. Levando-se em conta, ainda, a gravidade e as circunstâncias do delito. O preso recebia *marcas ou vales* (dai o nome *mark system*) se seu comportamento fosse positivo e perdia ganhos quando se comportasse de modo censurável”.

Primeiramente, o delinquente passava por um período de prova que consistia num isolamento celular e, posteriormente, dependendo de sua conduta, poderia trabalhar dentro da penitenciária, em silêncio, recolhendo-se ao isolamento no período noturno.

O condenado poderia obter uma semiliberdade, atingindo no final a liberdade sob vigilância até o fim de sua pena. Crofton, um dos criadores do sistema progressivo, acrescentou a semiliberdade uma fase dirigida a readaptação do detento à vida social.

Roberto Lyra (1942, p. 91) *apud* Rogério Greco (2015, p. 543):

O sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermediária (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar praticamente os resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional.

Com essa inclusão, o sistema passou a ter uma nova roupagem, dividindo-se em quatro fases: a primeira abrangendo o isolamento por nove meses; a segunda consistia no trabalho em obras públicas; a terceira se relacionava ao trabalho externo, com pernoite em estabelecimento prisional; a última fase era a liberdade provisória que poderia ser revogada ou convertida em definitiva pelo bom comportamento.

4.4 Reformatórios

Os reformatórios que nasceram nos Estados Unidos, tiveram como base o sistema progressivo. Os reformatórios eram destinados inicialmente a adolescentes e jovens adultos infratores.

Podemos destacar o reformatório de Elmira (1876), na Grã-Bretanha, que serviu de referência para inúmeros outros.

De forma resumida, esse sistema repousa na execução da sentença e na vigilância após o cumprimento da pena, com vistas à correção, educação e readaptação social do condenado.

4.5 Sistema Penitenciário Brasileiro

Os sistemas progressistas, por serem superiores que os antecedentes, contribuíram para uma melhor execução penal.

Em sua redação original, o Código Penal de 1940 aderiu ao sistema progressista irlandês, mas com algumas modificações. Só os condenados à reclusão é que poderiam usufruir da progressividade da pena que englobava quatro fases. Inicialmente, o recluso se isolava durante o dia, por um período não superior a 3 meses, posteriormente poderia trabalhar dentro de estabelecimentos, sendo isolado no período noturno.

Quando o detento possuía bom comportamento, poderia ser transferido para colônia penal ou estabelecimento correlato, desde que cumprido metade da pena, quando igual ou superior a 3 anos; ou um terço, se superior a 3 anos; já o livramento condicional só poderia ser concedido a pena de reclusão superior a 3 anos e se os requisitos do artigo 60 fossem preenchidos.

O detento apenado pelo regime de detenção, não se sujeitava ao período inicial de isolamento diurno, podendo escolher o trabalho de acordo com suas habilidades ou ocupações anteriores.

A lei 6.426/77 trouxe alterações importantes no sistema progressivo, de acordo com Luiz Regis Prado (2012, p.648):

a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto, aberto); c) o

início do cumprimento de pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.

Em 1948 houve uma valorização do sistema progressivo com a reforma da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal. A progressividade tornou-se subordinada ao cumprimento de pelo menos um sexto da pena, bem como, do atendimento a exigências formais.

Contudo, com a Lei 10.792 de 1 de dezembro de 2003, estaria extinta a necessidade do exame criminológico, que era um dos requisitos obrigatório para que o condenado progredisse do regime fechado para o semiaberto. Com isso, passou a ser exigência formal a decisão motivada e a prévia manifestação do Ministério Público e do defensor.

Modernamente, a progressão está condicionada ao cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior e a necessidade do detento possuir bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, não deixando de observar as normas que proíbem a progressão (art. 112, *caput*, LEP).⁶

4.6 Regime de Execução das Penas Privativas de Liberdade

Existia um movimento que lutava pela unificação das penas privativas de liberdade. Entretanto, a reforma do Código Penal em 1984, rejeitou essa ideia, mantendo-se, portanto, a dualidade da pena, qual seja detenção e reclusão.

A reforma de 1984 pretendia a unificação da pena privativa de liberdade. Para Alberto Silva Franco ([s.d], p. 506) *apud* Rogério Greco (2015, p.545), essa escolha não foi a correta, isso por que:

O legislador de 84 manteve a classificação “reclusão-detenção”. Acolhida da PG/40 e, sob este ângulo, não se posicionou de acordo com as legislações penais mais modernas, que não aceitam, porque as áreas de significado dos conceitos de reclusão e detenção estão praticamente sobrepostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de distinção. Aliás, para

⁶ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade de bens jurídicos, que com tais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de que se valeu o legislador.

A pena de reclusão difere-se da detenção, basicamente quanto ao regime de cumprimento de pena, que na reclusão deve ser em regime fechado, semiaberto ou aberto; já na detenção, a execução somente é admitida em regime semiaberto ou aberto, segundo o artigo 33, *caput*, do Código Penal.⁷

Outras diferenças ainda podem ser apontadas, como por exemplo, no caso de concurso material. Se as penas de reclusão e detenção forem aplicadas cumulativamente, de acordo com o artigo 69,⁸ *caput* e artigo 76,⁹ ambos do Código Penal, a pena de reclusão será aplicada primeiramente.

Além disso, de acordo com o art. 92, II do Código Penal,¹⁰ com a condenação, a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, somente ocorrerá com a prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra um filho, tutelado ou curatelado.

Por fim, a última diferença encontra-se na aplicação de medida de segurança, pois se o fato praticado pelo inimputável for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial, de acordo com a redação do artigo 97 do Código Penal.¹¹

Assim, é fácil perceber que a diferença entre detenção e reclusão funda-se, basicamente, na maior gravidade da primeira sobre a última. Não há nenhuma diferença estrutural entre as duas espécies de pena privativa de liberdade. Esse critério de diferenciação baseado no aspecto quantitativo da pena, apenas influi na sequência de execução da pena.

⁷ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

⁸ Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela

⁹ Art. 76 - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

¹⁰ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

¹¹ Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

4.6.1 Regime fechado

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo sido o condenado submetido ao regime fechado, será encaminhado à penitenciária, nos termos do art. 87 da Lei de Execução Penal.¹²

O condenado inserido no regime fechado será submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução, conforme o artigo 34, *caput*, do Código Penal.¹³

Durante o período matutino, ao condenado é permitido o trabalho, entretanto no período noturno, o mesmo deve permanecer isolado. Além disso, o trabalho deve ser efetuado dentro do estabelecimento prisional, podendo, excepcionalmente, ocorrer em serviços ou obras públicas fora do estabelecimento prisional.

