

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DE
UM DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Mônica de Souza Paim Catoci de Godoi

Presidente Prudente/SP

2007

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DE
UM DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Mônica de Souza Paim Catoci de Godoi

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

Presidente Prudente/SP

2007

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO

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

Mário Coimbra
Orientador

1º Examinador

2º Examinador

Presidente Prudente-SP, de novembro de 2007.

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.

Cesare Beccaria

Dedico este trabalho monográfico à minha família, sem a qual minha dedicação aos estudos sequer teria se iniciado.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos iniciais vão dirigidos ao meu orientador e amigo, Doutor Mário Coimbra, pois sem seu incentivo, compreensão e colaboração, este trabalho não se realizaria.

Ainda, um especialíssimo agradecimento ao meu esposo Henrique, pois por intermédio dele, pude ter acesso a um extenso material de pesquisa, o seu tempo destinado a colaborar com este trabalho foi essencial para vencer os obstáculos que envolveram este estudo.

Agradeço, com grande estima, a professora Maria de Lurdes Thomaz, que foi tão importante na minha vida acadêmica, em especial, na revisão desta monografia.

Como não poderia ser diferente, agradeço a todos os amigos da faculdade que me acolheram e me apoiaram nesta caminhada, propiciando momentos inesquecíveis.

Não poderia deixar de agradecer a todos os professores da Toledo, pelo convívio, apoio, compreensão e amizade dedicados a mim.

Por fim, agradeço a Deus, pois só com o amparo Dele alcancei vitórias e enfrentei da melhor forma possível os desafios que me foram apresentados nestes cinco anos de Faculdade.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pela Lei 10.792/03 e a afirmação de que o mesmo compreende uma vertente do chamado Direito Penal do Inimigo. Nesta perspectiva, partir-se-á de um enfoque histórico, primeiro, do Direito Penal em geral, depois, especificamente, no Brasil. Na seqüência, conduzir-se-á o leitor por todo conteúdo teórico referente à pena privativa de liberdade, com um enfoque principal aos regimes prisionais, para, finalmente, apresentar de forma mais detalhada um estudo do regime disciplinar diferenciado, inclusive, com elucidações sobre a sua constitucionalidade. Por fim, um destaque será feito sobre o regime em comento pugnar pelo abandono do ideal ressocializador da pena, filiando-se, assim, à corrente que defende a exclusão de elementos ditos irrecuperáveis, contrários à estrutura estatal, portanto, passíveis da aplicação do chamado Direito Penal do Inimigo, pois, consistem em um perigo que deve ser afastado. Durante a presente pesquisa defender-se-á que políticas criminais de exclusão são equivocadas e devem ser afastadas do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se coadunam com um Estado Democrático Social e de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal. Pena. Prisão. Execução penal. Regime prisional. Regime Disciplinar Diferenciado. Preso. Dignidade. Humanidade. Ressocialização. Inimigo.

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the institute of the Regime to Discipline Differentiated, instituted by the Law 10.792/03 and the statement that the same understands a slope of the Enemy's Penal Right call. In this perspective, it will break of a focus historical, first, of the Penal Right in general, then, specifically, in Brazil. In the sequence, it will behave the reader for every theoretical content regarding the private punishment of freedom, with a main focus to the prison regimes, for, finally, to present in a more detailed way a study of the regime to discipline differentiated, besides, with elucidations on your constitutionality. Finally, a prominence will be made on the regime in I comment to fight for the abandonment of the ideal resocializator of the punishment, joining, like this, to the current that defends the exclusion of unrecoverable elements, contrary to the state structure, therefore, susceptible to the application of the Enemy's Penal Right call, because, they consist of a danger that should be moved away. During to present research it will defend that criminal politics of exclusion are mistaken and it should be moved away of the Brazilian juridical rule once they are not incorporated with a Social Democratic State and of Right.

Keywords: Penal right. Punishment. Prison. Penal execution. Prison regime. Regime to Discipline Differentiated. Prisoner. Dignity. Humanity. Resocialization. Enemy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL	12
2.1 Direito Penal Romano.....	12
2.2 Direito Penal Germânico.....	14
2.3 Direito Penal Canônico.....	15
2.4 Direito Penal Comum.....	17
2.5 Direito Penal no Século das Luzes.....	18
2.5.1 Cesare de Beccaria.....	19
2.5.2 John Howard.....	20
2.5.3 Jeremias Benthan.....	21
3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL NO BRASIL	23
3.1 Período Colonial.....	23
3.2 Período Imperial.....	24
3.3 Período Republicano.....	25
4 TEORIAS DA PENA	27
4.1 Conceito.....	27
4.2 Teorias Sobre a Função da Pena.....	27
4.3 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena.....	28
4.3.1 Teoria de Kant.....	29
4.3.2 Teoria de Hegel.....	30
4.4 Teorias Relativas ou Preventivas da Pena.....	30
4.4.1 Teoria da Prevenção Geral.....	31
4.4.2 Teoria da Prevenção Especial.....	32
4.5 Teoria Mista ou Unificadora da Pena.....	33
4.6 Teoria da Prevenção Geral Positiva.....	35
4.6.1 A Prevenção Geral Positiva Fundamentadora.....	35
4.6.2 A Prevenção Geral Positiva Limitadora.....	36
5 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	38
5.1 Sistema Filadélfico.....	38
5.2 Sistema Auburniano.....	39
5.3 Sistemas Progressivos.....	40
5.4 Reformatórios.....	41
5.5 Sistema Penitenciário Brasileiro.....	42
6 NASCIMENTO DA PENA DE PRISÃO	43
6.1 A Antiguidade.....	43

6.2 A Idade Média.....	45
6.3 A Idade Moderna.....	46
7 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	49
7.1 Reclusão e Detenção.....	50
7.2 Regimes Prisionais.....	51
7.2.1 Regime Fechado.....	52
7.2.2 Regime Semi-aberto.....	54
7.2.3 Regime Aberto.....	57
7.2.4 Regime Especial.....	60
7.2.5 Regime nas Contravenções Penais.....	61
7.2.6 Regime Disciplinar Diferenciado.....	63
7.3 Progressão e Regressão.....	63
7.3.1 Exame Criminológico.....	63
7.3.2 Progressão.....	65
7.3.3 Progressão nos Crimes Hediondos.....	67
7.3.4 Regressão.....	70
8 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	72
8.1 Antecedentes.....	72
8.2 O Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal.....	76
8.3 O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito à Progressão de Regime.....	83
8.4 Da Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.....	86
8.4.1 O RDD Frente ao Princípio Constitucional da Presunção da Inocência.....	88
8.4.2 O RDD Frente ao Princípio Constitucional da Legalidade.....	89
8.4.3 O RDD Frente ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade.....	92
8.4.4 O RDD Frente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade.....	93
8.4.5 Posição Favorável à Constitucionalidade do RDD.....	98
8.5 O Regime Disciplinar Diferenciado Como Expressão de um Direito Pena do Inimigo.....	99
8.5.1 As Proposições de Günther Jackobs sobre o Direito Penal do Inimigo.....	99
8.5.2 O Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal de Terceira Velocidade.....	102
8.5.3 Críticas de Manuel Cancio Meliá ao Direito Penal do Inimigo.....	103
8.5.4 Características do RDD que o Qualificam como um Direito Penal do Inimigo.....	104
9 CONCLUSÃO.....	109
BIBLIOGRAFIA.....	113
ANEXO.....	122

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca examinar a polêmica existente em torno da criação de um Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), em conformidade com as disposições do artigo 52 da Lei de Execução Penal, o qual teve sua redação alterada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Para uma melhor compreensão do tema, será relevante fazer uma abordagem histórica que permita ao leitor conhecer a evolução dos aspectos jurídicos, políticos e sociais que envolveram o regime em epígrafe.

Será necessária, também, uma análise com relação à constitucionalidade do referido Regime. Em tal análise há de se perquirir se o regime *in tela* respeita direitos e garantias fundamentais, se atende às finalidades primordiais da pena, ou seja, a prevenção e a repressão; se se preocupa com a ressocialização do preso lhe proporcionando meios de reeducação e reinserção.

Quer parecer, a princípio, que a sua utilização tem servido apenas como um instrumento de exclusão de presos indesejáveis, no desesperado intuito do poder público em coibir os motins em estabelecimentos prisionais e os ataques à sociedade promovidos por organizações criminosas, cujas gerências estão sediadas dentro dos próprios estabelecimentos prisionais.

Dessa forma, através de um cotejo entre a legislação, a doutrina e as diversas publicações que debatem o tema, espera-se verificar se a implantação de um regime disciplinar diferenciado seria a melhor solução à questão da indisciplina que macula o sistema carcerário brasileiro.

Não tem este estudo a pretensão de esgotar o assunto, mas sim fomentar o debate que existe em torno da questão. Cabe, portanto, a seguinte afirmação: ao invés de criar um novo regime, melhor seria investir no já existente, que, se cumprisse fielmente suas diretrizes, bastaria para manter a eficácia do sistema carcerário brasileiro.

Assim, buscando entender uma política criminal que pugna pela adoção de um regime disciplinar diferenciado conhecido pela extrema rigidez em suas formas de aplicação, é interessante responder, por meio deste estudo, os seguintes questionamentos:

- a previsão infraconstitucional do regime disciplinar diferenciado está em consonância com os princípios e garantias constitucionais que abarcam o tema?

- o papel do RDD no sistema prisional brasileiro é de atender à finalidade da pena privativa de liberdade, ou apenas pretende excluir do sistema prisional comum o preso indesejável?

- o confinado em tal regime está submetido a tratamento desumano, que tem por consequência a lesão da sua saúde mental?

- o regime em comento abandonou o ideal ressocializador da pena e caracteriza-se como uma vertente do chamado Direito Penal de Inimigo?

Nessa toada, com o escopo de responder aos questionamentos aqui levantados, constatar-se-á que o RDD afronta direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal e por tratados que compõem o sistema internacional de direitos humanos, quando aplicado com inobservância das regras que garantem a saúde física e mental do confinado.

Ao restringir a comunicabilidade do preso com o mundo exterior, o RDD serve apenas de instrumento de controle e inibição das atividades ilícitas arquitetadas por organizações criminosas, infiltradas no sistema penitenciário brasileiro, demonstrando a incompetência do Estado em gerir os estabelecimentos prisionais. Em consequência disso, vigora a indisciplina no sistema carcerário tradicional, a qual reflete o abandono do poder público no cumprimento das diretrizes constantes da Lei de Execução Penal.

O prazo de isolamento do preso em regime diferenciado constitui fator preocupante, pois submete o confinado a condição desumana de vida.

O RDD reflete, assim, o imediatismo do Estado em solucionar o problema crônico de indisciplina que aflige o sistema prisional, contudo, não constitui medida adequada, pois não resolve a questão da incapacidade administrativa em controlar o ambiente prisional já vigente.

Por todo o exposto, estudar-se-á todas as possibilidades de incidência do novo regime, aferindo sua constitucionalidade, seus resultados práticos, sua adequação aos tratados internacionais, sua preocupação com a recuperação do preso e sua caracterização como um regime que visa tratar o preso como um inimigo e não como uma pessoa merecedora da proteção emanada pelo Estado Democrático Social e de Direito.

Por fim, restará evidente que o regime analisado é a tradução de uma política criminal inadequada, que atua impulsionada pela mídia e não afã de acalmar a população insatisfeita com a segurança pública, responde-se mais uma vez com uma legislação de pânico, incapaz de resolver problemas estruturais, que pouco tem a ver com o Direito Penal e sim com a ausência de políticas sócio-econômicas direcionadas para velhos problemas, como

educação, saúde, alimentação, emprego, moradia, enfim, tudo aquilo que todo o brasileiro sempre sonhou e que cada dia fica mais difícil alcançar.

Esquece-se que a violência não se resolve com mais violência, que o crime organizado continuará atuando em um país que está sempre lhe fornecendo mão-de-obra. É bem verdade que ser pobre não é sinal de criminalidade, mas isso funciona para aqueles que tem a chamada “resiliência” e resistem, mesmo diante de condições adversas e condutoras à criminalidade, todavia, também existem os que sucumbem e se entreguem ao consolo oferecido pelos criminosos.

É preciso lutar, principalmente, os operadores do direito, por políticas de inclusão, de oportunidade, que atinjam o coração de cada brasileiro, resgatando a moral, a retidão e a vontade de combater o crime e não de sucumbir a ele.

Por tudo isso, pretende-se debater o regime em comento, empregando, num primeiro momento o método histórico, no intuito de proporcionar ao leitor uma visão geral do regime em análise.

O estudo proposto ensejará, também, a utilização do método comparativo, pois este possibilitará o cotejo entre o sistema prisional tradicional e o proposto pelo regime em epígrafe.

Valer-se-á, ainda, do método indutivo, pois da análise do RDD será possível um confronto deste com o sistema carcerário tradicional.

Por fim, far-se-á o uso de pesquisa bibliográfica, com o fim de ponderar os vários posicionamentos sobre o tema em questão.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL

Para se ter uma efetiva compreensão do Direito, no contexto da sociedade atual, é preciso atentar para os seus aspectos históricos. Assim, segundo Luiz Régis Prado (2002, p. 47), “para bem entender uma legislação, é indispensável o conhecimento de sua evolução histórica”.

Ao analisar a história do Direito repressivo de outros períodos da civilização será possível a comparação com o Direito penal vigente, pois, por vezes, a conotação que este assume, em determinados momentos, somente é passível de entendimento quando tiver como referência seus antecedentes históricos.

Ao vislumbre da evolução punitiva tem-se, num primeiro momento, o crime como atentado contra os deuses e a pena como forma de aplacar a cólera divina. Posteriormente, o crime passa a ser visto como a agressão violenta de uma tribo contra a outra ou entre membros de uma mesma tribo e a pena como vingança de sangue, no primeiro caso, e vingança privada, no segundo. Em um terceiro momento o crime é conceituado como transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado e a pena como reação do Estado contra aqueles que se contrapõem à ordem estabelecida.

Ainda em sede de uma vingança privada há importante destaque a ser dado ao surgimento da Lei de Talião, pois esta determinava a reação proporcional ao mal praticado – “olho por olho, dente por dente” – o tratamento igualitário entre autor e vítima passa a vigorar consubstanciado no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tabulas (romanos).

2.1 Direito Penal Romano

É cediço que o Direito Romano proporcionou um ciclo jurídico completo e contribuiu e continua contribuindo de forma incomparável para a construção de diversos institutos jurídicos, desde o mundo antigo ao moderno.

Neste diapasão convém o destaque de algumas particularidades ocorridas, todavia, sem a menor pretensão de esmiuçar o tema.

Na época da fundação de Roma (753 a. C.) a pena ainda compunha-se de uma verdadeira simbiose entre Direito e religião, assim, a figura do Rei e do Sacerdote se fundiam e se revestiam de poderes ilimitados.

Em sede dos terrenos mais antigos da organização jurídica da Roma monárquica, prevalece o Direito consuetudinário, que se mostra extremamente rígido, formalista e solene. Destaca-se neste momento a figura do *pater familiae*.

Salienta-se que a Lei das XII Tábulas (séc. V a. C.), primeiro código romano escrito, é o marco inicial dos diplomas legais, é também a responsável pela limitação da vingança privada, pela utilização da lei de talião e pela admissão da composição.

É o Direito romano que oferece a distinção entre crimes públicos e privados. Os primeiros caracterizados pela traição ou conspiração política contra o Estado e o assassinato. Os segundos eram ofensas ao indivíduo.

Já no período da República e pelo seu teor casuístico, merece menção as *quaestiones perpetuae*, as quais não possuíam previsão legal e eram utilizadas para julgar os acusados de ações lesivas ao Estado.

A doutrina destaca que na época do Império ocorre o surgimento dos *crimina extraordinária*, que compreendiam uma nova modalidade de crime, inaugurada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica. Por consequência tinha-se a aplicação de uma pena individualizada à relevância do caso concreto.

Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 23) ensina que:

O núcleo do Direito Penal Romano clássico surge com o conjunto de leis publicadas ao fim da República (80 a.C.), com as *leges corneliae* e *Juliae*, que criaram uma verdadeira tipologia de crimes, para a sua época, catalogando aqueles comportamentos que deveriam ser considerados criminosos. As *leges corneliae* preocuparam-se, fundamentalmente, com os crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos – patrimoniais pessoais etc. -, enquanto as *legis Juliae* preocuparam-se, fundamentalmente, com os crimes praticados contra o Estado, seja pelos particulares, seja pelos próprios administradores, destacando-se os crimes de corrupção, dos juizes, do parlamento, prevaricação, além de alguns crimes violentos, como seqüestro, estupro etc.

Bitencourt esclarece ainda que a vingança privada tem seu fim registrado entre duas ou três décadas a.C., por consequência, a administração estatal a substitui e passa a exercer o *ius puniendi*, porém, o poder conferido ao *pater familiae* foi preservado, mas com restrições.

No tocante ao fundamento da pena, é corrente a afirmação de que era essencialmente retributivo.

Já com relação a prisão, esta tinha função diversa da atualidade, pois era usada somente como prisão-custódia para que os condenados aguardassem pela execução da pena propriamente dita.

Regis e Bitencourt destacam as principais características do Direito Penal romano, das quais convém a citação de duas que estão intimamente ligadas ao tema do presente estudo:

- a) asseveração do caráter público e social do Direito Penal;
- b) a pena vista como uma reação pública e o Estado como responsável por sua aplicação.

Por fim, encerra-se este relato de alguns aspectos históricos do Direito romano, asseverando que, neste período, não há de se falar em sistematização dos institutos penais, uma vez que os romanos trabalhavam-nos apenas casuisticamente.

2.2 Direito Penal Germânico

Caracterizado pela ausência de leis escritas, o Direito germânico é basicamente consuetudinário. O Direito compreendia uma ordem de paz e a sua transgressão uma ruptura da paz.

De acordo com a natureza do crime este era classificado em público ou privado. Ocorrendo a perda da paz, por crime público ou privado, qualquer pessoa poderia matar o agressor.

Havia também um dever de vingança, este era deflagrado quando da ocorrência de um crime privado, pois o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que executassem seu direito de vingança.

Transforma-se, assim, o Direito germânico numa verdadeira guerra familiar e a partir do século IX transmuda-se em direito pessoal.