O trabalho é um direito do preso, segundo o inciso II do artigo 41 da Lei de Execução Penal.¹⁴ Por isso, se o Estado não fornecer trabalho, não poderá o preso ser prejudicado, uma vez que o trabalho gera a remição da pena, fazendo com que, para cada três dias de trabalho, um dia da pena seja redimido.

Importante destacar que a decisão que impõe o regime fechado como inicial, deve ser fundamentada pelo juiz. A gravidade por si só, não é motivo para estabelecer o regime fechado. Para a escolha do cumprimento do regime inicial, faz-se necessária a observância dos critérios impostos no art. 59 do Código Penal.

¹² Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

¹³ Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

¹⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

II - atribuição de trabalho e sua remuneração.

4.6.2 Regime semiaberto

Pela leitura do artigo 35 do Código Penal,¹⁵ é possível observar que nesse tipo de regime, a pena seja cumprida em colônia penal agrícola ou industrial, ou estabelecimento similar.

Durante o dia, o condenado, submete-se ao trabalho, podendo frequentar cursos profissionalizantes, de instrução, de segundo grau ou superior. Ao condenado, só é admitido o trabalho externo, se houver bom comportamento por parte dele. Não há, nesse tipo de regime, o isolamento noturno.

Admite-se a remição nesse instituto, mas diferentemente do regime fechado que redime um dia de pena por três dias trabalhados, no regime semiaberto, a remição ocorre pela frequência do condenado a curso de ensino regular ou profissional.

Nas palavras de Rogério Greco (2015, p. 559):

A Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, alterou o art. 126 da Lei de Execução Penal para possibilitar a remição pelo estudo. O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observando o disposto no inciso I do §1º do art. 126 da Lei de Execução Penal.

Além disso, permite-se ao condenado desse regime as saídas sem vigilâncias para visitas à família ou para participação em atividades para o seu retorno ao convívio social. A autorização somente deve ser concedida ao condenado se este possuir bom comportamento, cumprimento de no mínimo de um sexto da pena (primário) ou de um quarto (se reincidente) e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (art. 123, LEP).¹⁶

¹⁵ Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

¹⁶ Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

4.6.3 Regime aberto

Esse regime, de acordo com o artigo 36 do Código Penal,¹⁷ baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Nas palavras de Rogério Greco (2015, p. 559), “o regime aberto é uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade”.

O condenado cumpre a pena em estabelecimento denominado Casa do Albergado. Por ser um regime que se baseia na autodisciplina do detento, permite-se que haja trabalho fora do estabelecimento e sem vigilância. Entretanto, o transgressor deve recolher-se no período noturno e nos dias de folga.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2013, p.431): “A casa do Albergado deve ser um prédio situado em centro urbano, sem obstáculos físicos para evitar fuga, com aposentos para os presos e local adequado para cursos e palestras (art. 93 a 95, LEP)”.¹⁸

Contudo, não são todas as Comarcas que possuem a Casa do Albergado. Por isso, consolidou-se a utilização do regime de *prisão albergue domiciliar* (PAD) que foi criada para condenados maiores de 70 anos, condenados acometidos por doenças graves, sentenciadas com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenada gestante (art. 117 LEP).¹⁹

Há uma particularidade nesse regime no que tange ao trabalho. Nos regimes fechado e semiaberto pode o preso usufruir da remição. Todavia, o regime aberto, não há previsão legal da remição da pena pelo trabalho, já que só poderá

¹⁷ Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

¹⁸ Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

¹⁹ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

ingressar nesse regime o condenado que provar que está trabalhando ou que poderá trabalhar imediatamente.

Com a edição da Lei 12.433 de 29 de junho de 2011, que incluiu o §6º no art. 126 da Lei de Execução Penal,²⁰ é assegurado ao condenado do regime aberto a remição da pena pela frequência em curso de ensino regular ou de educação profissional.

Sobre o tema, Rogério Greco leciona (2015, p. 560):

Vê-se, portanto, que a condição *sinequa non* para o início do cumprimento da pena ou mesmo a sua progressão para o regime aberto é a possibilidade imediata de trabalho do condenado. Sem trabalho não será possível o regime aberto.

E complementa:

Nota-se que a Lei de Execução Penal fala em trabalho, e não em emprego. Portanto, mesmo que o condenado exerça uma atividade laboral sem registro, a exemplo de venda de produtos de forma autônoma, faxina em residências, lavagem de carros etc., poderá ser inserido no regime aberto. Isso porque o desemprego é uma desgraça que assola nosso país. Não podemos exigir do condenado que consiga uma colocação no mercado de trabalho, após sua condenação, competindo igualmente com aqueles que mantêm uma folha penal sem anotações. Isso seria impedir por vias oblíquas, a concessão do regime aberto.

Além de estar trabalhando ou comprovar que pode fazê-lo, é necessário ao condenado que demonstre indícios de que irá ajustar-se com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime, conforme o inciso II do art. 114 da Lei de Execução Penal.

²⁰ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena:

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

5 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A fim de combater o crime organizado, estabelecer organização nos estabelecimentos prisionais e isolar os detentos perigosos, o legislador infraconstitucional, introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no artigo 52 e seguintes da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984) através Lei 10.792/2003.

A criação desse instituto que trouxe uma modalidade nova e mais rigorosa de sanção dividiu os estudiosos do direito. Para os defensores, esse instituto proporciona maior segurança pública; para os críticos, há substancial afronta a direitos e garantias constitucionais.

Por isso, o Regime Disciplinar Diferenciado será analisado sobre os aspectos de sua origem histórica, características, hipóteses de cabimento, procedimento de inclusão e constitucionalidade.

5.1 Origem Histórica

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) surgiu a partir de uma megarrebelião ocorrida no dia 18 de Fevereiro de 2001 no Estado de São Pulo. Foi a maior rebelião ocorrida no Brasil, tendo incidência em 29 unidades prisionais da Capital, da Região Metropolitana e do Interior do Estado, atingindo aproximadamente 28 mil detentos.

A ação foi ordenada pela facção criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC) que se revoltou com a transferência dos líderes para um presídio de segurança máxima.

Como resposta a rebelião, a Secretaria de Administração do Estado de São Paulo editou em 4 de março de 2001 a Resolução nº 26 que regulamenta a inclusão, exclusão e permanência dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado, que se destina a líderes e integrantes de facções ou aqueles que necessitam de tratamento específicos, de forma a evitar novos confrontos dentro dos presídios.

A Resolução SAP 26, ao ser editada foi alvo de 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).

O objetivo principal era um controle rígido no interior das penitenciárias, que inicialmente seria aplicado em cinco unidades: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciárias de Iaras, Penitenciária I de Avaré.

Mesmo após a adoção desse novo regime no sistema penitenciário brasileiro, em 2002, na cidade do Rio de Janeiro uma nova rebelião, coordenada por Luiz Fernando da Costa, o “Fernandinho Beira-Mar”, voltou a afrontar a sociedade brasileira.

O presídio de segurança máxima Bangu I foi palco de briga de facções rivais que comandavam o tráfico de droga da região. Tal fato resultou na morte dos traficantes Ernaldo Pinto de Medeiros, Uê, Wanderley Soares, Orelha, e Carlos Roberto da Silva, Robertinho do Adeus, todos líderes da ADA (Amigo dos Amigos).

Além das mortes, houve diversas ações criminosas por toda a cidade, sendo nove bairros atingidos, 800 mil pessoas ficaram sem ônibus, e parte do comércio fechou as portas.

Por ser este acontecimento de maior proporção do que o ocorrido em São Paulo houve maior rigidez e, a medida de recrudescimento foi denominada de Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES).

De acordo com o secretário de administração penitenciária da época, Astério Pereira dos Santos, o objetivo desse regime era:

Afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjugam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome [...]. Afastar essa liderança de opressores dos demais presos, quase sempre criminosos ocasionais e eventuais, de escassa ou nenhuma periculosidade é, sobretudo, em ato de humanidade.

O presidente da época, Fernando Henrique Cardoso, como tentativa de unificar o regime, envia ao Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.073 que alterava dispositivos da Lei de Execução Penal (LEP – nº. 7.210/84) e do Código de Processo Penal (CPP) para que, entre outras mudanças, permitir que presos de alta

periculosidade que cometessem falta grave cumprissem pena no Regime Diferenciado a ser aplicado pelo Conselho Disciplinar.

Assim, no dia 1º de dezembro de 2003, a Câmara dos Deputados transforma o projeto 5.073/01 na Lei 10.792, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado.

5.2 Características

O primeiro aspecto relevante a se analisar diz respeito à natureza jurídica do instituto. Pela leitura do *caput do* artigo 33, do Código Penal,²¹ não podemos classificar o Regime Disciplinar Diferenciado como um regime prisional, já que este não está disciplinado no rol do artigo. Entretanto, de acordo com o artigo 53 da LEP,²² podemos definir a natureza do RDD como uma sanção disciplinar.

Sobre a natureza jurídica, Julio Fabbrine Mirabete disciplina (2004, p. 242):

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 Conselho Nacional de Política Criminal, contrário ao entendimento de Mirabete, entende o RDD como um sistema inconstitucional e desnecessário e, portanto, classifica-o como um novo regime de cumprimento de pena.

O artigo 52 da Lei de Execução Penal coloca fim a discussão sobre a natureza do regime:

²¹ 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.

²² Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos;

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

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.

Antes da análise das características descritas nos incisos do artigo 52, importante ressaltar que, esse instituto é aplicável tanto ao preso provisório como para o condenado, de acordo com o *caput*.

A primeira característica é atinente ao tempo de duração em que o preso permanecerá sob as condições do regime. A duração máxima, segundo o inciso I, é de 360 dias, e a mínima até o limite de um sexto da pena.²³

Salienta-se que, não há um limite para que seja aplicada essa sanção disciplinar, o que significa que o detento pode cumprir o período máximo e se praticar nova falta grave da mesma espécie (fato previsto como crime doloso), pode voltar ao regime por igual período e assim sucessivamente.

O inciso II prevê o recolhimento em cela individual, denominada “solitária”. Apesar do artigo 88, *caput*, LEP²⁴ prever que a inserção em cela individual é direito do preso, somente o RDD fornece recursos para que os presídios tenham construções de celas individuais.

A terceira característica (inciso III) regulamenta as visitas semanais. De acordo com o inciso, somente duas pessoas, sem contar as crianças, podem durante duas horas realizar visitas.²⁵

Não se admite ao recluso pertencente a esse regime a visita íntima. Essa limitação de visitas possibilita ao Estado um maior controle estatal.

²³ CONGRESSO NACIONAL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm congresso nacional>. Acesso em: 03 de julho de 2016.

²⁴ Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

²⁵ CONGRESSO NACIONAL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm congresso nacional.> Acesso em: 03 de julho de 2016.

Esse inciso sofre críticas quando menciona “*sem contar as crianças*”. Não se tem uma interpretação clara se o preso incluso nesse regime não poderá receber visitas de crianças ou se a criança não é computada no número de visitas.

Pela leitura do artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente,²⁶ há quem entenda que o detento não poderá receber visita de crianças. Por outro lado, acredita-se que as crianças poderão realizar visitas, já que se deve oferecer ao preso, mesmo que em regime especial, uma interação social harmônica.

O inciso IV traz a última característica do RDD que consiste no direito de saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Através das características listadas, é fácil perceber que o objetivo principal do Regime Disciplinar Diferenciado é o isolamento completo do detento, dificultando o diálogo com os próprios reclusos do estabelecimento e, impedindo a comunicação com o mundo externo.

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

5.3 Hipóteses de Cabimento do RDD

As hipóteses de cabimento desse tipo de sanção disciplinar estão expressamente mencionadas no artigo 52 da Lei de Execução Penal, no *caput* e seus parágrafos.

É possível a aplicação do Regime tanto ao preso condenado ao regime fechado quanto ao preso provisório que tenha cometido fato grave durante a prisão provisória. Nesse último caso, não há sequer um regime prisional definido ao preso, pois não existe condenação.

²⁶ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Assim, 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.

Pela leitura do art. 52 da LEP, ingressarão no regime o preso condenado ou provisório que, através da prática de um crime previsto como doloso, gerarem subversão da ordem ou da disciplina interna.

Ademais, o §1º do referido artigo dispõe que os presos nacionais, estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Já o §2º prevê que os presos condenados ou provisórios que estiverem envolvidos ou participarem, com fundadas suspeitas, de organizações criminosas, quadrilha ou bando, serão inclusos no mesmo regime.

Assim, conclui-se que são três as formas do indivíduo ingressar no Regime Disciplinar Diferenciado.

A primeira hipótese consiste em prática de crime doloso que ocasione conturbação a ordem e a disciplina interna.

Nessa hipótese, é importante observar que, a realização de crime tipificado como doloso não é suficiente, pois para ingressar no regime, é preciso, além disso, que o crime cause subversão da ordem ou da disciplina interna.

Renato Marcão (2010, p. 75), explica:

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 trabalhos”.

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

Ao criar essa hipótese de inclusão, o legislador faz uso de palavras genéricas, que possibilitam ampla interpretação da conduta proibida, dando margem à possível arbitrariedade ao aplicador da lei.

A segunda hipótese de inclusão refere-se a presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Não há, nessa hipótese, nenhuma previsão legal sobre quem seria o preso de “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, ficando demonstrado, pois, a utilização, novamente, de expressões abertas que, deixam nas mãos do juiz da execução penal o dever de analisar no caso em concreto a ocorrência dessa hipótese aberta.