Em 1495, com o advento da Paz Territorial Eterna o direito de vingança é extinto.

Segundo Luiz Reges Prado (2002, p. 52)

Entre os bárbaros germânicos vigorava a vingança de sangue, que somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição voluntária, depois obrigatória. Tal

instituição consistia, em geral, no dever de compensar o prejuízo sofrido com certa importância em pecúnia, objetivando a supressão da vingança privada.

Relevante se faz destacar as leis bárbaras das quais resulta o Direito Penal germânico, são elas: *Lex Salica* e *Lex Rupiaria* (séc. VI); *Pactus* (séc. VII); *Lex Alamannorum* (séc. VIII). “Caracterizaram-se por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo” (BITENCOURT, 2000, p. 26). Estas leis, em verdade, significavam a formalização do Direito costumeiro.

Posteriormente, o Direito germânico adotou a pena de talião, isso decorreu da influência causada pelo Direito romano e pelo cristianismo.

Interessante destacar que o sistema de composição apresentado pelos germânicos pode ser considerado o embrião que deu origem à pena de multa e à indenização civil.

Por fim, a responsabilidade objetiva, que importa em observar o resultado causado e desprezar o aspecto subjetivo, também é uma característica importante desse Direito. Desse modo o que se considera é o efeito danoso da ação, não sofrendo a pena nenhuma oscilação, tendo em vista a ocorrência de dolo, culpa ou caso fortuito. Advém daí a máxima: *o fato julga o homem*.

2.3 Direito Penal Canônico

A liberdade de culto foi proclamada pelo imperador Constantino (313 d.C.) deflagrando assim o Cristianismo, e por conseqüência, sua influência no Direito Penal. O imperador Teodósio I encarregou-se de consolidar tal interdependência, determinando o Cristianismo como única religião do Estado (379 d.C.). O próximo passo foi o advento da repressão penal de crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica.

Defini-se Direito Canônico como sendo o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana. Na vigência deste Direito o rei é o detentor do poder supremo, mas também é visto como filho da Igreja Católica. Há assim, uma união entre Estado e Igreja, mas esta permanece independente e superiora no campo religioso.

Num primeiro momento o Direito Penal canônico tem função disciplinar, posteriormente, devido à mitigação do poder estatal e ao fortalecimento da Igreja, passa a atingir religiosos e leigos.

A jurisdição eclesiástica apresentava a seguinte divisão: em razão da pessoa - quando qualquer delito fosse praticado por um religioso, este era julgado por um tribunal da Igreja; em razão da matéria - mesmo o criminoso sendo leigo, a competência eclesiástica era instalada.

No tocante aos delitos, eram classificados da seguinte forma: a) *delicta eclesiastica*, os quais eram de competência dos tribunais eclesiásticos porque atacavam o direito divino e, portanto, punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secundaria*, porque afrontavam a ordem jurídica laica, cabendo aos tribunais do Estado puni-los com as denominadas penas comuns e, eventualmente, com as *poenae medicinales* (punição eclesiástica); c) *delicta mixta*, violavam as ordens religiosa e laica, sendo assim, o tribunal que por primeiro tivesse conhecimento do delito o julgava, e quando fosse julgado pela Igreja cabia a aplicação da *poene vindicativae*.

Ainda com relação à punição prevalece a ordem moral na qual se equilibram interesses sociais e individuais. As penas eram *espirituales*, que alcançavam bens espirituais e direitos eclesiásticos, bem como *temporales*, abrangiam bens jurídicos de ordem leiga.

Sobre este contexto histórico leciona Luiz Regis Prado (2002, p. 55):

Em geral, as penas canônicas têm por escopo o arrependimento e a correção do delinqüente (*poenae medicinales*), bem como o restabelecimento da ordem social e a exemplaridade da punição - *poenae expiatoriae*. Tem-se que os tribunais eclesiásticos não aplicavam pena de morte (*Ecclesia abhorret a sanguine*), sendo que os que deveriam sofrê-la eram entregues às cortes laicas. Mas isso não quer dizer que a pena de morte instituída pelas leis seculares (v.g., delitos de heresia, usura) fosse oposta à vontade da Igreja. Ao contrário, essas leis foram expressamente autorizadas e mandadas observar.

Entre as características do Direito Penal canônico, relacionadas pela doutrina, convém, pela relevância com o tema desta pesquisa, a citação das seguintes:

- a) colaborou para a humanização das penas, proporcionando um fortalecimento do caráter público do Direito Penal. Ocorre um efetivo limite à vingança privada;
- b) asseverou que todos os homens são iguais perante Deus;
- c) contribuiu para o surgimento da prisão moderna - a palavra penitenciária decorre do vocábulo penitência.

Com relação à influência do Direito Canônico nos princípios que norteiam a prisão moderna, são relevantes os seguintes ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 28):

Afirma-se que as idéias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram transladadas ao direito punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinqüente. Os mais entusiastas manifestam que, nesse sentido, as conquistas alcançadas em plena Idade Média não têm logrado solidificar-se, ainda hoje, de forma definitiva, no direito secular. Entre elas, mencionam-se a *individualização* da pena conforme o caráter e temperamento do réu.

2.4 Direito Penal Comum

Informa a doutrina que da união dos Direitos Romano, Germânico, Canônico e dos direitos nacionais dá-se a formação do chamado Direito Penal Comum. Tem destaque no Direito Penal Comum, dentre seus integrantes, os romanísticos, uma vez que o retorno ao estudo do Direito Romano propiciou renascer na Europa, como bem denomina Luiz Regis Prado (2002, p.56), “o sentimento do Direito, de sua dignidade, de sua importância para assegurar a ordem e o progresso social”.

Há de se salientar que, nesse período, foi de grande importância a participação dos juristas comentaristas, pois analisaram os textos romanos tomando por base o Direito canônico e o Direito local. Por consequência, tem-se o surgimento das escolas dos glosadores e dos pós-glosadores, na Itália.

A importância maior desse período reside na extensa criação legislativa que se deu por impulso dos comentaristas.

Bruno (1967) apud Bitencourt (2000, p. 30) relata sobre essa época que:

[...] nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atroz, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer, multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração, os açoites.

É cediço que o Direito Penal desta época se revestiu de extrema crueldade na execução das penas, que só encontrou limitação na chamada reação humanitária, desencadeada pela Revolução Francesa.

2.5 Direito Penal no Século das Luzes

Razão e Humanidade! Com certeza o Direito Penal, após o advindo desses dois ideais norteadores, passará a figurar na sociedade de forma totalmente adversa daquela até então prevacente, ou seja, as mazelas e barbaridades apregoadas pelo antigo regime vão ser cabalmente rechaçadas pelos pensadores do Século das Luzes.

Segundo Bitencourt (2000) a leis, até então em vigor, caracterizavam-se por procedimentos de excessiva crueldade, utilizando-se, principalmente, dos castigos corporais e da pena capital. Privilégios eram distribuídos através do Direito, que lançava suas garras nefastas sempre em direção aos de condição social inferior.

Fazia-se premente defender as liberdades do indivíduo e enaltecer os princípios da dignidade do homem (GUZMAN apud BITENCOURT, 2000).

O Iluminismo é a concepção filosófica que passa a vigorar na época e tem como princípio básico “ampliar o domínio da razão a todas as áreas da experiência humana” (PRADO, 2006, p.76).

A referida filosofia, utilizando-se dos ensinamentos de Rousseau, conseguiu desvincular o Direito Penal das influências éticas e religiosas, teorizando o delito como uma violação ao contrato social e a pena como medida de segurança. Por conseqüência, entende-se que a pena deve ser proporcional ao crime e, na sua imposição, deve ser feita uma análise do indivíduo, de maneira que ela encontre sua eficácia sem tornar-se demasiadamente cruel.

Foram muitos os pensadores que se destacaram na época, todavia, se faz relevante citar apenas os que deram maior ênfase ao Direito Penal.

2.5.1 Cesare de Beccaria

Cesare de Beccaria, como defini-lo? Simples, um homem de visão e coragem. É corrente que suas idéias não eram novas, e sim inspiradas em grandes filósofos como Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Locke. Todavia, sua voz foi a melhor ouvida, pois ousou afastar-se dos doutos e repousar seu interesse no grande público, talvez por achar que assim estaria colaborando para a formação de uma sociedade mais igualitária.

Seu livro, *Dei Delitti e Delle Pene* (1764), foi escrito, segundo Cezar Roberto Bitencourt:

[...] com um estilo convincente, expressando os valores e esperanças de muitos reformadores de prestígio de seu tempo. Sugeriu mudanças que eram desejadas e apoiadas pela opinião pública. Surgiu exatamente no tempo em que deveria surgir. Serviu para destroçar muitos costumes e tradições da sociedade do século XVIII, especialmente através da ação dos protagonistas da nova ordem. Inegavelmente Voltaire impulsionou muitas das idéias de Beccaria. Não é exagero afirmar que o livro de Beccaria teve importância vital na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos.

Em que pese as dificuldades pelas quais passou para publicar seu livro, tendo inclusive que publicá-lo pela primeira vez anonimamente, seu esforço foi recompensado, pois sua obra marcou, sem dúvida, o nascimento do Direito Penal moderno.

Utilizando-se da teoria clássica do Contrato Social, ensina Beccaria que o homem sacrifica parte de sua liberdade por interesses pessoais, tendentes a satisfazer suas necessidades, desta forma, a melhor maneira de apaziguar suas necessidades, com segurança, é viver em grupos. Mas para pacificar os conflitos, inerentes ao ser humano, é necessário seguir condições, ou sejam, leis. Todavia, para garantir o cumprimento das leis faz-se necessário a imposição de penas àqueles que se recusarem a cumprir tais leis.

Ante o exposto acima, é digno de nota conferir na íntegra a conclusão de Beccaria (2003, p. 19):

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advem que cada qual apenas concorda em por no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; [...] constitui usurpação e jamais um poder legítimo. <grifo nosso>

Identificado o fundamento do poder de punir, Beccaria (2003, p. 20) aduz que a consequência deste é que “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social”.

Tem-se, assim, a afirmação do princípio da legalidade dos delitos e das penas, qual seja, os delitos e as penas são fixados por leis, e estas podem advir do poder legislativo.

Com certeza esse princípio constitui a maior contribuição do autor, mas podemos destacar ainda sua participação, entre outros, nos seguintes aspectos: em conferir à pena caráter utilitário e de prevenção, sendo sua aplicação proporcional ao delito; em defender o fim da tortura e da pena capital; em apoiar o tratamento igualitário de todos perante a lei.

Por óbvio estas singelas linhas são insuficientes para expressar toda a importância de Beccaria para o Direito Penal, contudo, o propósito delas e apenas ilustrar de forma sucinta a participação do referido autor no contexto do Século das Luzes.

2.5.2 John Howard

John Howard merece destaque pela sua atuação em obras de reformas do estado das prisões. Sua vocação filantrópica e humanitária motivou sua preocupação pelos problemas penitenciários.

Estudou as prisões da França, Holanda, Alemanha, Portugal e Turquia, e como resultado de suas pesquisas publicou o livro *The State of the Prison in England and Walles*, que tem grande expressão no Direito Penitenciário mundial.

Denunciou as precárias condições das prisões europeias e foi justamente sua exposição aos infectos ambientes, sem luz, sem ar, com confinados enfermos, mal alimentados e despojados de seus direitos naturais, que possibilitou que o filantropo fosse acometido pela célere *doença da prisões*, a qual causou sua morte.

Fundado em seus estudos, apresentou as seguintes propostas para melhoria das condições na prisão: “a) higiene e alimentação; b) disciplina diversificada para os presos provisórios e os condenados; c) educação moral e religiosa; d) trabalho; e) sistema celular mais humanizado” (DOTTI, 2005, p. 145).

Howard apregoava, também, a necessidade de envolver os magistrados na fiscalização das prisões, percebe-se aí o embrião da figura do Juiz das Execuções criminais. É também um dos precursores do princípio da classificação, uma vez que defendia a divisão dos encarcerados em três classes: dos processados, dos condenados e dos devedores.

Conforme ensina Bitencourt, o ilustre filantropo entendia, ainda, que as mulheres, os criminosos jovens e os maduros deveriam ficar apartados uns dos outros.

Por tudo isso, é inegável a contribuição de Howard para a humanização das prisões e reforma do sistema carcerário.

2.5.3 Jeremias Bentham

Jeremias Bentham é lembrado pela sua atuação na seara da Penologia, rechaçava a utilização de castigos desumanos, apregoando que o melhor método de controle social é aquele que se pauta pela ética.

Ensina que a ética é alcançada pelo utilitarismo, o qual é traduzido na busca da felicidade. Com essa base construiu sua teoria da pena.

Identifica como função principal da pena a prevenção de delitos semelhantes, atribuindo a tal função a denominação de prevenção geral. Em vista disso, atribuía à pena finalidade retributiva, considerando-a um mal necessário para se prevenir danos maiores à sociedade.

Todavia, criticava as condições precárias e ambientes de ociosidade difundidos dentro da prisão, pois esta acabava se tornando um meio de proliferar o delito.

Chama atenção a doutrina para sua maior contribuição, qual seja, a concepção do “Panóptico”, que compreende o projeto de Bentham para um estabelecimento penal ideal. Sua maior preocupação foi com a questão da segurança e controle do estabelecimento, de tal forma que apresenta um modelo de edifício construído de tal forma que os confinados pudessem ser vistos a todo instante, mas sem saber que eram vistos.

É interessante citar a descrição do “Panóptico” feita por Bentham (1979) apud Bitencourt (2000, p. 39):

[...] Uma casa de Penitência, segundo o plano que lhes proponho deveria ser um edifício circular, ou melhor, dizendo, dois edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis andares e podemos imaginar esses quartos com umas pequenas celas abertas pela parte interna,

porque uma grade de ferro bastante larga os deixaria inteiramente à vista. Uma galeria em cada andar serve para a comunicação e cada pequena cela tem uma porta que se abre para a galeria. Uma torre ocupa o centro e esta é o lugar dos inspetores: mas a torre não está dividida em mais do que três andares, porque está disposta de forma que cada um domine plenamente dois andares de celas. A torre de inspeção está também rodeada de uma galeria coberta com uma gelosia transparente que permite ao inspetor registrar todas as celas sem ser visto. Com uma simples olhada vê um terço dos presos, e movimentando-se em um pequeno espaço, pode ver a todos em um minuto. Embora ausente a sensação de sua presença é tão eficaz como se estivesse presente... Todo o edifício é como uma colméia, cujas pequenas cavidades podem ser vistas todas desde um ponto central. O inspetor invisível reina como um espírito.

Apesar de seus esforços a materialização de seu projeto só logrou êxito na inauguração de uma prisão na Inglaterra, e algumas características de seu projeto foram usadas na Penitenciária Central de Costa Rica.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL NO BRASIL

3.1 Período Colonial

Registra a história brasileira que no período antecedente ao colonial foi marcado pela utilização da vingança privada, acredita-se, também que, mesmo de modo empírico, os silvícolas tenham se utilizado da composição e a expulsão da tribo. As punições eram eminentemente corporais.

Já em tempos coloniais vigorava no Brasil o Direito importado de Portugal, ou seja, a nação brasileira figurava como uma verdadeira extensão de sua metrópole.

Desta forma, em sede do descobrimento brasileiro, a história do Direito pátrio é marcada pela aplicação das Ordenações Afonsinas (1446), aprovadas por D. Afonso V, posteriormente, pelas Ordenações Manuelinas (1521), aprovadas por D. Manuel I, e em 1569 tem-se a Compilação de Duarte Nunes de Leão, aprovada por D. Sebastião.

Quando se fala nos primórdios do período colonial, é preciso remarcar que o Brasil encontrava-se sob a atuação das capitânicas hereditárias, diante disso, o que se tinha era um arbítrio ilimitado dos donatários que ditavam o Direito, conforme seus interesses, revestindo-se de critérios próprios, o que levou a um regime jurídico caótico.

No tocante ao Direito Penal, atuavam no Brasil as Ordenações Filipinas (1603), aprovadas por Filipe II. Estas sofreram fortes críticas, recebendo a acusação de ser verdadeira reprodução da legislação anterior, todavia, revestida agora de obscuridades e antinomias, excesso de condutas incriminadas, tipificações conflitantes entre si. “A ausência de originalidade e os demais defeitos apontados receberam, no final do século XVIII, a designação de *filipismos*.” (PRADO, 2006, p. 113)

As Ordenações Filipinas permaneceram vigentes por dois séculos. Enquanto as nações mais avançadas viviam as beneficências do Século das Luzes, o Brasil sofria um retorno das mazelas do Antigo Regime, vivenciando um Direito Penal bárbaro, com penas desumanas, e muitas vezes aplicadas para garantir o interesse do fisco.

Sobre o tema ensina René Ariel Dotti (2005, p. 182):

O Brasil-Colônia sofreu, desde a sua descoberta até que se completasse o período da dominação portuguesa, as conseqüências graves de regimes fantásticos de terror

punitivo. Sobre o corpo e o espírito dos acusados e dos condenados se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. As *Ordenações Filipinas* – assim como as anteriores – desvendaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Contra os hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e demais bichos, sem autorização do rei, e muitos outros tipos pitorescos de autores, eram impostas as mais variadas formas de suplícios com a execução das penas de morte, de mutilação e da perda da liberdade, além das medidas infamantes.

Enfim, o povo brasileiro vivia sob a égide do Direito Penal do terror, este alcançava os menos afortunados, mantendo imune uma restrita classe dos mais abastados.

3.2 Período Imperial

Em 07 de setembro de 1822, o Brasil alcança sua independência. Todavia, o país não dispunha de legislação própria, isso faz com que as Ordenações Filipinas continuem a vigorar até a elaboração de um novo código.

O Brasil, finalmente, encontra-se tomado pelo sentimento de reforma que há algum tempo já dominava o Direito Penal europeu. Segundo qualificada fonte, os juristas brasileiros passam a pleitear a aplicação de princípios fundamentais, tais como: irretroatividade da lei penal, igualdade de todos perante a lei e a restrição da pena à pessoa do condenado.

A Carta Magna brasileira de 1824 materializa os anseios do povo por uma sociedade pautada pela justiça e igualdade. Determina, então, a confecção de um Código Criminal que expresse as garantias e direitos fundamentais apregoados pelos iluministas.