Ressalta-se ainda que, não é necessário que o preso tenha praticado crime doloso durante sua permanência em estabelecimento prisional, sendo suficiente que ele seja considerado de alto risco.

Por consequência, entende-se que a inclusão neste regime consiste em uma intervenção disciplinar preventiva, já que apenas a periculosidade do detento é levada em consideração.

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

E acrescenta 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).

Dessa forma, para que o preso seja incluso no Regime Disciplinar Diferenciado, sem que tenha cometido crime doloso, deve-se analisar a periculosidade do preso, através do juiz, levando em conta os fatos e as provas que demonstrem, concretamente, que o indivíduo é um risco para a segurança do estabelecimento e da sociedade.

A terceira hipótese incide sobre 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.

Mais uma vez, o legislador utiliza-se de expressões abertas que incitam amplas interpretações. Da leitura da lei, não se sabe se as fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando, são referentes à vida prisional, ou ao crime pelo qual cometeu e foi preso.

O Desembargador Federal Olindo Menezes, através de uma decisão, esclarece:

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)

É possível observar que, assim como na segunda hipótese, é uma inserção disciplinar preventiva, pois, para que o detento seja incluso no RDD, não é necessária à prática de crime doloso, considerado grave, bastando apenas as características do sujeito e não o que ele praticou.

Vale ressaltar que a hipótese ora estudada, não é aplicada ao preso ou condenado *estrangeiro*, 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).

As suspeitas devem-se basear em provas cabais da participação do preso. Nesse sentido, 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.

Isto posto, o preso, condenado ou provisório, que mostre, através de atos praticados dentro do presídio, participação com organizações criminosas,

quadrilha ou bando, será incluído no Regime Disciplinar Diferenciado, desde que haja provas suficientes da participação e, ainda que não tenha praticado crime doloso dentro do no estabelecimento prisional.

5.4 Procedimento de Inclusão

Cabe ao juiz da vara das execuções criminais a responsabilidade da decisão de inclusão ou não do detento no Regime Disciplinar Diferenciado, conforme o artigo 52 da LEP.

Nas palavras de 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.

O diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa, Secretário da Segurança Pública e Secretário da Administração Penitenciária, é quem possui legitimidade para requerer a inclusão do preso no regime.

A Lei de Execução Penal prevê em seu artigo 54²⁷ quais são os procedimentos para a inclusão do preso. De acordo com o artigo, um requerimento fundamentado deve ser elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

Para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 226):

Embora a lei tenha utilizado o termo *requerimento*, pensamos que o adequado seria *representação*. O diretor do estabelecimento penal não é parte na execução penal e não tem qualquer interesse pessoal no cumprimento da pena, logo, cabe-lhe expor um fato e solicitar providências, o que é típico do termo *representação*. Assim como o delegado de polícia *representa* pela prisão temporária ou preventiva (não *requer* a prisão cautelar, pois não é parte interessada), deveria a autoridade administrativa

²⁷ Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1o A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2o A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

representar pela inclusão no RDD, demonstrando, de modo detalhado, os fatos que lhe servem de base.

Este requerimento deve ser endereçado ao juiz da execução competente, que o enviará ao Ministério Público para que se manifeste, possibilitando, em seguida, manifestação da defesa e, finalmente, caberá ao juiz decidir, no prazo de quinze dias, pela inclusão ou não do encarcerado no regime.

Percebe-se que há exigência de formação de um processo judicial, para evitar que a autoridade administrativa decida sozinha a respeito de uma situação de maior isolamento e restrição do preso.

A lei 10.792/03 (Lei de Execução Penal), através do artigo 60, instituiu o regime disciplinar diferenciado preventivo:

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.

Verifica-se que a lei determinou duas hipóteses de medida extrema. A primeira consiste na decretação do isolamento do preso no prazo de dez dias, pela autoridade administrativa. A segunda ocorre através da inclusão preventiva do preso no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependendo neste caso de despacho do juiz competente (art. 60, *caput*, parte final da Lei 10.792/03).

Com relação à decretação do isolamento e a inclusão no regime, o artigo trouxe uma limitação temporal de dez dias, não admitindo prorrogação ou nova decretação.

Pela análise da segunda hipótese, concernente à inclusão preventiva de preso no RDD, pode-se dizer que se trata de uma medida cautelar determinada pelo juiz. Por se tratar de medida cautelar, necessária a demonstração de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Nessa hipótese, poderá haver a inclusão sem que haja a oitiva do Ministério Público ou da defesa, porque a realização de oitiva prévia pode adulterar a finalidade emergencial da inclusão preventiva. Além do que, não existe nenhum impedimento de que a oitiva seja realizada posteriormente à inclusão.

A ausência de manifestação prévia do Ministério Público e da defesa somente acarretará em nulidade absoluta, caso a inclusão no RDD tenha caráter definitivo.

O parágrafo único do artigo 60 traz o instituto da detração que consiste na computação da inclusão preventiva no Regime Disciplinar Diferenciado no período de cumprimento de sanção disciplinar.

Por fim, da análise do procedimento de inclusão preventivo e o de inclusão definitiva, é possível verificar uma desarmonia nos prazos, já que para que haja a decisão definitiva são necessários quinze dias, e para a situação emergencial, basta dez dias.

Sobre a dissonância, 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.

Importante mencionar que todas as formas de inclusão no RDD ocorrem sem prejuízo de sanção penal.

5.5 Constitucionalidade do RDD

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

Apesar da Resolução SAP nº 26/2011 anteceder o RDD, esse instituto foi criado pela Lei 10.792/ 2003, não possuindo nenhum vício formal, pois seguiu regularmente o processo legislativo.

Dessa forma, a polêmica sobre o regime não está relacionada à sua constitucionalidade formal, mas sim à constitucionalidade material, vez que tal

sanção disciplinar é fortemente criticada por violar 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.

Os defensores do regime entendem que a medida não fere princípios constitucionais, mas sim os viabiliza. E afirmam que por ser implantado por via federal não contradiz matéria penal.

A esse raciocínio, soma-se a ideia de que aqueles sujeitos que ocasionam lesão ao sistema carcerário e a outros detentos devem permanecer isolados do convívio dos demais devido ao alto grau de periculosidade destes.

No entendimento de Cleber Masson (2014, p. 628):

O regime é severo, rígido, eficaz ao combate do crime organizado, mas nunca desumano, Muito ao contrário, a determinação de isolamento em cela individual, antes de ofender, assegura a integridade física e moral do preso, evitando contra ele violências, ameaças, promiscuidade sexual e outros males que assolam o sistema penitenciário.

Compartilhando da mesma linha de raciocínio, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 218) entende que “o regime disciplinar diferenciado tornou-se um *mal necessário*, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não”.