Contam os historiadores que dois projetos para o novo código receberam destaque, e estes foram de autoria dos Deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos e Clemente Pereira, sendo o projeto do primeiro escolhido como o que melhor expressava os anseios da época.

Neste contexto e inspirado pela melhor doutrina o Brasil tem, em 1830, seu primeiro Código Criminal sancionado.

De relevo acentuar que o referido Código assumiu elevada posição internacional, sendo considerado como uma legislação original e de extrema qualidade. Em verdade, pode ser encontrado reflexo seu no ordenamento espanhol (1848), e em outras legislações latino-americanas da época.

Destacam os estudiosos que o sistema dias-multa surge pela primeira vez no Código Imperial.

No tocante às penas trazidas pelo novo Código, estas se revestiram das características apregoadas pelo movimento de reforma do sistema criminal reinante na época. Sobre o tema bem descreve René Ariel Dotti (2005, p. 190):

O movimento de reforma do sistema criminal teve como característica básica no quadro das sanções a redução das hipóteses da pena de morte e a eliminação da crueldade de sua execução, bem como a supressão das penas infamantes, exceto a de açoites, aplicada aos escravos.

[...]

A privação da liberdade passaria a ser uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais, de largo espectro nas Ordenações.

Com efeito, o Código Criminal do Império significou uma mudança crucial no Direito Penal brasileiro, dando-lhe um novo sentido, bem mais próximo da Justiça.

3.3 Período Republicano

Com a abolição da escravatura (1888) e a proclamação da República Federativa do Brasil (1889), o Código Criminal Imperial torna-se inadequado ao entendimento da nova realidade brasileira. O momento é de transformação, o Brasil precisa de uma legislação que se coadune com uma sociedade sem escravos e sem monarcas.

Para atender a tal necessidade, Batista Pereira é incumbido de organizar um novo Código Penal, o qual vem a ser aprovado e publicado em 1890.

Contudo, a atual obra legislativa não alcançou o mesmo prestígio do antigo Código Criminal, pelo contrário, a história a qualifica como uma obra deficiente, revestida de graves defeitos técnicos.

O fracasso do novo Código impulsionou a confecção de diversas leis extravagantes, que vieram na tentativa de melhorar o conteúdo do péssimo Código. Daí adveio a chamada Consolidação das Leis Penais, de autoria de Vicente Piragibe.

Todo o esforço para remediar o Código não logrou êxito, ao contrário, cada vez mais se sentia a necessidade de substituí-lo e, para isso, vários projetos foram propostos.

Contudo, só em 1942 passa a vigorar o novo Código Penal proposto em 1937 por Alcântara Machado e sancionado em 1940. Em que pese ter sofrido reformas, é este o Código vigente até hoje.

Dentre as várias leis que vêm atuando na reforma do Código Penal de 1940, de relevo acentuar duas delas: “Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que procurou atualizar as sanções penais, e a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu uma nova parte geral, com nítida influência finalista”. (BITENCOURT, 2000, p. 43)

No que tange às reformas pontuais sofridas pelo Código Penal vigente, é interessante citar o pensamento de René Ariel Dotti (2005, p. 217):

As modificações pontualizadas do CP traduzem o empenho do Estado em reprimir mais adequadamente certas formas de criminalidade. [...] O Governo e o Poder Legislativo têm proporcionado um grande volume de leis penais atendendo a setores da opinião pública e a pressão dos meios de comunicação, diante do impacto causado por determinados crimes contra a vida, o patrimônio, o meio ambiente, a economia popular e outros bens e interesses. [...] a realidade está demonstrando que o legislador é muito sensível à conjuntura das circunstâncias e que o *princípio da intervenção mínima* não vem sendo observado em prejuízo da maior eficácia do sistema penal.

Os relatos históricos, até aqui suscitados, possibilitam uma visão geral do Direito Penal estrangeiro e nacional. É possível concluir, também, que no decorrer da história, várias mudanças se fizeram necessárias, as penas desumanas e infamantes precisavam ser extirpadas das sociedades modernas.

Já as reformas recentes porque passa o Direito Penal, em especial, o brasileiro, como bem colocou o ilustre doutrinador acima destacado, não encontram a mesma justificativa, pois, compreendem a utilização das leis, mais como meio de apaziguar ânimos exaltados e esconder a incompetência em lidar com questões mais de caráter político-sociais, como, pobreza, saúde, educação etc, do que em alcançar uma necessidade real de reforma penal.

4. TEORIAS DA PENA

4.1 Conceito

Como bem destaca a melhor doutrina, a pena, situada na seara do Direito Penal, é uma das reações jurídicas, com previsão legal, ao cometimento de um injusto penal. Por meio dela o agente infrator é privado, ou restringido de bens jurídicos.

Em verdade, isso ocorre porque a pena é criação do Estado, está a serviço deste para que se possa garantir, facilitar e regulamentar o convívio dos homens em sociedade.

Diante disso é necessário estudar as teorias que buscaram explicar os fins e fundamentos da pena.

4.2 Teorias sobre a Função da Pena

Relevante se faz destacar que, num primeiro momento, vigora o entendimento de que a pena é um mal necessário. É dado então enfoque a uma concepção retributiva da pena, pois sua imposição é justificada pela necessidade de compensar o mal causado pelo infrator. Já em um segundo momento, com a influência transmitida pelos iluministas, a concepção da pena transmuda-se para um caráter preventivo.

É importante, ainda, entender que, nesse íterim, o conceito de culpabilidade alterou-se influenciado pelo aparecimento de novas orientações sobre a função da pena. Com efeito, “os fins da pena, como teorias que indicam a missão que tem a pena pública, são um meio adequado para concretizar o juízo de culpabilidade.” (HASSEMER, 1984, apud BITENCOURT, 1993, p.99)

Faz-se necessário ainda co-relacionar pena, culpabilidade e Estado, pois, as teorias da pena encontram-se relacionadas com o modelo sócio-econômico e a forma de Estado, ou seja, em determinado local, dependendo de como o Estado evolui, tem-se certa definição do sistema sancionador.

Nessa toada, ensina Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 99):

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

Cumpra, portanto, analisar as principais teorias que justificam o sentido, função e finalidade das penas. Para tanto, dar-se-á maior destaque para as teorias absolutas, relativas e unificadoras da pena. Convém, outrossim, tecer alguns comentários sobre a teoria da prevenção geral positiva da pena.

4.3 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena

O melhor entendimento da concepção retributiva da pena advém da análise do tipo de Estado que lhe deu aplicação.

Deste modo, é de relevo a análise do Estado absolutista, que teve como elemento principal a figura do soberano, revestida de poderes concedidos diretamente por Deus. Nesse sentido, a pena era vista como um castigo que expiava o mal cometido.

Aquele que infringisse as leis, na verdade, revelava-se contra o soberano, e, por conseguinte, contra a justiça divina.

Ensinam os historiadores que, neste período, tem-se o aumento da classe burguesa e do acúmulo de capital e, por isso, a pena proporcionava a exploração da mão de obra disponível nos cárceres.

Nesse contexto, fortalece-se o Estado liberal em detrimento do antigo regime. Sob o fulcro da razão, afasta-se a identidade entre o laico e o estatal, o poder de punir não advém mais da força divina e sim do acordo entre os homens para a melhor convivência.

Seguinte esta linha de orientação, a pena passa a ser vista como uma retribuição em decorrência do ataque à ordem jurídica estabelecida pelos homens e garantida pelas leis. Com sua aplicação a ordem é restabelecida.

As teorias retributivas incumbem à pena a árdua tarefa de realizar a Justiça, assim, a pena tem um fim em si mesma.

A propósito das teorias absolutas da pena, ensina Cezar Roberto Bitencourt (1993, p.102):

Através da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a Justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, frente ao mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se [...] porque delinqüiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.

Para ilustrar as teses absolutistas ou retributivas será dado destaque para a opinião de importantes pensadores, quais sejam, Kant e Hegel.

4.3.1 Teoria de Kant

Immanuel Kant é tido como um dos mais expressivos pensadores do idealismo alemão, com contribuição inestimável para a compreensão da teoria absolutista fundamentada na ordem ética.

Para Kant, aqueles que se rebelam contra a lei não merecem a cidadania. Ao considerar a lei um imperativo categórico, com função exclusiva de promover a Justiça, consegue encontrar fundamento que autorize o soberano a castigar, sem piedade, o infrator da lei.

De acordo com as reflexões kantianas, “a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência” (PRADO, 2006, p. 525). Portanto, a pena possuiria fim em si mesma, sem nenhum outro propósito a não ser o de retribuir ao delinqüente uma pena pelo fato de ter cometido o delito.

Ainda dentro desta linha de orientação, é interessante citar a opinião de Kant (1978) apud Bitencourt (1993, p. 105):

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

É possível concluir que, na visão de Kant, o homem não pode ser usado como exemplo dentro da sociedade, tal atitude não é permitida pela ética, ele deve responder por seus atos, e não servir de instrumento para solucionar problemas de ordem pública, como a

criminalidade. Promover a segurança é função do Estado e não dos indivíduos. Ou seja, para Kant, não há a menor possibilidade da pena adquirir caráter de utilidade social.

4.3.2 Teoria de Hegel

Jorge Guilherme Frederico Hegel é também um dos defensores da teoria retributiva da pena, todavia, seu enfoque é oposto ao de Kant, pois analisa o caráter retributivo da pena sob o fulcro da lógica-jurídica.

Hegel explica que a ordem jurídica é decorrência da vontade geral, portanto, aquele que comete um delito estaria negando a vigência da vontade geral. Assim, a maneira de se afastar esta negação é através do castigo penal que, quando imposto, possibilita a afirmação da vontade geral.

De acordo com essa concepção, o que compõe o Direito é a vontade racional, o que se opõe a ele é a vontade irracional. Assim, a pena serve para aniquilar a vontade irracional, e restabelecer o Direito, ou seja, a vontade racional.

Aludindo às proposições de Hegel, explica Bitencourt (1993, p. 107):

Aceitando que a pena venha a restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinqüente, igualmente se deve aceitar que a pena não é apenas um mal que se deve aplicar só porque antes houve outro mal, porque seria – como afirma o próprio Hegel – “irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior.” A imposição da pena implica, pois, no restabelecimento da ordem jurídica quebrada. [...] “somente através da aplicação da pena trata-se o delinqüente como um ser racional e livre.”

Portanto, na idéia hegeliana de Direito Penal é legítimo impor a pena como retribuição ao delito cometido, pois esta é essencial para compensar a agressão sofrida pela ordem jurídica e recuperar o equilíbrio perdido.

4.4 Teorias Relativas ou Preventivas da Pena

As teorias relativas ou preventivas da pena, distintamente da concepção absolutista, têm por princípio tornar possível a convivência em sociedade. Ou seja, o que se

pretende é trazer para a pena uma função utilitária, qualitativamente oposta ao impulso de vingança.

Para seus defensores a pena aplicada com mero sentido retributivo é inaceitável em um moderno Direito Penal, mais importante do que compensar o mal cometido é evitar que este torne a ocorrer.

Portanto, propõe-se à pena função preventiva que busque não retribuir a agressão cometida, não realizar justiça, mas sim evitar que novos fatos delitivos sejam cometidos.

De acordo com a divisão proposta por Feuerbach, será dado enfoque às duas direções da função preventiva, ou seja, a prevenção geral e a prevenção especial.

4.4.1 Teoria da prevenção geral

Por primeiro, convém esclarecer que as idéias preventivas são criação da corrente iluminista, surge, portanto, na passagem do Estado absoluto para o Estado liberal.

Interessante, ainda, suscitar que são defensores da referida teoria os ilustres pensadores iluministas Bentham e Beccaria, já relacionados como figuras importantes do movimento humanístico do Direito Penal.

Por esta teoria, o que se pretende é uma atuação das penas nos cidadãos em geral. Idealiza para a pena a produção de efeitos inibitórios, que gerariam na consciência de todos o temor pelas conseqüências jurídicas decorrentes da prática delituosa.

Com efeito, “a prevenção geral tem como destinatário a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social” (PRADO, 2006, p. 527).

É forçoso entender que a teoria da prevenção geral apregoava que a ameaça da pena levaria o indivíduo a um desejo de não cometer delitos. Todavia, falhou tal teoria em não considerar o fator confiança do indivíduo em não ser descoberto. Fiel a esta explanação é a seguinte conclusão de Bitencourt (1993, p. 118): “o pretendido temor que deveria infundir no delinqüente a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo”.

Como bem coloca a doutrina, a realidade demonstra que a presente teoria é insuficiente para alcançar a prevenção proclamada, prova disso são os infratores contumazes

que continuam a existir, não obstante todo o aparato legal disponibilizado para inibir o cometimento dos delitos.

4.4.2 Teoria da prevenção especial

A teoria da prevenção especial é distinta da prevenção geral, pois, ao contrário desta, procura atuar somente na figura do delinqüente em particular, para evitar que este volte a delinqüir no futuro.

Seus defensores, portanto, tomam por base a periculosidade do indivíduo e, dependendo desta o que se pretende é a correção e ressocialização do delinqüente, caso isso não seja possível, está justificada a sua separação do grupo social.

Justamente por levar em conta o elemento periculosidade, a teoria da prevenção especial é rechaçada pelos doutrinadores, pois sua utilização levaria a uma série de inconvenientes, tais como: sentença indeterminada, baseada na persistência da periculosidade; adoção de um Direito Penal do autor, pois toma por base o indivíduo e não o fato praticado.

Todavia, alguns aspectos dessa teoria são considerados positivos, dentre eles maior destaque é dado à consideração do delinqüente, em particular, ter contribuído para a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes e as condições pessoais do agente, o que, sem dúvida, desempenhou papel relevante no desenvolvimento de uma medição da pena.

Importante obstáculo à aplicação desta teoria se impõe, quando da hipótese de não se identificar no agente a necessidade de correção ou de emenda, portanto, ante à improbabilidade de reincidência, perder-se-ia a utilidade da pena, não sendo necessária sua aplicação, no caso em tese, o que, por consequência, levaria à impunidade do agente.

Outra questão, levantada pela doutrina, reside na aferição da periculosidade do indivíduo. Tal aferição ficaria sub-rogada a um juízo de valor hipotético, desprovido de elementos objetivos. Em outras palavras, não seria possível demonstrar com segurança que o agente praticaria delitos futuramente, portanto, a imposição da pena careceria de legitimidade.

Por fim, a teoria da prevenção especial é duramente refutada, quando se refere à ressocialização do delinqüente. Impor ao indivíduo que se compatibilize com os padrões criados pela sociedade viola de pronto o princípio da dignidade humana, pois a todos é garantido o direito de escolher suas próprias crenças e ideologias.

Com relação ao caráter ressocializador da pena, defendido pela presente teoria, é interessante citar a opinião autorizada e Munõz Conde (1979) apud Bitencourt (1993, p.128):

[...] a criminalidade é apenas mais um dos componentes da sociedade sã e que é a própria sociedade que a cria e a define. [...] até que ponto é legítimo exigir-se a ressocialização do delinqüente que nada mais é do que produto dessa mesma sociedade. [...] As normas sociais não são algo imutável e permanente às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas sim o resultado de uma correlação de forças sujeitas a influências mutáveis. Falar, portanto, de ressocialização do delinqüente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo, significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado.

Com muita propriedade Munõz aborda o tema da ressocialização do delinqüente e defende que a melhor ressocialização advém, na verdade, da aceitação, por parte do delinqüente, das normas vigentes e, jamais, da coação, pois isso atentaria contra os direitos fundamentais do cidadão.

Por fim, é corrente a conclusão de que a pretendida ressocialização deve ser objeto de incansáveis discussões, pois carece de profundas revisões para que possa efetivamente ser aplicada sem o perigo de incorrer numa manipulação do indivíduo.

4.5 Teoria Mista ou Unificadora da Pena

A teoria mista ou unificadora da pena caracteriza-se pela junção dos fundamentos retributivos e preventivos da pena. Destarte, a melhor análise conduz ao estudo da finalidade da pena, não sobre um único ponto de vista, mas sim levando em consideração toda a complexidade que recai sobre o tema.

Em síntese: a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial compõem um único fenômeno que é a pena.

Em apropriada explanação, ensina Luiz Regis Prado (2006, p. 534):

O que se observa é que a idéia de retribuição jurídica, reafirmação da ordem jurídica – num sentido moderno e secular da palavra – não desaparece, inclusive se firma como relevante para a fixação da pena justa que tem na culpabilidade seu fundamento e limite. De certa forma, conjugam-se expiação (compensação da culpabilidade) e retribuição (pelo injusto penal).

De acordo com Bitencourt (1993, p. 133) “as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal”. Assim, as disposições retributivas que apregoam a reafirmação do ordenamento jurídico, impondo ao infrator responder proporcionalmente ao delito praticado, possibilitam a aquisição de uma pena justa, todavia, esta não se dissocia do caráter preventivo, pois toda retribuição pode ser considerada uma prevenção, na medida em que suscita no apenado o desejo de não mais delinquir e, na sociedade, a consciência das conseqüências nefastas do crime.

É interessante citar a disposição de Luiz Regis Prado (2006, p.536) sobre a junção das idéias retributivas e preventivas:

A concepção unitária aqui sustentada considera que, embora o delito seja o fundamento inequívoco da pena e esta encontre sua legitimação no injusto culpável realizado, pode-se deixar de aplicá-la ou fazê-lo abaixo da medida do injusto culpável quando considerações de caráter preventivo assim o recomendem.

Por conseqüência, entende-se que utilizar a figura do delinqüente como mero exemplo (prevenção geral) não alcança legitimidade junto aos direitos fundamentais do homem, porque tal utilização levaria a ampliação da punição acima dos limites da culpabilidade, todavia, diante da desnecessidade da prevenção, pode-se deixar de aplicar ou atenuar a pena do delinqüente. Nesse sentido, encontra expressão na teoria unitária o conceito preventivo da pena.

Convém emprestar as idéias de Luiz Regis Prado (2006, p. 537), que com autoridade conclui:

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

Todavia, a teoria unificadora sofre fortes críticas no que concerne à combinação das proposições retributivas e preventivas. Nessa toada, alude Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 135):

O choque entre princípios, idéias, finalidades e fundamentos absolutamente distintos era inevitável. O que poderia resultar aconselhável em termos de prevenção geral,

poderia contrariar o princípio de culpabilidade ou de proporcionalidade, e ambos poderiam, inclusive, colidir com as previsões da prevenção especial. Os problemas decorrentes de tudo isso se concretizam na hora da cominação penal ou da determinação judicial e penitenciária da pena.

Por derradeiro, pode-se concluir como válido o esforço dos defensores da teoria mista em procurar concatenar os aspectos positivos das teorias retributiva e preventiva. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que pecou tal teoria em não considerar que os vários aspectos de cada teoria podem ser contraditórios entre si, e sua aplicação conjunta pode levar a resultados mais nefastos do que a atuação individual de cada uma delas.

4.6. Teoria da Prevenção Geral Positiva

A teoria geral positiva surge da insatisfação em relação às proposições das teorias unificadoras.

Duas são as divisões apresentadas por esta teoria: a prevenção geral positiva fundamentadora e a prevenção geral positiva limitadora.

4.6.1 A prevenção geral positiva fundamentadora

A prevenção geral positiva fundamentadora atribui como função única do Direito Penal afirmar a confiança dirigida às normas jurídico-penais. Assim, “mais importante do que a proteção de bens jurídicos é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica” (BITENCOURT, 1993, p. 135).

Diante disso, o Direito Penal apresentaria uma função ético-social tendente a suscitar nos indivíduos a lealdade ao Direito.

A teoria em destaque também foi bastante criticada. Afirmava-se que a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora defendia a aplicação da pena até mesmo quando a proteção de bens jurídicos se fazia desnecessária, pois seu único intuito era a reafirmação das normas penais infringidas.

Mir Puig (1986) apud Bitencourt (1993, p. 137), um dos críticos da referida teoria suscita: “Por que é necessária a imposição de um mal como a pena, se o que se busca não é a intimidação, mas evitar possíveis dúvidas sobre a vigência da norma violada?”

Baratta (1985) apud Bitencourt (1993, p. 137), ao apresentar seu exame crítico sobre a teoria em questão afirma: “sob o ponto de vista interno, a teoria em exame não explica por que a estabilização de expectativas deve ocorrer através da imposição de um castigo, e não através de outros meios menos graves e funcionalmente equivalentes.”

Entre outras críticas, essas foram de relevante importância para se refutar a presente teoria.

Por fim, pode-se concluir que a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora conduz a uma ampliação da resposta penal, em face de questões sociais, que deveriam ser solucionais por meio de outros mecanismos, que não têm relação com o Direito Penal. É importante lembrar que este deve atuar apenas como última opção.

4.6.2 A prevenção geral positiva limitadora

Contrapondo-se à prevenção geral positiva fundamentadora surge a teoria da prevenção geral positiva limitadora. Observa esta corrente que a prevenção geral deve limitar o poder punitivo do Estado.

Tomando por base esta orientação, os teóricos defendem o Direito Penal como mais uma forma de controle social, todavia, a diferença das demais formas de controle social reside no fato do Direito estar revestido pelo aspecto formal.

No tocante à característica limitadora defendida por esta teoria, é interessante observar o que sustenta Mir Puig (1986) apud Bitencourt (1993, p. 139):

A formalização do Direito Penal tem lugar através da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode – a não ser que se trata de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente deve ser uma realidade concreta.

Assim, Puig defende que princípios como o da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade seriam expressão da limitação conferida ao poder de punir do Estado. Por conseguinte, ter-se-ia uma prevenção geral positiva legítima, quando alicerçada nos limites consentâneos ao Estado social e democrático de direitos.

Côncio dessas idéias, têm-se, como efetivos fatores limitadores, os direitos do condenado, assim, “a principal finalidade, pois, a que deve dirigir-se à pena é à prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores – sem deixar de lado as necessidades da prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinqüente”.

Por esta teoria o que se defende é uma ressocialização não coativa, mas sim aceita pelo infrator e constituída de forma a proporcionar comunicação e inteiração entre infrator e sociedade.

Enfim, amparada num Direito social e democrático, a presente teoria coaduna-se com a prevenção geral e específica, mas apresenta esses conceitos sob a égide de limites tendentes a proporcionar uma efetiva ressocialização do cidadão.

5 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Em primeiro lugar, cumpre observar a diferença entre o que se entende por sistema penitenciário e regimes penitenciários. Assim, ensina Luiz Regis Prados que os primeiros são as formas políticas e sociais constitutivas das prisões; os segundos concernem às formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas.

Registra a história que, embrionariamente, as primeiras formulações de um sistema penitenciário surgem nos Estados Unidos. Em linhas gerais, no que concerne à execução da pena, a melhor doutrina elenca quatro sistemas penitenciários, são eles: sistema filadélfico; sistema auburniano; sistema progressivo; e reformatório.

5.1 Sistema Filadélfico

Com o objetivo de reformar as prisões, surge o sistema filadélfico, também chamado de pensilvânico ou celular. Por esse sistema o que se apregoa, fundamentalmente, é o isolamento do preso. De primeiro, tal isolamento deveria ser total, “vedado qualquer contato com o mundo exterior possibilitando-se apenas passeios esporádicos pelo pátio e leitura da Bíblia, com vistas ao seu arrependimento e à manutenção da ordem e disciplina” (PRADO, 2006, p. 543). Nessa toada, não se permitia nem mesmo o trabalho prisional.

Nas palavras de Mellossi e Pavarini (1985) apud Bitencourt (2000, p.92), tem-se que instituição estava de tal forma organizada que o “isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar os meios para salvar tantas criaturas infelizes”.

Todavia, o referido sistema não foi aplicado indistintamente, pelo contrário, procurou-se restringi-lo a presos considerados mais perigosos. Assim, os presos de menor periculosidade poderiam conviver em celas comuns e também trabalhar no mesmo ambiente durante o dia.

Com a evolução, entendeu-se por demais rigoroso manter o preso em isolamento total. Nessa perspectiva, foi preciso alterar o sistema inicialmente proposto, e, assim, atenuar o rigor inicial.

Por essa razão, “decidiu-se aliviar o isolamento individual, permitindo algum trabalho na própria cela” (BITENCOURT, 2000, p. 93). Ademais, conforme preleciona Luiz Reges Prado, possibilitou-se o contato da população carcerária com os diretores do presídio, os funcionários, os médicos, religiosos e educadores.

Contudo, é oportuno salientar que as medidas para atenuar o rigorismo do sistema não alcançaram êxito, sendo ainda por demais prejudicial o isolamento, mesmo nos termos agora presentes.

Em linhas gerais, a concepção do sistema celular teve por escopo atenuar o caos existente nos estabelecimentos prisionais daquela época. A bem da verdade, é que seu rigorismo impossibilita a reinserção social do preso.

5.2 Sistema Auburniano

Enquanto que o sistema de isolamento celular predomina na Europa, surge nos Estados Unidos, precisamente na cidade de Auburn, no Estado de Nova Iorque, o sistema auburniano.

Em que pese a afirmação de que não existiu diferença entre os dois sistemas, é importante salientar o contexto econômico que permeou cada sistema.

É corrente que a prática do isolamento absoluto vigente no sistema filadélfico interessava na Europa, porque lá não necessitava do trabalho prisional produtivo, pois já apresentava grande desenvolvimento das forças produtivas, pelo contrário, o que se almejava era um regime fechado em que o isolamento celular possibilitasse a redução da delinquência.

Já, nos Estados Unidos, a realidade era outra, ocorria grande aumento na demanda de trabalho, desta forma, o isolamento total ou privava o mercado da força de trabalho, ou tornava o trabalho antieconômico, uma vez que muitos enlouqueciam ou até mesmo morriam sob o suplício do isolamento.

Neste contexto, formula-se o sistema auburniano, procurando-se manter as vantagens da incomunicabilidade, sem seus inconvenientes. Nessa perspectiva, “obedecia à regra do trabalho diurno, em comum, dentro do mais rigoroso silêncio, e do isolamento celular noturno” (BRUNO, 1967, p. 69).

Em apropriada síntese, Aníbal Bruno (1967, p. 69) descreve o sistema auburniano:

Era um compromisso entre o regime celular absoluto, que cada vez despertava mais fundadas críticas, e o regime em comum, igualmente condenado. Com isso se desenvolveram as possibilidades de trabalho, que dificilmente se podiam realizar na exigüidade e solidão das células. Mas a prática do absoluto silêncio, cruel e embrutecedora, terminou por repudiar o sistema.

Constata-se, assim, que o sistema aubarniano não se preocupava com a reforma do delinqüente, o que se pretendia deste era sua obediência a fim de alcançar uma finalidade mais utilitária, que residia na exploração da mão-de-obra, por conseguinte, este sistema apresenta motivações predominantemente econômicas, com o intuito de desenvolver a força produtiva.

5.3 Sistemas Progressivos

Ante a constatação de que os sistemas filadélfico e auburniano “importavam em um tratamento de massa, que não atendia em nada às peculiaridades de cada criminoso, e sacrificava os interesses da disciplina, isto é, o objetivo superior da sua recuperação social” (BRUNO, 1967, p. 69), surgem os chamados sistemas progressivos, inglês e irlandês, que visavam a uma individualização do tratamento prisional.

Convém destacar que o sistema inglês foi idealizado por Alexandre Maconochie, todavia, este não conseguiu implementá-lo, coube, então, a Walter Crofton, na Irlanda, levar adiante tal sistema. Por isso, o sistema progressivo é também conhecido por sistema irlandês.

O sistema progressivo atua no sentido de proporcionar ao preso a possibilidade de participar do processo de sua libertação, embute, assim, um senso de responsabilidade àquele.

Maconochie constrói um sistema baseado em marcas, que se delineiam da seguinte forma: o bom comportamento e a participação no trabalho propiciam a aquisição de vales que conduzem a uma redução da pena. “Assim, transformava-se a sentença de fixa em indeterminada e fazia-se depender a sua duração do próprio condenado, segundo o seu comportamento.” (BRUNO, 1967, p. 70).

Já Walter Crofton, utilizando-se das idéias de Maconochie, propõe uma divisão do cumprimento da pena em estágios e, conforme se ultrapassassem os estágios, as condições

ficariam menos penosas. Em linhas gerais, Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 303) descreve o sistema progressivo conforme ilustrado por Crofton:

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

É cediço que entre os sistemas filadélfico e auburniano, o sistema progressivo é o que melhor conduz à individualização da execução penal.

Merece especial relevo os sistema progressivo, pois este serve de base para a prática penitenciária moderna.

5.4 Reformatórios

Tomando por base o sistema progressivo, surge nos Estados Unidos os reformatórios.

Por primeiro, dedicavam-se aos menores; num segundo momento foi estendido a criminosos adultos. Sua principal característica é o implemento de atividades culturais e sociais que conduzissem à ressocialização do preso.

Cabe destaque ao Reformatório de Elmira (1876), o qual foi considerado um modelo a ser seguido. Todavia, este reformatório apresentava práticas que constituíam um contra-senso aos fins visados, tais como: rigidez acirrada e emprego aviltante de castigos corporais.

Com efeito, impõe reconhecer que os reformatórios não alcançaram o rendimento esperado. Pois, em que pese a proposta de humanização da pena, muitas instituições prisionais continuavam empregando, como acima destacado, castigos corporais e aviltantes, contrariando os fins propostos.

5.5 Sistema Penitenciário Brasileiro

O sistema penitenciário brasileiro adotado pelo Código Penal de 1940, em sua redação original, assemelha-se ao sistema progressivo, contudo, se delinea de tal forma que é considerado um sistema progressivo próprio. Dito de outra forma: não segue fielmente qualquer esquema preestabelecido, pois apresenta significativas modificações.

De acordo com o texto original do Código Penal de 1940, Luiz Regis Prado (2006, p. 545) discorre sobre o sistema progressivo brasileiro:

Apenas os condenados a pena de reclusão sujeitavam-se à progressividade, que englobava quatro fases. O recluso, inicialmente, passava por um período de isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses (art. 30, *caput*); em um momento posterior poderia trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou em obras ou serviços públicos, fora dele, sujeitando-se a isolamento noturno (art. 29, § 1º e 30, § 1º); o recluso de bom procedimento poderia ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar, desde que cumpridos metade da pena (quando igual ou inferior a três anos) ou um terço desta (se superior a três anos) – artigo 30, § 2º; já o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado a pena de reclusão superior a três anos, se atendidos os requisitos do artigo 60. O condenado a pena de detenção, a seu turno, não estava sujeito ao período de isolamento diurno e poderia escolher o trabalho segundo suas aptidões ou suas ocupações anteriores (art. 31, *caput*).

Posteriormente, o sistema progressivo brasileiro é modificado pela Lei 6.416/1977, dentre outras, a principal alteração é a criação dos regimes de cumprimento de pena: fechado, semi-aberto e aberto.

Já em sede da reforma da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, o sistema penitenciário pátrio sofre novas alterações, sendo destaque o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior para que se tenha direito à progressão.

Mais recentemente a Lei 10.792/2003 imprimiu importante alteração ao sistema progressivo, suprimindo a necessidade do exame criminológico, utilizado para aferir a possibilidade do criminoso progredir de regime penal.

Por derradeiro, o sistema progressivo brasileiro, atualmente, impõe o cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena no regime anterior e a necessidade do preso ter bom comportamento. Nada obstante isso, devem ser observadas também as vedações legais à progressão.

6 NASCIMENTO DA PENA DE PRISÃO

Michel Foucault (2004, p. 9) traz em sua obra o seguinte exemplo de suplício:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Largamente utilizado no decorrer da história, o suplício reflete um período em que as penalidades tinham como enfoque apenas o corpo do delinqüente. Com o passar do tempo, tal enfoque se desloca para a alma, pois, atingindo esta se acreditava alcançar a correção do delinqüente.

É neste contexto que surge a pena de prisão, utilizada como instrumento de dominação e disciplina do homem. É, nesse ínterim, visualizada como um mal necessário.

Apresentado esse quadro, para um melhor entendimento do assunto, convém analisar a utilização da prisão nos períodos da história da humanidade.

6.1 A Antiguidade

É cediço que a utilização do encarceramento de delinqüentes perde-se na imensidão do tempo, todavia, na antiguidade, não há de se falar em privação da liberdade como sanção penal. “Até o século XVIII a prisão serviu somente aos fins de contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados, ou executados” (BITENCOURT, 1993, p.14).

Neste longo período, recorria-se ao suplício que compreendia as penas corporais dolorosas, verdadeira arte de causar sofrimento. É preciso entender que não constituíam as únicas penas, havia também outras, como a pena de morte, o exílio, o banimento e a multa.

Com grande propriedade Michel Foucault (2004, p. 31) descreve sobre o suplício:

Além disso, o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas grandes exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima [...]; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. [...] A Justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível.

Com o predomínio das atrocidades que caracterizam esta época, as prisões mostram-se como uma espécie de preparo para os suplícios, nelas o confinado é exposto a todo tipo de sofrimento, com a freqüente imposição da tortura e de condições subumanas de vida.

Sendo a Grécia e Roma a expressão das civilizações mais antigas, é de relevo o destaque da utilização da prisão por estes povos.

Na Grécia serviu a prisão, também, como condição para que se pudesse executar outras penas, ou seja, servia apenas para guarda do delinqüente até a efetiva execução do castigo imposto.

Em que pese a Grécia não ter conhecido a prisão como pena, seu filósofo Platão propõe em seu nono livro, *As Leis*, três tipos de prisão: “uma na praça do mercado que servia de *custódia*; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção; e uma terceira destinada ao *suplício*, localizada distante da cidade” (BITENCOURT, 2004, p. 461).

Cumprir observar que se aplicava, na Grécia, a prisão ao devedor que recusava pagar sua dívida, ficava, portanto, como escravo do credor até a quitação da dívida.

Já no tocante à civilização romana, aduz a doutrina que esta só conheceu a prisão com fins de custódia. Ademais, assim como na Grécia, exerciam, os romanos, o aprisionamento e reclusão de seu devedor até que saldasse a dívida.

Havia em Roma, ainda, o chamado *ergastulum*, que consistia em um local reservado para o aprisionamento de escravos, quando era necessário que seu dono os castigasse. Assim, os escravos podiam ser mantidos reclusos de forma temporária ou perpétua.

Por derradeiro, a prisão, nesta época, tem finalidade precípua de custódia, apenas preservando o criminoso para o castigo vindouro. Até, por isso, não há a preocupação em formular uma arquitetura penitenciária própria, reservando a guarda dos confinados a lugares totalmente inadequados e, no mais das vezes, insalubres.

6.2 A Idade Média

Permanece nesse período o predomínio dos suplícios. O enfoque é a influência dos castigos na consciência do cidadão, a idéia é proporcionar o medo coletivo. E a prisão continua atuando no sentido de custodiar o acusado, evitando que se furte do castigo futuro.

Nessa perspectiva, os castigos corporais serviam de espetáculo para um povo bárbaro, ávido por sangue. Nenhuma preocupação era dispensada ao réu, eram tratados com total desvalor, deixados em calabouços fétidos e insalubres, onde se misturavam todo tipo de delinqüente, homens, mulheres, jovens, adultos e crianças.

Mais uma vez não há de se falar em pena privativa de liberdade. Prevalece o direito germânico, o qual utilizava-se das penas capitais e corporais.

Ao tempo medieval o arbítrio dos governantes não encontrava qualquer limitação, estes dispunham das sanções criminais a seu bel-prazer, normalmente, impingindo-as contra os de classe inferior e privilegiando os mais abastados.

Contrastando com o predomínio dos suplícios, surge, nesta época, a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Todavia, não cabia a todo e qualquer infrator e sim a algumas pessoas. Aludindo sobre as supracitadas prisões, ensina Cezar Roberto Bitencourt (1993, p.18):

Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometidos delitos de traição ou os adversários políticos dos governantes.

[...]

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos Cléricos rebeldes e respondia às idéias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação.

A prisão-Estado subdivide-se em duas espécies: prisão custódia, para que se aguarde a aplicação da pena cominada; e prisão temporal ou perpétua.

Maior destaque é dado pela doutrina à prisão canônica, pois esta mudou a perspectiva da sanção penal, deslocando-a do enfoque corporal para o espiritual.