Essa parcela da doutrina usa como fundamento o princípio da igualdade, entendendo que os “iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade”, para dizer que aqueles que oferecem maior perigo devem ficar isolados, e que isso faria jus ao mandamento dado pelo princípio.

A parcela contrária à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado entende que o Brasil optou em sua Constituição Federal, no artigo 1º, por constituir-se como um Estado Democrático Social de Direito, e para que sua existência seja firmada, um dos pontos essenciais é adoção de um sistema de direitos e garantias fundamentais.

O artigo 5º, da Carta Magna vigente relaciona os direitos e garantias fundamentais do cidadão, dentre eles se encontram os dispositivos referentes ao direito de liberdade e delimitam suas formas de privação. É, portanto, frente a estes que o Regime Disciplinar Diferenciado deve ser examinado.

5.5.1 O RDD frente ao princípio constitucional da legalidade

O princípio da legalidade é um dos princípios que forma a base dos direitos fundamentais do ordenamento pátrio. Tem sua previsão no artigo 5º, XXXIX da CF e no artigo 1º do Código Penal assegurando que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Para Luís Regis Prado (2008, p. 130), o princípio da legalidade:

Tem sentido amplo: não há crime (infração penal), nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (lex scripta lex praevia e et lex certa).

As condutas tipificadas como crime devem ter uma explicação clara e objetiva de forma a não permitir interpretações arbitrárias e equivocadas. Somente por lei pode se fixar uma conduta como criminosa, e só por meio dela é que se pode punir o infrator. Nesse sentido, o princípio da legalidade visa proteger a dignidade da pessoa humana, impedindo a arbitrariedade sobre a execução penal.

Analisando o RDD sob esse aspecto, percebeu-se que o legislador criou tipos penais genéricos na criação da lei de execução penal, como demonstra o art. 50 da referida lei:

Art. 50. Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que:
I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
(...)
VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V no art. 39 desta lei.

À medida que o legislador concebe tipos penais genéricos e subjetivos, proporciona-se margem para aplicações arbitrárias por parte da administração penitenciária, posto que se o administrador apenas suspeitar que alguém componha ou comande uma organização criminosa, poderá transferi-lo para o Regime Disciplinar Diferenciado.

Segundo Rômulo de Andrade Moreira, “o que seria fundada suspeita? Afinal, a presunção constitucional não é de não culpabilidade? E o que seria mesmo uma organização criminosa? Como se sabe, não há no Brasil uma lei que traga tal

definição, ferindo-se, destarte, o principio da legalidade, também índole constitucional.”²⁸

Na mesma linha salienta Renato Marcão (2010, p. 41):

As fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer titulo, em organizações criminosas, quadrilha ou bando como causa de inserção do condenado ou do preso provisório em Regime Disciplinar Diferenciado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 52 da lei 7.210/84, com a redação da lei 10.792/2003, devem ter relação com atos por ele praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse estabelecimento prisional tem por finalidade resguardar. Não há na lei 9.034 de 03 de maio de 1995, ou em qualquer outra uma definição do que venha a ser organização criminosa, quadrilha ou bando tema que se insere no estudo do artigo 288 do código penal.

Diante disso, podemos constatar a evidente inconstitucionalidade do RDD à luz do princípio da legalidade, uma vez que permite uma punição rígida ao preso submetido ao regime em tela, por versar sobre ele uma suspeita, uma suposição de que pertença a uma organização criminosa, quadrilha ou bando.

Quanto à expressão “alto risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade” vale ressaltar que é muito subjetivo o estabelecimento de um parâmetro para aferir se alguém ameaça a vida em grupo. Que tipo de conduta caracterizaria este alto risco?

Nos dizeres de Renato Marcão “é necessário que a sanção seja individualizada e proporcional à conduta, aferindo caso a caso a natureza e a gravidade da infração praticada, bem como as circunstancias do fato e a pessoa do faltoso”.²⁹

Feita tais considerações, podemos afirmar que o Regime Disciplinar Diferenciado também nos convida a ter um olhar mais crítico sobre o seu texto normativo, já que este não é fiel ao princípio da legalidade. Tal afirmativa se da pela redação da Lei 10.792/2003 ao artigo 52, caput e §§ 1º e 2º que contém normas vagas, possibilitando abusos e como consequência a não observância da legalidade.

²⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): inconstitucionalidade.** Jurisprudência comentada. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina>>. Acesso em 29 de julho de 2016.

²⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** São Paulo: Saraiva. 2010, p.40-41.

5.5.2 O RDD frente ao princípio constitucional da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não se encontra de forma explícita no rol do art. 5º da Constituição Federal. Todavia, não deixa de ser uma garantia fundamental, pois se baseia na aplicação justa da pena, de modo que exista um equilíbrio entre a gravidade do delito e a sanção aplicada ao infrator. Da elaboração da norma, o legislador precisa estar atento a lesividade do ato, ao dano causado e ao bem jurídico protegido.

Por isso, parece evidente que o Regime Disciplinar Diferenciado não atende ao princípio da proporcionalidade, já que prevê o período de 360 dias ou mais (dependendo da quantidade de pena que foi condenado incide 1/6) de isolamento como punição de condutas, que comparadas a outros delitos, de lesividade superior, porém, com punições bem menos severas, revela a desproporcionalidade do RDD frente àquelas demais consequências jurídicas.

Parece ser o Regime Disciplinar Diferenciado distante das regras do princípio da proporcionalidade defendida pelo nosso sistema.

5.5.3 O RDD frente ao princípio da dignidade da pessoa humana

A Lei de Execução Penal (LEP) em seu art. 1º diz: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do interno”.

O *jus puniendi* do Estado ao tentar assegurar a restauração da paz social, deve se basear em alguns limites, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana. O Estado não pode ser indiferente aos limites impostos pela condição humana do acusado, por mais reprovável que tenha sido sua conduta deve ter um tratamento digno.

Sob essa ótica, é inadmissível o fato de presos provisórios poderem ser encaixados no Regime Disciplinar Diferenciado, pois o enquadramento sobre essas circunstâncias caracterizaria, no mínimo, um cumprimento antecipado da pena. De modo que, contraria o previsto no artigo °, LVII: “ninguém será considerado

culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, que se traduz no princípio da presunção de inocência.

Essa hipótese configura um grande desrespeito ao acusado que se quer foi condenado, considerando-se, pois, inocente.

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana temos na definição de Alexandre de Moraes (2007, p.16):

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais sendo inerente à personalidade humana. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade individual.

Christiano Chaves de Farias escreve (2005, p.96):

Importa destacar que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pelo CF/88, foi a dignidade da pessoa humana, que como consectário impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial, devendo garantir-lhe o mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.