José Frederico Marques (1956, p. 124), em apropriada síntese, explana sobre o tema:

O Direito Canônico do período medieval que tirou do direito secular as penas expiatórias transformou a prisão, de providência tão-só preventiva, em castigo, com o isolamento em calabouço, para salvaguarda moral dos presos e também com o fito de levar o condenado, com a inação obrigatória, a purificar sua alma.

Com efeito, a prisão Canônica compreende um avanço em relação aos suplícios e atrocidades do regime secular, contudo, é distinta da prisão moderna, não podendo ser com esta comparada.

Por fim, constata-se, ainda, a atuação do direito ordálico no período medieval, o que deixava o indivíduo entregue à própria sorte mediante provas bárbaras as quais era submetido.

Inobstante, reinar, neste período, um direito corrompido, foi de grande importância para a prisão moderna a influência do Direito Canônico, pois este é embrião das primeiras idéias sobre a reforma do delinqüente.

6.3 A Idade Moderna

Registra a história que, por volta dos séculos XVI e XVII, a Europa é tomada por grande pobreza ocasionada pelas guerras religiosas. Os crimes outrora, em sua grande maioria, violentos, deslocam-se para o patrimônio. O suplício passa a incitar na população um sentimento de revolta contra o soberano e solidariedade para aquele que agora é visto como vítima da classe dominante, que usurpa do poder de punir.

Diante do exposto, é oportuno suscitar os ensinamentos de Michel Foucault (2004, p. 63):

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII. [...] O suplício torna-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir.

E mais adiante continua Foucault (2004, p. 64):

Desde o fim do século XVII, com efeito, nota-se uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de um modo geral, das agressões físicas; os delitos contra a propriedade parecem prevalecer sobre os crimes violentos; o roubo e a vigarice sobre os assassinatos, os ferimentos e golpes.

O panorama Europeu proporcionou, como dito inicialmente, grande pobreza por todo continente, por conseqüência, a delinqüência atingiu patamares que não permitiam mais a pena de morte, pois o número de mortos seria imensurável.

Inicia-se, então, na segunda metade do século XVI, a utilização das prisões não mais com simples finalidade de custódia, mas sim como pena privativa de liberdade. “A pena privativa de liberdade, ou prisão, ou ainda pena carcerária, data do século XVI, tendo sido na Holanda o lugar em que primeiro foi empregada com o caráter que hoje tem” (MARQUES, 1956, p. 124).

O intuito era utilizar as instituições prisionais como forma de se defender da crescente insegurança que vigia na época. Uma minoria detentora da riqueza, vendo-se ameaçada pela mendicidade, viu nas prisões uma maneira de proteger-se. Ademais, defendia-se que a utilização do trabalho e da disciplina dentro da prisão possibilitaria a reforma do delinqüente e desestimularia outros da prática da mendicância.

Referida idéia vinha de encontro com os interesses econômicos da época, pois, além do trabalho desenvolvido na instituição prisional permitir seu autofinanciamento, poderia ainda proporcionar vantagem econômica.

Nessa toada, sob a orientação do trabalho e da disciplina, surgiram várias casas de correção pela Inglaterra e Alemanha, e, posteriormente, por toda a Europa, corroborando para o desenvolvimento da pena privativa de liberdade.

De outro lado, surge também no século XVI a chamada pena de *galé*, que se constitui em uma prisão flutuante. Destaca-se pela crueldade com que os prisioneiros eram tratados.

Ao tempo de meados do século XVII ocorre importante obra no campo penitenciário, que influenciou, ainda que de forma embrionária, o Direito Penitenciário. “Trata-se do famoso *Hospício de San Felipe Neri*, fundado em Florença (em 1667), pelo sacerdote Filippo Franci, que pôs em prática uma idéia de Hipólito Francini.” (BITENCOURT, 2004, p. 468)

A referida instituição destinava-se ao tratamento, primeiramente, de crianças errantes, posteriormente, admitiu a incursão de jovens delinqüentes. Tem por interessante a

utilização de um regime celular, pois nos atos coletivos os internos permaneciam com a cabeça coberta por capuz, o que lhes impossibilitava a comunicação.

A doutrina elenca Jean Mabillon, monge beneditino francês, como figura de destaque na época. Sofreu esta influência de Filippo Franci, assim, ao tomar contato com o trabalho do sacerdote, escreve a obra intitulada: *Reflexões sobre as prisões monásticas*.

No tocante a esta obra, elucidada Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 27):

Essa obra considera a experiência punitiva do tipo carcerário que se havia aplicado no direito penal canônico e formula uma série de considerações que antecipam algumas das afirmações típicas do Iluminismo sobre o problema penal. Defende a proporcionalidade da pena de acordo com o delito cometido e a força física e espiritual do réu. Dá grande importância ao problema da reintegração do apenado à comunidade, e, neste sentido, pode ser considerado um dos primeiros defensores desta idéia.

Partidário das técnicas de isolamento, é considerado por alguns autores como embrionário das idéias cultivadas no primeiro sistema penitenciário, qual seja, o filadélfico.

Por derradeiro, não há como deixar de citar o nome de Clemente XI, por sua importância na reforma carcerária e na defesa do caráter educativo e reabilitador da pena privativa de liberdade. Foi na Casa de Correção de São Miguel, fundada em Roma (1703), que colocou suas idéias em prática.

No intuito de alcançar a correção do delinqüente apregoava um regime misto, no qual o trabalho era realizado durante o dia coletivamente, mantendo os presos isolados no período noturno. Ademais, mesmo durante o trabalho os presos deviam manter silêncio absoluto. Nesta toada, Clemente entendia que o trabalho, a orientação religiosa e a rígida disciplina consistiam em mecanismos tendentes a proporcionar a correção.

7 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Como já comentado, inicia-se, na metade do século XVI, o movimento com a finalidade de desenvolver a pena privativa de liberdade. Todavia, até o século XVIII a prisão mantém como escopo ser instrumento para custódia processual. Assim sendo, as instituições prisionais existentes, em que vigora a pena privativa de liberdade propriamente dita, tem caráter excepcional.

Por volta do século XIX a pena privativa de liberdade alcança seu apogeu, consagra-se, assim, como a mais conveniente forma de punição. Nesse tocante, ensina Aníbal Bruno (1967, p. 59):

Com o declínio das penas corporais, já incompatíveis com o novo direito, as penas privativas de liberdade entram rapidamente a generalizar-se, passando a ocupar o primeiro plano no quadro das medidas punitivas, e, por fim, nelas veio a centralizar-se todo o sistema penal moderno.

Afastam-se da bruteza e violência das antigas punições, e a esse aspecto mais humano juntam as condições exigidas pela concepção atual da pena. Guardam o poder intimidativo, pelo qual realizam a função de prevenção geral, e atuam sobre o criminoso, segregando-o, para impedir que cometa novos crimes e para submetê-lo a um regime que promova o seu reajustamento social.

Com efeito, a prisão surge como o aparelho disciplinar ideal para ser utilizado como castigo igualitário e, ademais, “permite quantificar exatamente a pena segundo a variável tempo” (FOUCAUT, 2004, p.196).

Funda-se, assim, com o ideal de recompor a personalidade do indivíduo dentro das diretrizes traçadas pelo Direito.

Sem embargo de tal instituição justificar-se pela sua necessidade, há de se destacar que fracassou em todos os seus objetivos, todavia, continua sendo considerada um mal necessário, vez que não há o que se colocar em seu lugar. Apropriadamente resume Michael Foucault (2004, p. 196): “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

Em que pese as críticas que esta instituição vem recebendo, em especial no tocante às penas de curta duração, salienta-se que continua com expressiva atuação no sistema penal vigente, urge, portanto, sua análise.

7.1 Reclusão e Detenção

Originariamente, o Código Penal de 1940 elegeu a pena privativa de liberdade como gênero, do qual são espécies as penas de reclusão, detenção e a prisão simples.

A doutrina discute se há substancial diferença entre as penas de reclusão e detenção, com o devido respeito à parcela autorizada da doutrina que defende a inexistência de distinção entre tais espécies, é oportuno afirmar que podem, no plano fático, serem idênticas, no entanto, subsistem profundas diferenças a distingui-las no plano jurídico.

Destarte, faz-se necessário relacionar as principais diferenças que individualizam as penas de reclusão e detenção:

a) a pena de reclusão aplica-se aos crimes de maior gravidade, podendo ser iniciada em regime fechado; não é suscetível de fiança a ser concedida por autoridade policial; impõe a detenção nos casos de medida de segurança; exclui o poder familiar dos pais, tutores e curadores; determina a prioridade na ordem de execução, devendo, na concomitância com a detenção e prisão simples, ser primeiramente executada; e atua nos pressupostos da prisão preventiva (artigo 313, I, do Código de Processo Penal);

b) a pena de detenção aplica-se aos delitos de menor gravidade; é vedado o início de seu cumprimento no regime fechado; autoridade policial pode conceder a fiança; não gera automaticamente a incapacidade para o exercício do poder familiar dos pais, tutores e curadores; deve ser executada somente após a pena de reclusão.

Com respeito ao tema cumpre, outrossim, aludir a aplicação das penas de detenção e reclusão, quando se tratar de crime, e a pena simples, quando se tratar de contravenção.

Em sintonia com o tema, alude Fernando A. N. Galvão da Rocha (2004, p. 494):

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

Com efeito, como bem destacou o ilustre doutrinador, no plano fático não há realmente distinção entre as espécies de penas privativas de liberdade, quanto a isso parcela expressiva da doutrina tem assim se manifestado. Como já dito, as diferenças restringem-se ao plano jurídico.

Nessa toada, convém aludirmos sobre o Projeto de reforma da parte geral do Código Penal brasileiro nº 3.473/2000, em trâmite no Congresso Nacional, que, talvez, refletindo a idéia de inexistência de distinção fática entre as espécies de pena privativa de liberdade, define toda e qualquer forma de privação da liberdade como pena de prisão.

7.2 Regimes Prisionais

No tocante aos regimes prisionais, importa informar que, num primeiro momento, a Lei 6.416/77 disciplinava sobre os regimes prisionais. Por esta lei tinha-se uma divisão de regimes para o cumprimento da pena privativa de liberdade, que levava em consideração as espécies de pena de reclusão e detenção, e tomava por base a periculosidade do condenado.

Com relação à classificação de regimes prisionais apresentada pela supracitada lei, Luiz Regis Prado (2006, p. 547) apresenta uma interessante descrição:

Enquanto os sentenciados perigosos eram forçosamente submetidos às regras do regime fechado, os não-perigosos, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderiam ser recolhidos a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, quando a pena excedesse àquele limite, ser posteriormente transferidos para esse regime mais benéfico, uma vez cumprido um terço dela em regime fechado (vide art. 30, §5º). Caso a pena imposta não fosse superior a quatro anos, poderia o condenado ser recolhido a estabelecimento de regime aberto desde o início, ou depois de cumprir um terço (pena superior a quatro e inferior a oito anos) ou dois quintos (pena superior a oito anos) em outro regime (art. 30, §5º, I, *a e b*).

Todavia, o legislador optou, posteriormente, por suprimir a periculosidade como um dos critérios utilizados na classificação do regime prisional e, assim, com o advento da Lei 7.209/84, o regime prisional passa a ser definido pela espécie e quantidade da pena, pela reincidência e pelo mérito do condenado.

Em consonância com o exposto, regula o artigo 33¹, do Código Penal brasileiro, que a execução da pena privativa de liberdade se dará em conformidade com três regimes: o fechado, o semi-aberto e o aberto. Cumpre salientar, que a pena de reclusão deverá ser cumprida nos três regimes e a de detenção nos regimes semi-aberto e aberto.

Nessa trilha, Irene Batista Muakad (1996, p. 64) ensina que:

O **regime é fechado** quando a arquitetura prisional, conduta da administração e o programa de execução procuram manter o condenado, o internado ou preso provisório em ambiente de maior restrição da liberdade de locomoção e com maior cautela contra fugas. **Semi-aberto** quando tais circunstâncias se reduzem e **aberto** quando, praticamente, não existem.

Cabe, portanto, analisar cada um deles, em separado, para que assim se possam compreender suas regras e formas de fixação.

7.2.1 Regime fechado

Conforme foi aludido, o regime fechado aplica-se para as penas de reclusão e deve ser executado em penitenciária, conforme dispõe o artigo 86 da Lei de Execução penal. O acesso a tal regime pode se dar por fixação inicial ou em sistema de regressão, este último será analisado no momento oportuno.

O Código Penal vigente conceitua o regime fechado no §1º, do artigo 33, tem-se, portanto, que regime fechado é aquele em que a pena deve ser executada em estabelecimento de segurança máxima ou média.

É oportuno aludir que o estabelecimento penal utilizado no presente regime é chamado de penitenciária. Convém elencar a lição de Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 607), que apropriadamente descreve este estabelecimento:

Os estabelecimentos de segurança máxima caracterizam-se por possuírem muralhas elevadas, grades e fossos. Os presos ficam recolhidos à noite em celas individuais, trancadas e encerradas em galerias fechadas. Existem sistemas de alarmes contra fugas e guardas armados. A atenuação dos elementos que impedem a fuga permite classificar o estabelecimento como de segurança média.

¹ Assim preleciona o artigo 33, *caput*, do Código Penal: “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.”

É interessante salientar que a Lei de Execução Penal preleciona que as penitenciárias destinadas a condenados homens devem ser construídas em locais afastados do centro urbano.

O legislador define também as condições de salubridade que devem conter tais estabelecimentos, como celas individuais destinadas para dormitório em que conterà vaso sanitário e lavatório. As celas também devem atender outros aspectos de salubridade como ventilação, insolação e condições térmicas que colaborem para manutenção da vida humana.

Além do já citado, o artigo 88 da Lei de Execução Penal impõe a observância de uma área mínima de seis metros quadrados, que devem ter as celas individuais.

O Código Penal brasileiro preocupou-se em definir regras para o trabalho a ser realizado pelo sentenciado em tal regime, sendo assim, caracteriza-se pelo trabalho interno durante o dia e isolamento no período noturno, com possibilidade, ainda, de trabalho externo em obras ou serviços públicos.

Com respeito ao regime fechado há de se assinalar sua forma de fixação como regime inicial para o cumprimento da pena. Diante disso, o artigo 33, §2º e o artigo 34, os dois do Código Penal vigente, determinam as hipóteses de cabimento do regime fechado e a realização de exame criminológico de classificação para a individualização da execução da pena.

Assim, cabe dizer que o presente regime aplica-se àqueles condenados à **pena de reclusão** e o seu ingresso, de forma inicial, no regime fechado orienta-se pelas seguintes regras:

a) o cumprimento da pena inicia-se no regime fechado, qualquer que seja a quantidade da pena, se for o condenado reincidente;

b) também, dar-se-á o início do cumprimento da pena em regime fechado para aqueles condenados não-reincidentes, cuja condenação tenha sido à pena superior a oito anos;

Vale lembrar, por fim, que o artigo 33, §3º determina a utilização do artigo 59, os dois do Código Penal, para fixação do regime de pena, assim, deve o magistrado valer-se das regras aqui já explanadas concatenando-as com critérios legais como a culpabilidade, os antecedentes, conduta social e outros. Nessa linha de raciocínio, poderia o magistrado também fixar o regime fechado para os condenados à pena de reclusão inferior a oito anos, mesmo que o réu fosse não reincidente, tomando por base as circunstâncias judiciais apresentadas pelo agente.

Como já suscitado, é exigência legal a realização do exame criminológico para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pois desta forma tem-se a individualização da pena.

Numa ligeira síntese, cabe destacar os ensinamentos de Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 308) sobre o tema:

No início do cumprimento da pena em regime fechado, o preso deve ser submetido obrigatoriamente a exame criminológico. Trata-se do exame bio-psico-social, que tem sido largamente debatido no campo da Criminologia, como exigência de melhor conhecimento da personalidade do delinqüente, para escolher a pena que lhe deve ser aplicada ou para orientar a execução da pena imposta. [...] A tendência é de prever o exame após a condenação, procurando-se através dele conhecer a personalidade do agente e os antecedentes do condenado, para orientar a individualização da execução penal. Nesse sentido encaminhou-se a lei brasileira. O exame criminológico é obrigatório para os que cumprem pena em regime fechado, sendo facultativo para os que são submetidos ao regime semi-aberto.

Com efeito, continua válida a aplicação do referido exame no início da fixação do regime penal. Em que pese a discussão atual se tal exame é cabível ou não para progressão de regime, discussão esta que a presente pesquisa pretende analisar no momento oportuno, é cediço destacar sua obrigatoriedade para a fixação do regime fechado no início do cumprimento da pena, conforme dispõe o artigo 34 do Código Penal e artigos 5º ao 8º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210).

Vale dizer, ainda, que tal exame é realizado por Comissão Técnica de Classificação constante de cada presídio e como já destacou o ilustre doutrinador Heleno Cláudio Fragoso, só pode ser realizado após o trânsito em julgado da sentença.

7.2.2 Regime semi-aberto

Informa a doutrina que a prisão de *Witzwill*, na Suíça foi a primeira a instituir o regime semi-aberto, o que proporcionou a ascendência do referido regime por todo o mundo.

O regime semi-aberto tem tratamento previsto nos artigos 33 e 35 do Código Penal e também em dispositivos da Lei de Execução Penal. *A priori*, a principal diferença deste regime em relação ao anteriormente analisado, é que sua execução se dá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

É bem verdade que, enquanto no regime fechado se proporciona uma rígida restrição à liberdade de locomoção do condenado, no regime semi-aberto prima-se por

amenizar tal restrição, pois “destina-se aos condenados dispostos a aceitarem a pena imposta, que devem submeter-se à disciplina do estabelecimento penal, sem necessidade de vigilância constante, pois o controle não é tão ostensivo quanto no regime precedente” (TASSE, 2003, p. 122).

Assim, em consonância com o exposto acima, o regime semi-aberto é caracterizado por estabelecimentos de segurança média, em que as prevenções quanto a fugas são minimizadas.

É considerado como uma fase intermediária, um interregno entre o cumprimento da pena e a liberdade. Entende-se que, nessa fase, o condenado já se encontra em grau mais evoluído de aceitação de sua condenação como consequência do crime praticado, todavia, ainda inexistente completa manifestação de aptidão para o regime aberto.