E acrescenta (2005, p.98):

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho desumano ou degradante, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos direitos a própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. Dignidade da pessoa humana, nessa ordem de idéias, expressam uma gama de valores humanizadores e civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares.

Pela análise do Regime Disciplinar Diferenciado frente ao princípio da dignidade da pessoa humana chegamos a conclusão que o Estado é que deve disciplinar o cerceamento da pessoa humana, para que esse período seja eficaz no reestabelecimento do indivíduo no convívio social.

5.5.4 O RDD frente ao princípio constitucional da presunção de inocência

Ainda sobre a análise do Regime Disciplinar Diferenciado frente aos princípios constitucionais, nota-se uma violação ao princípio da presunção de inocência, vez que a existência do fato típico não é suficiente para pressupor a personalidade do réu, pois há a necessidade de dados que indiquem que o detento é uma ameaça à ordem do estabelecimento prisional.

O simples fato de presumir que alguém represente um risco à ordem e a segurança para puni-lo é inadmissível, pois a periculosidade do indivíduo deverá ser analisada frente à periculosidade dos atos cometidos por ele, e não por sua personalidade.

Conforme Renato Marcão (2010, p. 40/41):

Ao contrário do que reclama o caput do art. 52 a inclusão do preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro no Regime Disciplinar Diferenciado, o parágrafo 1º do mesmo artigo não exige que tenham eles praticado crime doloso durante o período de permanência no estabelecimento prisional. Para a inclusão no RDD basta que apresentem um alto risco para a ordem do estabelecimento penal ou da sociedade. O problema crucial reside em especificar, em cada caso, o que se deve considerar como de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; não sendo demais lembrar que o fato de o preso ter envolvimento com organizações criminosas ou pertencer a quadrilha ou bando constitui fundamento distinto regulamentado pelo parágrafo 2º do art. 52”

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.157), “com o Regime Disciplinar Diferenciado o governo brasileiro passa a adotar o prescrito direito penal de autor, de cunho fascista, ressuscitado por movimentos sociais do Direito Penal do Inimigo.” Afirma ainda que “a lei 10792/2003 não faz previsões relacionadas a fatos, mas a determinados tipos de autores, submetidos a isolamento não pela prática de algum crime, mas sim, pelo fato de representarem um alto risco, uma ameaça ao convívio social, uma avaliação um tanto subjetiva”. E continua: “para as instâncias de controle não importa o que se faz “Direito Penal de Fato”, mas sim quem faz “Direito Penal de Autor””.

6. DIREITO PENAL DO INIMIGO

O ponto anterior guarda semelhança com o assunto que será discorrido a seguir, já que o Regime Disciplinar Diferenciado se manifesta no Direito Penal do Inimigo.

Entretanto, antes de fazer um paralelo sobre os temas, há a necessidade de breves considerações sobre a Teoria Alemã.

6.1 Considerações gerais

Em 1985 Günther Jakobs expõe uma teoria, denominada Direito Penal do Inimigo, pautada em uma nova categoria de Direito Penal.

Os pensadores basilares da teoria formulada por Jakobs são 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 ([s.d]) 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 impreviã, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.

Jakobs (2012, p.25/26), porém, sabia que a separação entre o cidadão e o seu Direito é muito brutal, por isso, não pretendia seguir o entendimento formulado por tais pensadores:

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) concebia 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 uma 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”.

Desta maneira, para Jakobs, o inimigo é aquele que pratica crimes e, através da execução de crimes coloca o próprio Estado em risco.

Jakobs baseava a sua teoria na existência de um contrato social entre indivíduo e Estado, sendo que aquele que descumprisse tal relação contratual, 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).

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.

Para o professor alemão há a existência de dois tipos de transgressores e, conseqüentemente, dois tipos de Direito Penal, adequando-se a cada tipo de delinquente.

De um lado o Direito Penal do Cidadão voltado àqueles que infringiram a norma, mas que ainda são considerados cidadãos. E, por outro lado, o Direito Penal do Inimigo voltado para os delinquentes que praticaram grande violação ao sistema, fornecendo risco ao ordenamento jurídico, e por isso, são tratados como inimigos.

Sobre a diferença entre os dois institutos, Luiz Flávio Gomes (2004) apud Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 230):

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.

O Direito Penal do cidadão repressivo e garantista, buscava, baseando-se em princípios, reinserir o delinquente no contexto social. De outro norte, o Direito Penal do Inimigo, elimina algumas garantias processuais com a finalidade de evitar futuros delitos.

Sobre essa duplicidade de Direitos Penais, Marcelo Lessa Bastos (2007, p.1):

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 conclui 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.

A existência de um indivíduo que coloca em risco a própria ordem jurídica, causando risco à sociedade e ao Estado, justificaria, para Jakobs, a existência dos dois institutos penais. Diante disso, entendia-se que, pelo transgressor, assumir o papel de inimigo, “não cidadão”, era uma forma de punição a supressão de garantias e direitos.

Ressalta-se 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.

Nota-se que a aplicação desse Direito Penal do Inimigo se aplica a crimes que causam grande lesividade, como por exemplo, os crimes sexuais e organizações criminosas.

Sobre o aspecto da sociedade brasileira e do presente estudo, percebe-se que no contexto atual, os inimigos do Estado são, principalmente, os integrantes formadores de organizações criminosas, já que estes instituem um poder interno com ordens e regras contrárias as previstas na legislação.

Importante ressaltar que a doutrina faz um paralelo entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal de Terceira Velocidade, já que o primeiro seria uma expressão do último.

Silva Sanchez entende haver três velocidades do direito. A primeira velocidade seria a parcela do Direito Penal que cuida das penas privativas de liberdade e as garantias individuais. A segunda velocidade é aquela constituída por aquelas infrações que só se impõe penas pecuniárias ou restritivas de direito.

A terceira velocidade seria aquela na qual coexistiria a imposição das penas privativas de liberdade, a flexibilização dos princípios e as regras de imputação, de modo que haveria uma junção dos direitos de primeira e segunda velocidade.

Alexandre Rocha Almeida Moraes (2011, p. 230), melhor explica acerca das velocidades do Direito Penal:

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a ideia 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'

Diante disso, podemos classificar o Direito Penal do Inimigo como de terceira velocidade já que há nesta velocidade 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).

6.2 Características

Hoje na legislação brasileira pune-se o agente pela sua conduta já exteriorizada. A essa postura dá-se o nome de Direito Penal do fato, já que só há punição após a prática do ato pelo sujeito. Entretanto, nosso ordenamento vem adotando o chamado Direito Penal do autor, que consiste na punição de indivíduos que frequentemente cometem delitos, principalmente membros de organizações criminosas.

A fim de que se possa combater esse último grupo de pessoas, tidas como inimigas, existe uma busca constante em concatenar regulamentações jurídicas que caracterizam o Direito Penal do Inimigo.

A respeito dos elementos caracterizadores desse Direito, Manuel Cancio Melía (2012, p. 90), interpretando a teoria formulada por Günther Jakobs afirma:

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.

Em síntese, podemos destacar como elementos essenciais que caracterizam o direito em comento: o adiantamento da punibilidade, a desproporcionalidade da pena e a relativização ou mesmo a supressão de garantias processuais.

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.

A teoria proposta por Günther entende que os delitos serão prevenidos, se os delinquentes forem combatidos. Para tanto, deve-se atingir momentos anteriores à realização da conduta e até mesmo atos preparatórios. Por isso, faz-se necessário o impedimento da prática de delitos, para que os bens jurídicos possam ser protegidos.

A desproporcionalidade das penas privativas de liberdade é o segundo elemento formador desse Direito. Por esse elemento, as penas seriam elevadíssimas, podendo ser agravadas por circunstâncias pessoais do autor. Ademais, as penas cominadas aos atos preparatórios seriam a mesma de crimes consumados, não existindo redução de pena.

Por fim, o terceiro elemento consiste na relativização das garantias penais e processuais ou até a extinção delas. Por esse elemento entende-se que se o sujeito vive a margem do Direito sendo, portanto, inimigo do Estado, este deve ser tratado como tal.

Insta salientar que outros doutrinadores que lecionam sobre o tema, trazem outras características, contudo, elas originam-se das características mencionadas.

Diante do demonstrado, percebe-se que a crítica sobre esse instituto nasce da gritante oposição existente ao Direito Penal Garantista.

6.3 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Ao olhar os aspectos fundamentais da pessoa humana e os direitos individuais trazidos pela Constituição Federal de 88, a teoria criada por Jakobs sofreu inúmeras críticas.

Para os defensores do direito penal do inimigo, aquele definido como tal não tem direito de ser tratado como cidadão, daí a existência de um direito voltado a essas pessoas. Apesar disso, o transgressor de normas continua sendo ser humano titular de direitos inerentes á ele.

Zaffaroni possivelmente foi um dos maiores críticos da teoria criada por Jakobs. Assim, uma das críticas à teoria, refere-se ao tratamento dado ao elemento considerado “inimigo”, qual seja a eliminação de direitos dos inclusos nessa

classificação. A eliminação dos direitos atenta, principalmente, o princípio 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.

Esse tratamento proposto pela teoria não deve ser aplicado a ninguém, já que afronta a própria natureza do homem. A restrição há alguns direitos pode se justificar como forma de punição, mas o impedimento ao acesso a direitos garantidos pela própria Constituição, não parece justificável.

“O que não se pode é desistir do homem, sob o falso argumento de ser incorrigível, de possuir um defeito de caráter que o impede de agir conforme os demais cidadãos”. (GRECO, 2015, p. 28).

Outra crítica muito apontada na teoria alemã refere-se ao direito proposto, pois esse Direito Penal do Autor foi muito aplicado na Segunda Guerra Mundial, onde se punia o agente pelo que é, e não pelo delito praticado.

Sobre o direito penal do fato, Manuel Cancio Meliá (2012, p. 108) ensina:

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.

Por ser o Direito Penal do Inimigo pautado na periculosidade do agente e não na sua culpabilidade, há um afastamento desse direito de punição subjetiva do chamado direito penal do fato, pois sobre essa característica possibilita-se maior chance para a arbitrariedade, já que se levaria em conta a excepcionalidade do bem violado.

Há outra crítica bastante forte na doutrina, no que diz respeito a definição do inimigo. Posto que prevê a extinção de direitos e garantias individuais, é necessário definir os indivíduos que são considerados “não cidadãos”, diante da

grave consequência que ele deverá suportar por ser um inimigo. Porém, há uma dificuldade em determinar quais delinquentes e por quais crimes poderiam ser os agentes definidos como inimigos.

Com propriedade, expõe Rogério Greco (2015, p. 37/38):

[...] quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em sequestros 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.

A esse raciocínio soma-se o 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.

O conceito de inimigo raramente será encontrado na forma estabelecida pela teoria, que obste inteiramente a condição de cidadão do indivíduo, de modo que não seja amparado pelas garantias adquiridas ao longo dos anos.

Insta salientar que essas críticas são algumas dentre outras feitas à teoria criada por Günther Jakobs. Com o intuito de apresentar um rápido panorama sobre o tema é que foram feitas algumas ponderações.

Finalmente, 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”.

Isto posto, é fácil perceber que a utilização do Direito Penal do inimigo colide-se muitas vezes com os interesse individuais e com as premissas do Estado Democrático de Direito, assemelhando-se ao direito penal do autor, baseando-se na

periculosidade, extinguindo garantias penais e processuais penais, aplicando penas desproporcionais, apenas para combater o desespero da sociedade.

6.4 RDD Como Expressão Do Direito Penal Do Inimigo

Diante das breves considerações feitas sobre os dois institutos, é possível afirmar que o Direito Penal do Inimigo se expressa, no Brasil, pelo sistema do Regime Disciplinar Diferenciado. Isso porque, através do RDD segrega-se aquele indivíduo que de alguma das formas previstas na lei transgredir regras e/ou cause risco ao Estado.

No entendimento de Paulo César Busato (2005, p.2):

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.

É necessário identificar pontos comuns entre os dois sistemas para a melhor compreensão de que o regime é simples e pura reflexão da teoria criada por Jakobs.

A aplicação do regime ocorrerá, primeiramente, sob aqueles que praticarem crimes dolosos que perturbem a ordem ou a disciplina.

Importante destacar que, a Lei de Execução se quer prevê hipóteses em que crimes dolosos perturbem a ordem ou a disciplina, deixando ao arbítrio daquele que pune.

Além disso, a lei ao tratar no §1 do art. 52 da Lei de Execução Penal sobre abarcar no regime presos provisórios e definitivos que apresentem alto risco, não se preocupou em definir qual seria o comportamento que “apresenta alto risco”. Ficando, mais uma vez, ao critério do aplicador da norma.

O legislador ao deixar tipos abertos quanto da aplicação do regime, permite que ocorra punição não sobre o delito praticado, mas sim sobre a identidade do autor. De modo que, fica evidente a aplicação do Direito Penal do Inimigo.

O parágrafo 2º fala sobre aqueles os quais recaiam “fundadas suspeitas” de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, estarão sujeitos à inclusão no RDD.

Mais uma brecha dada pelo legislador no sentido de que a expressão “fundadas suspeitas” significa que não há provas em concreto sobre a verdadeira participação ou colaboração em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Aqui se faz evidente que a punição se dirige ao suposto transgressor, e não ao crime cometido.