É interessante colacionar os ensinamentos de Adel El Tasse (2003, p. 122) sobre o presente regime:

O regime semi-aberto é, portanto, uma fase intermediária entre o rigor absoluto das penitenciárias de regime fechado e o retorno parcial ao convívio social, manifestado no regime aberto.

A etapa do regime semi-aberto é considerada de vital importância para a gradual reinserção social do indivíduo.

Compre informar que o condenado pode acessar a tal regime de forma inicial e em sistema de progressão ou regressão, estas últimas formas de acesso serão discutidas mais a frente, já a primeira forma de acesso será delimitada pela verificação das regras cabíveis ao regime.

Neste regime, no tocante às regras para o trabalho, o condenado permanece em atividades laborais em comum durante o dia, sendo, inclusive, admitido o trabalho externo, e também a possibilidade de freqüentar cursos educacionais e profissionalizantes.

O trabalho no regime semi-aberto orienta-se no sentido de levar em consideração as “aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com os objetivos da pena” (FRAGOSO, 1987, p. 310).

Desse modo, o regime semi-aberto proporciona uma adequação das condições laborais apresentadas pelo condenado ao estabelecimento em que deve cumprir a pena, sendo que o mais correto é encaminhar aqueles com vocação agrícola à colônia agrícola e aqueles com vocação industrial à colônia industrial.

No que se refere às condições de alojamento do condenado, preleciona a Lei de Execuções penais que o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo.

Nessa trilha, lembra Luiz Regis Prado (2006, p. 548) que, cabe ao alojamento coletivo cumprir todas as condições de salubridade, já citadas, para as penitenciárias e, também, os específicos à característica da coletividade, quais sejam, “a) seleção adequada dos presos; b) limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos de individualização da pena (cf. arts. 91 e 92, LEP)”.

Conjugando o disposto no *caput*, do artigo 33 com a hipótese relacionada no seu §2º, alínea b, têm-se as regras para fixação do regime semi-aberto no início do cumprimento da pena, que são as seguintes:

a) pode incidir o presente regime ao condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, cuja condenação seja por crime punido por reclusão, desde que não exista reincidência;

b) deve incidir o presente regime aos condenados à pena de detenção, mesmo que reincidentes qualquer que seja a pena;

c) deve também incidir este regime aos condenados à pena de detenção, nos casos em que não há reincidência e mesmo que a pena seja superior a quatro anos.

Com efeito, há de se observar a rígida vedação legal para o cumprimento da pena de detenção no regime fechado, o que impõe seja o regime semi-aberto fixado em tal pena, mesmo que haja reincidência ou elevada quantidade de pena (superior a 8 anos).

Aqui cabe suscitar que a determinação do regime semi-aberto como o inicial para o cumprimento da pena pauta-se, também, pelo sopesar das circunstâncias do crime e da personalidade do agente, relacionadas no já mencionado artigo 59 do Código Penal.

Com relação à realização do exame criminológico para a classificação do condenado, diverge a doutrina sobre a sua obrigatoriedade, entendendo alguns como dispensável para individualizar a execução da pena no regime semi-aberto.

Helena C. Fragoso, Júlio F. Mirabete e Damásio E. de Jesus defendem a facultatividade do exame; já Tomaz M. Shintati e Celso Delmanto entendem pela obrigatoriedade do exame.

Em que pese autorizada parcela da doutrina e da jurisprudência entenderem pela obrigatoriedade do exame, nesse aspecto, parece mais acertado considerar o posicionamento de Tomaz M. Shintati (1999, p.194) como o mais coerente. Vale, então, destacar seus ensinamentos:

Pensamos ser obrigatório o exame em face do disposto no art. 35, *caput*, do CP, que deve prevalecer sobre o disposto no art. 8º, parágrafo único, da LEP. É que a LEP

não pode afastar-se dos parâmetros estabelecidos pelo CP. Ademais, não é de se esquecer que, no Projeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal, o exame criminológico do condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto era facultativo, e que a lei, afastando-se do projeto, tornou obrigatório esse exame. Entretanto, por um cochilo, na se fez a devida alteração no parágrafo único do art. 8º da LEP.

Com efeito, o exame criminológico é de imprescindível necessidade, pois possibilita a identificação da personalidade do agente e, principalmente, se este se encontra preparado para a maior liberdade que o regime semi-aberto permite.

7.2.3 Regime aberto

Ao apenado que não representa ameaça à sociedade e que demonstra sendo de autodisciplina e responsabilidade, deve ser conferido o regime aberto, que se constitui em forma mais branda de execução da pena. Essa é a idéia apresentada pela doutrina, ou seja, tem-se em tal regime a suposição de que o apenado aceitou o programa oferecido pelo regime e propôs-se a cumprir as condições impostas pelo Juiz.

É apropriado elencar os ensinamentos de Adel El Tasse (2003, p. 123) sobre o referido regime:

O regime aberto deve ser imposto aos apenados que não apresentam ameaça a sociedade, ou seja, sem grau elevado de periculosidade e com bastante senso de responsabilidade, a ponto de não desejarem fugir.
Quando atinge essa etapa, pode-se dizer que o apenado encontra-se apto a iniciar sua reintegração social.

O estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime aberto é a Casa de Albergado ou outro estabelecimento adequado. Com relação a este estabelecimento, é interessante a descrição trazida por Luiz Regis Prado (2006, p. 549):

O prédio desta deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, devendo conter, além dos demais aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, bem como instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Ademais, a saída e entrada do condenado na Casa de Albergado é livre, sendo vedado abrigar condenados a regimes mais gravosos em tal estabelecimento. Neste

estabelecimento prima-se por um maior contato do condenado com a sociedade, para que assim se tenha uma melhor reinserção social do preso.

Por este regime o condenado deverá trabalhar fora do estabelecimento, podendo também freqüentar cursos educacionais ou profissionalizantes, tendo que retornar ao estabelecimento penal no período noturno e em dias de folga.

Com relação ao regime aberto, alude Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 444):

Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar possibilidade de fazê-lo imediatamente, sendo que as pessoas referidas no art. 117 da LEP poderão ser dispensadas do trabalho. O condenado ainda deve apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que for submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e sendo de responsabilidade, ao novo regime (art. 114 da LEP).

A concessão desse regime permite ao condenado uma real experiência de liberdade, permitindo que se ocupe de atividades lícitas durante o dia, trabalhando ou estudando, restringindo sua liberdade apenas no período do repouso noturno, quando deve retornar ao estabelecimento penal.

Cumpram-se os requisitos a serem preenchidos pelo condenado para que possa iniciar a execução da pena em regime aberto:

- a) ter sido condenado à pena igual ou inferior a quatro anos e não ser reincidente;
- b) estar trabalhando ou demonstrar a possibilidade de fazê-lo em breve;
- c) deve o condenado demonstrar, pela vida pregressa, relevantes indícios de autodisciplina e responsabilidade, bem como ter aceitado o programa de execução da pena e das condições determinadas pelo juiz.

Cabe suscitar que a lei não previu a necessidade de exame criminológico para a individualização da pena neste regime, contudo, permanece vigente a exigência de verificação das circunstâncias judiciais favoráveis que autorizam a concessão do regime, ou seja, aplicam-se também as disposições do artigo 59 do Código Penal para fixação do presente regime.

Com relação às condições que devem ser impostas pelo juiz ao condenado que aderir a esse regime, é importante citarmos os ensinamentos de Luiz Regis Prado (2006, p. 552):

Para concessão do regime aberto, é impositivo o estabelecimento, pelo juiz, das seguintes condições gerais, sem prejuízo de outras especiais: a) permanência do condenado no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; b) saída para o trabalho e retorno nos horários fixados; c) compromisso de não ausentar-se da cidade onde reside, sem autorização judicial; d) comparecimento a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Por derradeiro, vem o presente regime sofrendo críticas tendo em vista a inexistência de casas de albergados para o seu cumprimento, o que acaba determinando o seu cumprimento em cadeias públicas ou penitenciárias, dilapidando qualquer intenção de recuperação do preso.

Nesta situação, a melhor doutrina opina pelo recolhimento do preso “no próprio ambiente de trabalho, na repartição pública que lhe presta orientações, em colônias de condenados ou em abrigos que possibilitem a fiscalização e orientação próprias ao regime prisional” (ROCHA, 2004, p. 505).

Registre-se que o estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime aberto deve possibilitar a recuperação do preso e não submetê-lo ao efeito negativo da convivência com outros condenados a regime mais severo.

Diante dessa situação de ausência de estabelecimentos adequados, vêm os tribunais aceitando que o regime aberto seja cumprido em prisão domiciliar, “são mantidas, portanto, as mesmas condições do regime aberto, sendo que, à noite, em vez de voltar à Casa do Albergado, o indivíduo volta a sua própria casa, para o repouso noturno” (TASSE, 2003, p. 125).

Por derradeiro, é importante aludir sobre as hipóteses em que será admitido o regime aberto em residência particular, chamado também de prisão-albergue domiciliar:

- a) cabe o regime aberto em residência particular ao condenado maior de setenta anos;
- b) aos condenados acometidos de doença grave, bem como às condenadas com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- c) e, por fim, às condenadas gestantes.

7.2.4 Regime especial

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVIII, confere o chamado regime especial às mulheres condenadas. Estabelece, ainda, o direito de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (artigo 5º, L).

Por este regime as mulheres devem cumprir “pena em estabelecimento próprio observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal” (Código Penal, artigo 37).

No tocante a essa regime, leciona Fernando A. N. Galvão da Rocha (2004, p. 507):

O art. 37 do Código Penal denomina de “especial” o regime penitenciário ao qual devam ficar submetidas as mulheres, determinando que cumpram pena em estabelecimento próprio. O regime especial, na verdade, não constitui forma diferenciada de tratamento penitenciário. O estabelecimento prisional separado dos que acolhem presos homens é a única peculiaridade do regime especial.

Com efeito, vale salientar que se aplicam ao regime especial as regras dos três regimes até aqui analisados, ou seja, aplicam-se também às mulheres as regras do regime fechado, semi-aberto e aberto.

Assim, como já frisado, apenas o estabelecimento próprio diferencia este regime dos outros. Quanto a este estabelecimento, ensina Luiz Regis Prado (2006, p. 552) que “além dos requisitos básicos de cada unidade celular, a penitenciária das mulheres poderá ser dotada de seção para gestantes e parturientes e de creche com a finalidade de assistir o menor desamparado cuja responsável esteja presa”.

Como bem alude a doutrina, vale dizer que o referido tratamento diferenciado não configura forma de discriminação contra a mulher, e sim trata de observar a sua condição pessoal, garantindo-lhe tratamento adequado.

Por fim, é importante salientar que a Lei 9.460/97 conferiu ao artigo 82 §1º da Lei de Execuções nova redação, acrescentando que assim como as mulheres, os maiores de 60 anos também deverão, quando condenados, cumprir pena em estabelecimento próprio e adequado à sua condição.

Com propriedade, Fernando A. N. Galvão da Rocha (2004, p. 507) alude sobre o tema:

Com a redação que a Lei nº 9.460/97 conferiu ao art. 82, §1º, da LEP, o condenado maior de sessenta anos de idade também ganhou o direito de ser recolhido em estabelecimento próprio, separado dos estabelecimentos que abrigam homens com idade inferior a sessenta anos e mulheres.

Registre-se, ainda, que esse regime não deve ser confundido com a chamada prisão especial, pois esta é prerrogativa conferida aos detentores de diploma de curso superior e cabe apenas a presos provisórios. Após condenados ao cumprimento de pena, recebem o mesmo tratamento destinado aos outros condenados.

7.2.5 Regime nas contravenções penais

Para aqueles que cometem contravenções penais cabe a pena de prisão simples, devendo ser diferenciada sua forma de cumprimento em relação ao cumprimento das penas de reclusão e detenção.

Sobre a pena de prisão simples dispõe o artigo 6º e seu §1º, da Lei das Contravenções Penais:

Art. 6º. A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou em seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

§ 1º. O condenado à pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.

Registre-se, portanto, que o referido dispositivo legal impõe o cumprimento da pena em regime semi-aberto ou aberto, mas sem rigor penitenciário.

A doutrina, no entanto, entende desnecessária a utilização da expressão “sem rigor penitenciário”, isso porque o rigor penitenciário é adstrito às penitenciárias, estabelecimentos adequados apenas ao cumprimento de pena em regime fechado, o qual não cabe nos casos de prisão simples.

Salienta-se, contudo, que a aludida ausência de rigor penitenciário não significa ausência de disciplina, bem como qualquer condenado, o contraventor também deve obediência ao regime disciplinar do estabelecimento, “o qual é constituído por normas administrativas de vigilância, de comportamento, de respeito e de obediência, a cuja observância não pode o condenado se escusar” (MARQUES, 1956, p. 141).

Ensina a doutrina que o termo prisão comum, referido no supracitado artigo 6º, deve ser interpretado como aqueles estabelecimentos instituídos pelo regime semi-aberto e aberto, pois são esses os regimes cabíveis no caso de prisão simples.

Assim, não deve o contraventor cumprir sua pena em prisão comum, e sim, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, locais destinados ao cumprimento de pena em regime semi-aberto, ou em casa de albergado ou estabelecimento adequado, locais destinados ao regime aberto.

Ressalte-se que o diferencial do regime, nas contravenções penais em relação ao regime aplicado aos condenados por crime, reside não na definição de um estabelecimento penal próprio ao cumprimento da pena de prisão simples, mas sim na exigência legal, imposta pelo §1º, do artigo 6º, da Lei de Contravenções Penais, de que fiquem separados os condenados por contravenção dos condenados por crime.

Nessa trilha, entende Rocha (2004, p. 509) que o referido dispositivo legal “permite que o condenado por contravenção cumpra a prisão simples no mesmo estabelecimento prisional em que os condenados por crime cumprem suas penas, devendo apenas ficar em ambiente separado”.

Em evidente afronta aos fins de ressocialização ao condenado contraventor, observa a doutrina que o Estado não se preocupou em providenciar, dentro dos estabelecimentos penais, locais adequados que garantam a separação do contraventor daqueles que cometeram crime, assim, o que se percebe é que os contraventores ficam nas mesmas instalações que os criminosos.

No tocante ao trabalho, prevê a Lei de Contravenções penais que este é facultativo para os contraventores condenados a pena de prisão simples não excedente a quinze dias. Demais disso, é interessante registrar que, a Constituição Federal afastou qualquer obrigatoriedade para o trabalho do preso, assim, mesmo para os contraventores condenados a pena superior a quinze dias o trabalho é facultativo.

Por derradeiro, cumpre salientar que a Lei 9.099/95 e a lei 9.714/98 diminuíram consideravelmente a possibilidade de aplicação da pena de prisão simples, garantindo, mediante condições ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que os indivíduos afastem a incidência desse tipo de prisão.

7.2.6 Regime Disciplinar Diferenciado

Com o advento da Lei 10.792/2003 criou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova modalidade de regime prisional, qual seja, o Regime Disciplinar Diferenciado.

Com a referida lei alterou-se o artigo 53, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), incluindo neste o inciso V, o qual dispõe como sanção disciplinar: “a inclusão no regime disciplinar diferenciado”.

Importa, neste momento, remeter o leitor à verificação do próximo capítulo, o qual reservou-se especificamente para análise deste regime prisional.

7.3 Progressão e Regressão

Conforme já aludido nesta pesquisa, o Brasil adotou um sistema progressivo próprio que possibilita ao apenado progredir, ou regredir nos regimes. “Na progressão evolui-se de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso. Na regressão dá-se o inverso” (BITENCOURT, 2004, p. 483).

Assim, os regimes de cumprimento de pena ampliam ou restringem a liberdade do condenado, para tanto deve o magistrado pautar-se pela observância de critérios legais definidos no Código Penal e na Lei de Execuções Penais.

7.3.1 Exame criminológico

No tocante à progressão, destaca a doutrina a mudança trazida pela Lei 10.792/2003, que suprimiu do artigo 112, da Lei de Execuções Penais, a necessidade de realização do exame criminológico para aferir sobre o mérito do condenado.

Assim, de acordo com a nova redação daquele artigo, os requisitos para a progressão de regime constituem-se no “cumprimento ao menos de um sexto da pena no regime anterior e atestado de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento” (PRADO, 2006. p 552).

Com o devido respeito àqueles que defendem a extinção do exame criminológico para aferição do mérito do condenado, com certeza o posicionamento de Luiz Regis Prado (2006, p. 553) no sentido de considerar vigente a necessidade do exame parece o mais acertado.

O referido autor posiciona-se, nesse sentido, levando em consideração o disposto no artigo 33, §2º, do Código penal, e se baseia no fato deste não ter sido revogado pela nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, portanto, como o mérito é um dos requisitos elencados naquele, sua exigência continua vigente.

É interessante conferir seus ensinamentos sobre o assunto, a seguir transcritos:

O *mérito*, salienta a doutrina, “traduz-se no merecimento, ou seja, *in casu*, na habilitação do condenado à progressão. E deve ser aferido em razão dos respectivos valores intrínsecos, morais e laborais, que façam merecer o correspondente resultado, tal como na lei estabelecido – uma verdadeira recompensa, enfim, pelo seu comportamento prisional”. Portanto, para aferir o *mérito* do apenado o magistrado deve valer-se do exame criminológico, onde uma equipe multidisciplinar fornece elementos de ordem psíquica, psicológica, moral e ético-social sobre a eventual capacidade do acusado de progredir para um regime mais brando; atestado de boa conduta carcerária, além de outros elementos julgados essenciais para a concessão da progressão de regime, tais como a reparação do dano, total ou parcial, a remanescente repercussão social no delito, etc. Enfim, o mérito vem a ser um elemento de conteúdo *material* indispensável para a progressão.

Em que pese parcela da doutrina aprovar a inovação legislativa que dispensa o exame criminológico, as manifestações no sentido de que o exame não pode ser dispensado traduzem melhor interpretação, pois representam uma preocupação no sentido de que o bom comportamento carcerário não é suficiente para aferir sobre a aptidão do condenado para retornar a sociedade, o que torna o referido exame indispensável, pois é instrumento hábil à constatação das condições pessoais que façam presumir que o indivíduo não voltará a delinquir.

Registre-se, outrossim, que a defesa é pela permanência de um exame criminológico que venha a ser realizado na prática, e não obstado pela falta de recursos humanos e materiais. Que se traduza num acompanhamento efetivo, que não se resuma a poucas entrevistas, ou seja, que o exame seja sério e minucioso.

Por todo o exposto, persiste na progressão do regime a aferição do mérito ou demérito do condenado com a utilização sim do exame criminológico, quando o magistrado entendê-lo necessário na concessão da progressão.

7.3.2 Progressão

Analisado o aspecto necessidade ou não de exame criminológico para a progressão, pode-se concluir que para esta concorrem dois requisitos, um formal, chamado pela doutrina de objetivo temporal, qual seja, o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, e um requisito material, qual seja, o mérito do apenado.

Discute a doutrina sobre o requisito de um sexto do cumprimento da pena em regime anterior, pois o legislador não definiu se este um sexto recairia sobre a pena aplicada ou o restante da pena a cumprir.

Assim, Leciona Damásio E. de Jesus (1991, p. 115), que o requisito temporal, quando da segunda progressão, deve recair sobre a pena remanescente, pois teria operado a extinção da punibilidade no tocante à pena decorrida. Já Delmanto (1986) apud Bitencourt (2004, p. 489) considera também que o requisito temporal a ser considerado na segunda progressão é aquele concernente ao restante da pena a ser cumprida, todavia, isso decorreria dúvida causada pelo legislador, ocorrendo, portanto, interpretação favorável ao réu. Considera Delmanto que não ocorreu extinção da punibilidade quanto á pena decorrida.

Bitencourt questiona o posicionamento de Delmanto, aludindo que este ao considerar que o legislador desejou referir-se à pena total não pode alegar que houve em tal caso dúvida, portanto, não há de se falar em interpretação favorável ao condenado. Todavia, consente que o legislador não foi suficientemente claro.

Quanto à exigência de cumprimento de um sexto em regime anterior, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

Isso quer dizer que o condenado não poderá passar direto do regime fechado para o regime aberto, sem passar obrigatoriamente pelo regime-aberto. O inverso não é verdadeiro, ou seja, o condenado que não se adequar ao regime aberto poderá regredir, diretamente, para o regime fechado, sem passar necessariamente pelo regime semi-aberto.

Assim, explicita o aludido autor que isso se justifica porque o artigo 118, da Lei de Execução Penal, que trata da regressão de regime, trouxe em sua disposição o seguinte comando: “A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos [...]” (grifo nosso). Assim, ao referir-se ao termo qualquer dos regimes, possibilitou ao legislador a transferência do regime aberto diretamente para o fechado.

Contudo, é importante repisar, a referida transferência direta não ocorre para a progressão, nesse sentido o artigo 112, da Lei de Execuções Penais foi expresso, deve o condenado cumprir um sexto da pena no regime anterior para que possa alcançar o regime subsequente.

Ressalte-se que, ante a ausência de vagas no regime semi-aberto, tem-se entendido que “o condenado poderá ficar no regime fechado, pleiteando depois a passagem direta para o aberto” (BARROS, 2003, p.447).

Explicita, em seguida, o citado autor que o condenado para ter direito, na referida hipótese, à passagem direta para o regime aberto, deverá lhe ter sido concedida judicialmente a transferência para o semi-aberto, “pois apenas nesse caso, à míngua de vagas, admite-se que o condenado ao cumprimento da pena em regime semi-aberto sujeite-se ao regime fechado.”

Observa também a doutrina, que além do cumprimento de um sexto da pena e do mérito do condenado, quando se tratar de transferência para regime aberto deve o condenado apresentar condições específicas, quais sejam, estar trabalhando ou demonstrar a possibilidade de vir a fazê-lo imediatamente, e se possui autodisciplina e responsabilidade para ajustar-se ao regime aberto.

Evidencia-se, ainda, pela disposição do artigo 33, §4º, do Código Penal a exigência de um novo requisito para aferição da progressão, qual seja, a reparação do dano quando se tratar de crime contra a administração pública. Com efeito, Lei 10.763/2003 acrescentou o referido parágrafo para que assim se pudesse exigir a reparação do dano ou a devolução do produto do ilícito, para que só assim o condenado nessa espécie de delito obtenha a sua progressão de regime.

No que tange a esse requisito, leciona Bitencourt (2004, p. 488):

Na verdade, esse texto legal deve ser interpretado com ressalvas, isto é, com a visão de que as normas penais, especialmente as restritivas, não podem ignorar o sistema jurídico em que se inserem, no caso, o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), que, segundo a Constituição Federal, deve obedecer ao sistema progressivo e, acima de tudo, visa a recuperação do condenado. Por isso, essa previsão legal, da forma como consta do texto, pode simplesmente inviabilizar a progressão de regimes, violando a Constituição brasileira.

Bem arremata o referido autor, quando defende que essa previsão só pode ser considerada válida, quando harmonizada constitucionalmente, cabendo a ela a mesma disposição jurídica apresentada pelo artigo 83, inciso IV, do Código Penal que estabelece a obrigação de reparar o dano, “salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo”. (grifo nosso).

Por fim, cabe aludir que o Ministério Público e o defensor do condenado devem se manifestar sobre a decisão que conceder a progressão de regime, sendo esta provisória e de competência do Juiz da execução da pena.

7.3.3 Progressão nos crimes hediondos

Por muito tempo foi assente na jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal e no Superior Tribunal de Justiça o entendimento pela constitucionalidade da proibição da progressão para os crimes hediondos. Contudo, tal entendimento não era pacífico na doutrina.

Na defesa da constitucionalidade da referida proibição manifestava-se Fernando Capez (2005, p. 100):

Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador a conferir tratamento mais severo aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e à tortura, não excluindo desse maior rigor a proibição da progressão de regime. Não consta, todavia, em nenhuma passagem do Texto Constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer regras mais rigorosas para o cumprimento da pena em delitos considerados pelo próprio constituinte como de grande temibilidade social. Nesse sentido tem decidido o STJ, reiteradamente. E no mesmo sentido, o STF.

Em paridade com o entendimento acima, lecionava Bitencourt (2004, p. 482);

[...], que, a nosso juízo, não viola o sistema progressivo adotado por nosso ordenamento jurídico. Na verdade, cumprindo disposição constitucional, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, complementados pelas leis extravagantes, individualizam a aplicação da pena e o seu cumprimento. [...] A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, nos limites das prerrogativas que lhe foram conferidas pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será integralmente no regime fechado, significa que não quis deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Ademais, o dispositivo que determina o cumprimento da pena em regime fechado, integralmente, não apresenta nenhum vício de constitucionalidade, uma vez que na Constituição não há nenhuma norma disciplinando a forma de cumprimento de penas, ao contrário, atribuiu à legislação ordinária a sua fixação (art. 5º, XLI).

Assim, mesmo não pacificado, era prevalente o entendimento pela validade da proibição quanto à progressão de regime para os crimes hediondos. Todavia, o advento da Lei 9.455/97, que trata do crime de tortura, causou nova polêmica à referida proibição. Assim

dispôs seu artigo 1º, §7º: “o condenado por crime previsto nesta Lei [...], iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”. (grifo nosso).

Desse modo, a validade da proibição da progressão passava a ser contestada sob um fundamento jurídico concreto. Assim, mesmo os autores que entendiam pela constitucionalidade da proibição de progressão de regime, apregoavam a sua insubsistência ante ao advento da Lei que trata do crime de tortura.

Importa elencar à concepção de Bitencourt (2004, p. 484) que aludia sobre o conflito existe entre a lei 8.072/90 e a Lei 9.455/97, e, mesmo defendendo a constitucionalidade da proibição à progressão de regime constante da primeira Lei, defendia o tratamento igualitário que devia ser dado àqueles que cometem crimes hediondos e os que cometem crime de tortura.

Conclui, por fim, o autor acima mencionado que “a partir da Lei n. 9.455, deve-se reconhecer a aplicabilidade do sistema progressivo aos crimes hediondos e afins, sem restrições, inclusive retroativamente” (2004, p. 485).

Não obstante o conflito existente entre as duas Leis, Fernando Capez (2005, p. 101) ressaltava:

Tratando-se de lei especial, o benefício não pode ser estendido para os outros crimes. Nesse sentido, entendo que ‘a Lei n. 9.455 não derogou o art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90’, e que, portanto, continua proibida a progressão de regime para os crimes hediondos.

É oportuno salientar que o Superior Tribunal de Justiça chegou a decidir sobre ser devida a progressão também para os crimes hediondos, sendo essa medida necessária para se conferir igualdade de tratamento entre os outros crimes hediondos e o crime de tortura.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal afastou a polêmica acima, consolidando o entendimento de que a admissão da progressão para os crimes de tortura não revogou a proibição disposta para os outros crimes hediondos.

Este foi o contexto por qual passou toda a discussão sobre a progressão de regime para os crimes hediondos. Importa, todavia, aludir sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 23 de fevereiro de 2006, no HC 82.959-7, pela inconstitucionalidade da §1º, do artigo 2º, da Lei 8.092/90.

Nesse diapasão, a recente decisão da Suprema Corte brasileira mudou o panorama para o até aqui exposto, abrindo oportunidade para que outros condenados por crimes hediondos pusessem postular pela progressão de regime.

Na trilha do contexto aqui apresentado, por qual passou a polêmica da proibição de progressão de regime para os crimes hediondos, foi editada a Lei 11.464 de 28 de março de 2007, que entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 29 de março de 2007.

A referida Lei altera a redação do artigo 2º da Lei 8.072/90, passa, então, a possibilitar a progressão para os crimes hediondos. É importante conferir a nova redação do artigo aqui mencionado, que assim passa a dispor:

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

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

Com efeito, ante a nova redação dada à lei de crimes hediondos, resta afastada a exigência de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, a pena agora deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado. Ou seja, o novo diploma legal passou a permitir a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

Assim, pela nova redação do artigo 2º, §2º, da Lei 8.072/90, a progressão para os condenados por crime hediondo e equiparados se dará após o cumprimento de dois quintos da pena, se primários, e três quintos, se reincidentes.

Tratando-se de norma de caráter processual, mas com reflexos penais, entende-se que a nova Lei aplica-se não só a casos sucedidos a partir de sua vigência, mas também às execuções de crimes praticados antes da referida vigência, no que tange a sua parte benéfica ao condenado.

Assim, sua aplicação se dará da seguinte forma:

- os condenados por crime hediondo ou equiparados, mesmo antes da vigência da nova Lei, passam a cumprir a pena em regime inicialmente fechado;

- aos condenados por crimes da espécie aqui analisada, só cumprirão dois quintos ou três quintos da pena, e em seguida, um sexto da pena remanescente, e por consequência, progredirão de regime, se foram condenados por crimes praticados a partir do dia 29 de março de 2007;

- aos condenados por crime antes da vigência da nova Lei, em virtude do princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial, cabe o cumprimento de apenas um sexto da pena para terem acesso à progressão de regime.

Por derradeiro, vale lembrar que além de cumprir um sexto da pena no regime anterior, o condenado por crime hediondo ou equiparado deve também preencher os demais requisitos do artigo 112, da Lei de Execução Penal, para que lhe seja aplicada a progressão de regime penal.

7.3.4 Regressão

Assim como pode o apenado progredir de regime prisional, tem-se também a possibilidade de regressão de regime prisional. A regressão conceitua-se como a “transferência do condenado do regime menos rigoroso para outro mais rigoroso” (SHINTATI, 1999, p. 197).

Por consequência, um condenado ao qual foi conferido o regime aberto, ou tenha progredido para este, pode, mediante a ocorrência de algumas hipóteses, ser transferido para o regime semi-aberto ao fechado, bem como o condenado que cumpre pena em regime semi-aberto poderá ser transferido para o regime fechado.

De acordo com a Lei de Execução Penal, em seu artigo 118, têm-se as seguintes hipóteses de regressão para regime mais rigoroso:

- a) é passível de regressão para regime mais rigoroso aquele que pratica fato definido como crime doloso;
- b) ainda sofrerá regressão de regime prisional os condenados que praticarem falta grave;
- c) sofrem, outrossim, regressão de regime prisional, os apenados aos quais sobrevir condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Quanto à disciplina da regressão, o Código Penal tratou apenas do regime aberto, e mesmo assim de forma incompleta, portanto, além do que lá está disposto, cabe em complementação as disposições dos artigos 50 e 118, da Lei de Execução Penal, assim, é oportuno elencar os ensinamentos de Luiz Regis Prado (2006, p. 555):

Além das hipóteses referidas, o condenado será transferido do regime aberto se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente imposta (arts. 36, §2º, CP; 118, §1º da LEP). Neste último caso, bem como quando da prática de crime doloso ou falta grave pelo condenado, faz-se imprescindível que seja previamente ouvido (artigo 118, §2º, LEP).

Por derradeiro, importa salientar que o todo até aqui exposto possibilitou uma visão geral dos regimes prisionais e suas formas de progressão ou regressão e proporcionou um norteamento para aqueles que pretendem um estudo mais aprofundado do tema.

8 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Importa, no momento, passar a um estudo mais detalhado de um dos regimes prisionais, objeto principal desta pesquisa, qual seja, o Regime Disciplinar Diferenciado. Para tanto, analisar-se-ão as críticas sofridas pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que trouxe à Lei de Execuções Penais brasileira o regime em comento.

É importante destacar a opinião de Paulo César Busato (2005, p. 137) a respeito:

A recente entrada em vigor da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que altera a Lei de Execuções Penais brasileira (Lei 7.210, de 11 de junho de 1984) para a inclusão de um Regime Disciplinar Diferenciado aplicado a determinados detentos, produziu uma importante reação doutrinária contrária em razão das importantes violações que ela supõe a determinadas garantias fundamentais, em especial no que se refere à humanidade da execução da pena e o princípio de igualdade.

Com efeito, o que se quer mostrar a seguir é a reprovação que tal regime vem causando, sendo classificado como mais uma legislação de pânico que vende a ilusão de extirpar o crime organizado da sociedade com uma simples atuação de legiferação.

8.1 Antecedentes

Em 18 de dezembro do ano de 2000, ocorreu uma rebelião na Casa de Custódia de Taubaté, conhecida pela população carcerária como “Piranhão”. A referida unidade prisional é de segurança máxima e nunca havia registrado fuga de presos. Os confinados em tal estabelecimento são classificados como de altíssima periculosidade e líderes de grupos organizados.

A referida rebelião resultou na morte de nove presos e na destruição total do espaço físico. A facção criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC) vinha divulgando entre os encarcerados a pretensão de destruir o “Piranhão”, inclusive prevendo tal destruição no estatuto da organização criminosa.

Face ao conflito, gerado pela mencionada facção criminosa, várias providências administrativas foram tomadas, como transferência dos presos envolvidos no conflito, sendo estes encaminhados para outros estabelecimentos prisionais na Capital.

Todavia, a insegurança no ambiente prisional se intensificava, a violência entre os presos chegou ao extremo, culminando na morte de detentos vítimas de seus companheiros de cárcere.

No início de 2001, com a reforma da Casa de Custódia de Taubaté, os presos transferidos foram encaminhados de volta para aquele estabelecimento. Contudo, dez líderes foram separados em diversas unidades prisionais.

Em represália ao enrijecimento do tratamento, dispensado aos mencionados líderes, foram deflagradas no Estado de São Paulo uma série de rebeliões que ficaram conhecidas como *megarrebelião*. Esta envolveu vinte e cinco unidades prisionais componentes da Secretaria da Administração Penitenciária e quatro cadeias sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Em conseqüência à atuação das facções criminosas, nos presídios, o Secretário de Administração Penitenciária edita a Resolução nº. 26, de 4 de maio de 2001, na qual ficou criado o Regime Disciplinar Diferenciado.

O referido regime instituía o isolamento do preso por até 180 dias, podendo ser ampliado para 360 dias. Num primeiro momento, o regime foi implantado em cinco unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciária I de Avaré, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras.

Com o advento do Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, criado exclusivamente para aplicar o novo regime, as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicá-lo.

O novo regime, em seu modelo embrionário, conferia ao Diretor Técnico das Unidades a atribuição de solicitar a remoção de presos para tal regime, para tanto deveria peticionar de forma fundamentada ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais. Este último, se assim concordasse, encaminharia o pedido ao Secretário de Administração Penitenciária Adjunto, e este sim decidiria a destinação ou não do detento ao regime diferenciado.

Posteriormente, foi editada a Resolução SAP nº 49 que alterou o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo por finalidade restringir o direito de visita dos presos, bem como o direito às entrevistas com seus advogados. Consta do artigo 2º, da referida Resolução, que as visitas serão de, no máximo, duas pessoas por dia de visita, sem contar as crianças e terão duração máxima de duas horas. Já as entrevistas com advogado deveriam ser

previamente requeridas, podendo o Diretor do estabelecimento as agendar dentro dos 10 dias subseqüentes.

Importa salientar que regime análogo ao estudado foi implantado no Complexo Penitenciário de Campinas – Hortolândia, através da Resolução SAP nº 59, o qual foi denominado de Regime Disciplinar Especial. Este regime inovou no sentido de ampliar sua aplicação não somente para condenados, mas também para presos provisórios acusados de prática de crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal.

É interessante citar outras regras do Regime Disciplinar Especial que, com certeza, serviram de modelo para o atual Regime Disciplinar Diferenciado. São elas:

- a) tempo máximo de permanência de até 360 dias;
- b) implica em submissão ao regime àquele que incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou disciplina;
- c) também será aplicado o regime àquele que empreender tentativa de fuga;
- d) àquele que mantiver posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou que estabelecer comunicação proibida com organização criminosa, aplica-se o regime;
- e) cabe a aplicação do regime para os que participarem de facções criminosas;

Cabe, ainda, aludir que regime análogo ao Regime Disciplinar Diferenciado foi editado no Rio de Janeiro em razão da rebelião ocorrida no Presídio de Bangu I, deflagrada por Luiz Fernando da Costa, vulgo Fernandinho Beira-Mar. A medida de recrudescimento foi denominada de Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES).