Importante salientar que vigora no Brasil a função socializadora da pena, de modo que, a teoria de Jakobs coloca em discussão todo o sistema idealizado pelo legislador, já que as horas de banho de sol são limitadas em 2 horas, o detento não tem direito a conversar com outros detentos, não havendo acesso a atividades esportivas, educativas.

Será que esse modelo é realmente efetivo? Será que ele não pode trazer um sistema contrário ao esperado? O detento com restrições de atividades pode se tornar ainda mais agressivo, já que o isolamento pode trazer como efeito colateral transtornos mentais. Desse modo, a alternativa de isola-lo do convívio com os demais pode não ser a melhor alternativa para punir o transgressor.

As medidas tomadas pelo Estado que tem como grande objetivo, na maioria das vezes, conter o clamor público sobre insegurança e outros problemas, faz com que ao elaborar medidas legislativas, principalmente no âmbito processual penal, deixe aquém do que realmente deve ser protegido.

Há ainda deficiência da atuação do Estado não apenas no aspecto de punir o infrator, mas sim em toda a cadeia de desenvolvimento que levou a pessoa a delinquir, pois a ausência de educação, de saúde, que em grande parte incumbe ao estado é deixada a mercê, levando, na grande maioria dos casos, o indivíduo a delinquir.

O estado não atendendo todos os requisitos tenta compensar criando um sistema, insuficiente e de opressão ao infrator. Surgindo então a ideia de que aqueles que incidem em crime são inimigos do estado, mas será que não é o próprio estado que cria o inimigo?

Nessa perspectiva, entende Paulo César Busato (2005, p.12):

[...] 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.

Outros doutrinadores tais como, Zaffaroni e Luís Flávio Gomes, na mesma linha de raciocínio, entendem ser essa forma de ver o direito penal meramente punitivo e simbólico, caracterizando-se como um Direito Penal do Inimigo.

7. CONCLUSÃO

Através do trabalho em análise constatou-se que em meio a uma sociedade violenta e cercada por medo, o Regime Disciplinar Diferenciado foi um meio para tentar minimizar o descaso existente perante o preso. A solução encontrada pelo constituinte para frear o descontrole foi o encarceramento.

Esse sistema tem como principal finalidade privar o detento perigoso do convívio com os demais para que os preceitos e ideais criminológicos das organizações criminosas não sejam difundidos.

Ao adotar esse tipo de regime, puramente punitivo, o legislador afastou-se dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal e no próprio Código de Processo Penal.

Sob essa perspectiva, o Regime Disciplinar Diferenciado ao ser incorporado em nosso sistema jurídico, aproxima-se ao conceito de um Direito Penal do Inimigo. Neste, o indivíduo que transgredir normas definidas pelo Estado são considerados como “perigosos” e não são dignos de usufruir do mesmo direito estabelecido ao cidadão que respeita as normas.

Desse modo, admitir o RDD como forma de punição ao detento que descumprir normas ou que pertence a organizações criminosas não é a solução mais indicada, pois embora seja eficaz em alguns casos, há grande supressão de garantias individuais alcançadas ao longo da história. .

Cumprir salientar que o presente trabalho não defende a impunidade do transgressor, muito menos a extinção do sistema prisional. A principal crítica se debruça sobre a falta de preparo do legislador ao regular norma de punição que deixa de observar preceitos basilares do nosso ordenamento.

É sabido que com o passar dos anos, as organizações criminosas adquirem métodos de execução mais aprimorados do que os fornecidos pelo Estado, transformando-se em verdadeiras comunidades com suas próprias leis e regras cujo objetivo é instalar o caos na sociedade.

Em decorrência disso, quando se utiliza a prisão com o ideal ressocializador, busca-se que o preso ao ser reinserido na sociedade, não volte a delinquir e nem pertencer a associações voltadas ao crime, aliando-se contra os delinquentes em busca de uma sociedade melhor.

Por isso, tendo em vista o combate da criminalidade no contexto brasileiro, a criação de um instituto diferenciado pode não ser suficiente para o combate dos inimigos do Estado. O melhoramento da norma jurídica adicionada a observância de preceitos constitucionais, talvez, inibiria as ações de grupos perigosos.

Por todo o exposto, é patente que, o Regime Disciplinar Diferenciado, analisa não o delito cometido pelo indivíduo, mas sim a sua periculosidade diante do sistema. Com isso, os preceitos insculpidos no Direito Penal, e principalmente na Constituição Federal são afastados, de modo que este se aproxima da ideia insculpida no Direito Penal do Inimigo, o que não deve 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: 08/08/16.

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

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

BRASIL, Conselho Nacional De Política Criminal e Penitenciária. **Parecer–RDD**. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/conselhos/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD.pdf>>. Acesso em 22 de julho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 91874 RS. Relator: Min Carlos Brito. Julgamento:31/08/2007. Partes: Leanderson Rodrigues dos Santos, Gisela Antia de Almeida e Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776182/habeas-corpus-hc-91874-rs-stf>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

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 de agosto de 2016.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado Como Produto Do Direito Penal Do Inimigo**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27/02/2016.

CONGRESSO NACIONAL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 03 de julho de 2016.

CONGRESSO NACIONAL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm congresso nacional.> Acesso em: 03 de julho de 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 07 de junho de 2016

CONGRESSO NACIONAL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 de Junho de 2016.

FARIAS, Christiano Chaves. **Direito Civil: Teoria Geral**. 2ª ed. São Paulo: Lúmen Júris.2005,v.1.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 11. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 1987. V.1

GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal Do Inimigo**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 27/02/2016.

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 26 jul. 2016

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189 p. (Série ciência do direito penal contemporânea ; 10) ISBN 978-85-203-3100-2

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 1 : parte geral**. 17. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. 885 p. ISBN 978-85-7626-819-2.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 118 p. ISBN 9788573487923.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro:Forense, 1942.v.II

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

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: volume 1 : parte geral : arts. 1º a 120**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, Rio de Janeiro: Forense, 2014. 989 p. ISBN 978-85-309-4497-1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. 11. ed. São Paulo:Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. 353 p. ISBN 978-85-362-2060-4

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): inconstitucionalidade**. Jurisprudência comentada. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina>>. Acesso em 29 de julho de 2016.

NUCCI, Guilherme De Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, volume 2, 8ª ed. ver., atual. e ampl. rio de janeiro: forense, 2014.

_____. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1179 p. ISBN 9788520346426

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1 : parte geral**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 701 p. ISBN 978-85-203-3267-3.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1 : parte geral**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 873 p. ISBN 978-85-203-4215-2.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Boletim do Instituto de Ciencias Penais**, belo Horizonte, dez. 2000.

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

SECRETÁRIA 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 de julho de 2016.

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. ISBN 85-203-2266-2

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Volume 1. 7ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.