Cumprir informar que o Regime Disciplinar Diferenciado, inaugurado em São Paulo nos moldes da Resolução SAP 26, foi bastante criticado, acusado de inquestionável ilegalidade e de violar, entre outros, os incisos II e XXXIX do artigo 5º e o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Na ocasião do surgimento do novo regime muito se questionou sobre sua incompatibilidade com os ditames da Lei de Execução Penal brasileira (Lei 7.210), que prelecionava que nenhuma espécie de isolamento poderia ultrapassar 30 dias, em cela comum, de presídio de segurança máxima ou média. Com isso, a previsão de isolamento de até 180 dias na primeira inclusão tornava o novo regime de plano ilegal.

Outra questão levantada foi quanto à ausência do necessário processo legislativo para criação do novo regime, isto por si só já geraria constrangimento ilegal para aqueles submetidos a tal regime.

Demais disso, a Resolução SAP nº 26 autorizava a transferência para o novo regime a critério exclusivo de autoridade administrativa, o que alijava a autoridade judicial de sua atuação, desrespeitando mais uma vez a Lei de Execução Penal.

Entre outras, essas foram algumas das críticas recebidas pelo Regime Disciplinar Diferenciado, implantado pelo Estado de São Paulo e repisado no Estado do Rio de Janeiro, contudo, nada obstante as críticas sofridas, o Congresso Nacional brasileiro foi instigado a universalizar o regime diferenciado através de alteração na Legislação Federal.

Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire (2007, p. 275) comentam:

O projeto de generalizar o novo regime penitenciário atingiu seu ápice quando os veículos de *mass media* passaram a difundir e vincular a imagem do advogado, e subliminarmente a idéia de direitos e garantias, com a do réu/condenado preso – principalmente nos casos de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de armas –, comunicando a falsa associação entre direito de defesa e convivência com o crime. Assim, o elo do advogado com o criminoso passou a reforçar, no senso comum teórico do homem de rua (*every day theories*), a obrigação de restringir os “exorbitantes” direitos do preso (provisório ou condenado) possibilitados pela “frágil” e “condescendente” legislação penal e processual penal em vigor.

Com efeito, o que se pretendeu foi combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança socorrendo-se de uma legislação gerada em função do pânico. A qual se prestava mais a apaziguar a opinião pública e a sociedade, do que efetivamente solucionar os problemas vigentes.

Assim, no segundo dia do mês de dezembro do ano de dois mil e três foi publicada a Lei 10.792, alterando a Lei de Execução Penal, inaugurando nesta o Regime Disciplinar Diferenciado, que se tornou conhecido como *RDD*. Com o escopo de reavivar o domínio do Poder Público sobre as unidades prisionais, surge a Lei *in casu*, é interessante conferir a lição de Salo de Carvalho (2007, p. 275), que com propriedade aduz:

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

Ultrapassado o enfoque à origem histórica do regime analisado e para que melhor sejam vislumbrados seus aspectos, faz-se mister informar as disposições postas na Lei de Execução Penal que passaram a tratar do tema.

8.2 O Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal

Com a vigência da Lei 10.792, o artigo 52 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) foi alterado, passando a vigorar com a seguinte redação:

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.

§1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que o Regime Disciplinar Diferenciado possui natureza jurídica de sanção disciplinar, e não propriamente de regime prisional, pois está localizado entre as espécies de sanção disciplinar, conforme indica o artigo 53, V da LEP, que relaciona o RDD como uma das modalidades de sanção disciplinar.

É preciso esclarecer que o RDD tem sua aplicação restrita àqueles confinados em regime fechado, pois considerada a doutrina inconcebível a imposição da medida disciplinar aos submetidos ao regime aberto ou semi-aberto. “Há incompatibilidade lógica do RDD com tais regimes prisionais” (ROCHA, 2004, p. 512).

Assim, para que condenados que estiverem em regime semi-aberto ou aberto sofram a imposição do novo regime, cabalmente, haveria a necessidade de regressão ao regime fechado.

Já com relação ao cabimento do regime a presos provisórios, tal medida se justifica em prol da preservação da segurança e disciplina no ambiente prisional, sendo

legítimo para tanto a imposição do regime disciplinar mesmo àqueles que ainda não foram definitivamente condenados.

Importa agora, o exame do Regime Disciplinar Diferenciado frente as suas características, quais sejam:

1ª) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. E no que tange ao preso provisório, não há de se falar em pena aplicada, levando, portanto, em consideração a pena mínima cominada;

Tem-se, conforme orienta o artigo 10, do Código Penal que a contagem da duração do RDD far-se-á em dias, podendo, em verdade, a primeira ocorrência ter a duração de um ano. Todavia, na reincidência de falta grave o regime poderá ser repetido, agora sob a limitação de até um sexto da pena efetivamente aplicada. Lembrando que não há limitação sobre quantas vezes o regime pode ser aplicado, deduz-se, portanto, que o RDD poderá incidir tantas vezes quantas forem as faltas graves cometidas.

2ª) recolhimento em cela individual;

Observa Luiz Flávio Gomes (2005, p. 20):

A conhecida solitária, porém, com acompanhamento psicológico. **O presente regramento deve ser implantado sem se desconsiderar as proibições trazidas pelo artigo 45 da LEP, onde, no seu primeiro parágrafo, veda o emprego de cela escura, acrescentando Mirabete, ainda, o uso de celas inabitáveis ou insalubres (op. cit., p. 132).** (grifo do autor)

Resta saber se sob a condição de isolado, o preso se tornará uma pessoa mais disciplinada e com senso de responsabilidade, ou será que o que se busca é simplesmente aniquilar mais uma personalidade indesejável?

3ª) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, por duas horas;

A redação do artigo 52, inciso III, da LEP é considerada por Luiz Flávio Gomes (2005, p. 20) como confusa, uma vez que dá a impressão de que as crianças não se somam ao rol de duas pessoas, podendo, assim, entrar quantas forem visitar o preso, o que não expressaria a verdade, pois como salienta o autor, “na verdade sequer pode entrar, pois o local e a forma dura de regime carcerário podem provocar um péssimo abalo psicológico nelas (artigo 6º do ECA)”.

4ª) saída diária, também por duas horas, para banho de sol.

Quanto à permissão de saída diária por duas horas para banho de sol, há de se destacar que o regime, originariamente aplicado no Estado de São Paulo, permitia o banho de

sol por apenas 1 hora diária, portanto, restou ampliada tal permissão no regime, agora, legal, pois este ampliou o benefício para duas horas diárias.

Por evidente, há de se elencar como característica essencial do regime o isolamento do preso. A respeito do tema leciona Fernando A. N. Galvão da Rocha (2004, p. 512):

A idéia de isolamento celular é complementada pela possibilidade de impedir a comunicação do preso com o mundo exterior, já que o art. 4º da Lei nº 10.972/03 dispõe que os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação pra telefones celulares, rádios-transmissores e outros meios.

Demais disso, o legislador determina, ainda, que a mensuração do cabimento ou não do RDD somente poderá ser feita pelo juiz, após provocação, via requerimento fundamentado, do diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa, conforme orienta o artigo 54, §1º, da LEP.

É mister enfatizar que a decisão judicial que incluir o preso em tal regime não dispensa que haja suficiente conjunto probatório que confirme a ocorrência de qualquer das hipóteses permissivas da medida.

Importante se faz informar que as sanções, constantes do artigo 52, da Lei de Execução Penal, brasileira são aplicadas em Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), o que significa dizer que estão reguladas e taxativamente dispostas no estatuto penitenciário.

É oportuno, no momento, o destaque das hipóteses que autorizam a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado:

1ª hipótese: cabe a aplicação do presente regime quando da prática pelo preso de fato previsto como crime doloso, ocasione subversão da ordem ou disciplina internas.

O que seria crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas? Quanto a esta hipótese a doutrina critica a utilização de expressões abertas, questionando a ausência de técnica utilizada pelo legislador que, afinal de contas, socorreu-se de cláusulas excessivamente abrangentes, sem elucidar com precisão os contornos da conduta proibida.

O que se teme aqui é a prevalência de arbitrariedade frente à possibilidade de cercear mais ainda a liberdade do homem que já se encontra preso.

Ensina Luiz Flávio Gomes (2005, p. 18) sobre esta hipótese de cabimento do regime:

Portanto, o RDD somente se aplica a preso provisório ou condenado que, durante o cumprimento da pena INTERNAMENTE no estabelecimento penal (e não exatamente, por exemplo, o que encontra-se de livramento condicional) cometa crime doloso (e não crime culposo ou contravenção penal) **que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Logo, não será todo e qualquer crime doloso que sujeitará o seu agente ao RDD, mas apenas aqueles que causam tumulto carcerário.** (negrito do autor).

O autor descreve a hipótese de cabimento, todavia, omite-se em comentar a técnica do legislador, como dito, que não se preocupou em delinear a hipótese de forma clara e precisa.

Já Renato Marcão (2007, p.39) delinea esta hipótese da seguinte forma:

Não basta, como se vê, a prática de falta grave consistente em fato previsto como crime doloso. É imprescindível que de tal agir decorra subversão da ordem ou disciplina internas.

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

Ordem lembra organização, e, no léxico, significa “regulamento sobre a conduta de membros de uma 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.

Assim, conclui o autor que para a incidência da primeira hipótese concorrem a prática de crime doloso, pelo preso provisório ou definitivo, bem como o tumulto causado por tal crime na normalidade do estabelecimento prisional, e insere-se na primeira hipótese também a demonstração por parte do preso de desobediência aos superiores.

2ª hipótese: materializa-se o regime em face do preso, nacional ou estrangeiro, que ofereça alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

O que seria oferecer alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade? Novamente prefere o legislador utilizar-se de expressão aberta, o que em sede de execução penal (leia-se liberdade do preso) é totalmente desaconselhável, pois, como já dito, deixa livre o acesso à arbitrariedade.

Nesse aspecto, comenta Carlos Roberto Isa (2004, p. 1):

Salta aos olhos a malícia da técnica legislativa empregada na construção de tipos infracionais. Socorreu-se o legislador de cláusulas excessivamente amplas, sem definir com precisão os contornos da conduta proibida. Com sinceridade intelectual não é possível captar o que realmente é proibido, não há como negar que as cláusulas são dotadas de gigantesca capacidade de expansão interpretativa. Paradoxalmente, a imensa liberdade de interpretação autoriza a eliminação da liberdade do homem que já se encontra preso.

Explicita Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2007, p. 290) que “é fundamental que a análise do que seja ‘alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal’ e ‘alto risco para a sociedade’ seja feita pelo juiz da execução, já que aludidas expressões são excessivamente vagas e abertas”. Ou seja, caminhou muito mal a lei quando não elencou qualquer conduta prisional que pudesse possibilitar a mensuração do que seja elevado risco para a ordem e a segurança do estabelecimento, ou da sociedade.

Demais disso, há de se destacar nesta hipótese a possibilidade do preso ser submetido ao regime independente do cometimento de falta grave, bastando para sua inclusão no regime que se apresente como “preso perigoso,” ou seja, que represente alto risco.

Registrem-se os ensinamentos de Fernando A. N. Galvão da Rocha (2004, p. 513) quanto a esta hipótese:

Segundo esta previsão legal, o preso pode ser submetido ao *RDD*, mesmo sem ter produzido qualquer subversão da ordem ou disciplina internas, ou mesmo da ordem pública. Basta a constatação do “alto risco” para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Destarte, verifica-se que incide o novo regime como forma de intervenção disciplinar preventiva, uma vez que a hipótese dispensa a prática efetiva de uma infração disciplinar que autorize a incidência do novo regime, atuando, assim, como fator inibidor frente à alta periculosidade que apresenta o preso para a segurança interna do estabelecimento ou da sociedade.

No tocante à função preventiva do regime para com a sociedade, aduz Luiz Flávio Gomes (2005, p. 21): “Portanto, o *RDD* se aplica no caso do preso, dentro do presídio ou estabelecimento prisional, comandar crimes do lado de fora do muro (extra muro), colocando em risco a sociedade e a própria milícia”.

A doutrina adverte que nesta hipótese o magistrado deve redobrar a cautela, pois não se pode aferir a periculosidade do preso, tomando por base a gravidade do crime por ele praticado, é necessário a constatação do alto risco frente à ocorrência de fatos que indiquem ser o preso concretamente um perigo para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Assim, “só diante de prova cabal da participação do preso em fatos que elevem o risco de subversão da ordem e da segurança estará autorizada a imposição antecipada do *RDD*” (ROCHA, 2004, p. 514).

Há de se concordar com Luiz Flávio Gomes (2005, p. 21) que assinala: “ninguém pode ser punido (muito menos com RDD) pelo que é, sim, pelo que faz”. Eis porque sempre há de se aferir a aplicação do regime de forma preventiva, baseando-se em fatos concretos cometidos e reveladores de periculosidade.

3ª hipótese: também incide o regime no caso de recair, sobre o confinado, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A dificuldade gerada pela utilização de expressões abertas se repete mais uma vez, tornando-se a presente hipótese mais uma fonte de abusos. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2007, p. 291) afirma que:

A propósito, teria sido bom que o legislador esclarecesse se as fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando deve dizer respeito à vida prisional, ou ao crime pelo qual o preso é processado ou foi condenado. Sem se falar na dificuldade de entendimento do que seja participar de quadrilha ou bando dentro do estabelecimento penal...

Com efeito, esta compreende mais uma hipótese em que não se exige a prática de crime doloso ou o cometimento de outra falta grave, de sorte que compreende mais uma hipótese em que o regime aparece de forma preventiva. Todavia, como vem se destacando, a utilização de expressões como “fundadas suspeitas” são lugar comum para que se verifiquem excessos e arbitrariedades.

Nesse sentido, Renato Marcão registra:

Por certo, e infelizmente, não faltarão juízes e promotores de Justiça; aqueles que por sorte constituem exceção, porem perigosa parcela, que logo se desarvorarão a enxergar onde não existe nem nunca existiu; na escuridão de suas visões limitadas, medíocres, e não raras vezes criminosas, diante de todos os bens intencionados e em relação a determinados infelizes, *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*. Tais autoridades por certo “brilharão os olhos” ofuscados pela particular inteligência e devoção à Justiça que nem mesmo elas acreditam ter, diante da possibilidade de mais um arbítrio gerador de profundo drama humano, e com razoável paz de espírito irão sustentar tratar-se de “interpretação da lei, “subsunção do fato” etc.

É necessário extirpar do ordenamento jurídico brasileiro tipos infracionais excessivamente abertos, pois o uso desse tipo de expressão representa um retrocesso e uma repulsa ao Estado Democrático Social de Direito que não podem ser suplantados por eventual benefício que legislações de pânico (o RDD) possa oferecer.

Interessante se faz aludir, em sede da presente hipótese, que esta não se aplica ao confinado estrangeiro, pois a este se referiu expressamente o artigo 52, §1º, da LEP, e como é cediço, as normas que impõem limitações a direitos devem ser interpretadas restritivamente, assim, também, pode-se deduzir que a hipótese contemplada no *caput* do artigo mencionado não se aplica ao preso, provisório ou condenado, estrangeiro.

É preciso ressaltar que já houve decisão em que se determinou que as fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, devem estar relacionadas com atos praticados pelo confinado no estabelecimento prisional, pois, só assim se legitimaria a sua inserção no regime, ou seja, tendo em vista a preservação da ordem e segurança.

Nas palavras de Fernando A. N. Galvão da Rocha (2004, p. 514):

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.

O que se observa é que a necessidade de provas suficientes que demonstrem a fundada suspeita é indispensável na aplicação do regime com Justiça, todavia, há de se perquirir se as autoridades se preocuparão com isso, quando se encontrarem em situações que urgem medidas rápidas, para as quais se presta a presente legislação de pânico.

Convém observar que o crime de quadrilha ou bando, um dos delitos em que haja fundada suspeita de envolvimento ou participação do confinado, está previsto no Código Penal, em seu artigo 288; já com relação à participação ou envolvimento em organizações criminosas “não há na Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, ou em qualquer outra, uma definição do que venha a ser organização criminosa.” (MARCÃO, 2007, p. 41)

Assim, em que pese as organizações criminosas não terem recebido do legislador uma definição precisa, demonstrando mais uma vez sua falta de cuidado e conhecimento sistêmico, entende a doutrina o cabimento do regime na presente hipótese, pois, mesmo não conceituado o que seja organização criminosa, esta existe e concretamente é fator que pode causar perturbação da paz pública.

Em que pese ser o enfoque da presente pesquisa o novo regime instituído na nova redação do artigo 52, da Lei de Execução Penal, é mister salientar que a Lei 10.792/03 cuidou ainda de implantar o chamado Regime Disciplinar Diferenciado Preventivo. Tal criação tem previsão legal no alterado artigo 60, da Lei de Execução Penal. É interessante trazer à colação as disposições do referido artigo:

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.

Destarte, destaca a doutrina que existem duas formas de isolamento preventivo, um que tem sua decretação a cargo da autoridade administrativa; e outro que corresponde à inclusão preventiva no Regime Disciplinar Diferenciado, cuja inclusão está a cargo do juiz competente.

Há de se observar que o regime preventivo tem limitação temporal de dez dias e a lei não autorizou a prorrogação ou nova decretação pelo mesmo fundamento, estando, portanto, afastada tal possibilidade. Assim, findo o prazo, ou se determina a inclusão no regime disciplinar diferenciado nos moldes legais (artigo 52, *caput* e §§ 1º e 2º), ou o preso deve ser restituído ao regime que lhe foi anteriormente fixado.

Por fim, a Lei de Execução Penal sofreu ainda mais uma alteração pela Lei 10.792/03, qual seja, foi acrescentado em seu artigo 87, um parágrafo único, que autoriza a construção de estabelecimentos prisionais adequados ao cumprimento da sanção disciplinar diferenciada no novo regime.

8.3 O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito à Progressão de Regime

Alerta a doutrina que, equivocadamente, age aquele que, sem maiores ponderações, entende impossível a progressão de regime prisional para presos submetidos a Regime Disciplinar Diferenciado.

A inexorável certeza do cabimento da progressão de regime decorre da alegação de que cumpridos os requisitos enumerados no artigo 112, da Lei de Execução Penal, será possível a concessão de progressão também ao confinado submetido ao RDD.

Vale dizer: cabe aqui a análise casuística para determinar o cumprimento dos requisitos exigidos em Lei, e o conseqüente deferimento ou não da progressão.

Considerado o aqui exposto, a questão que merece maior atenção é verificar se o preso submetido ao RDD cumpre todos os requisitos autorizadores da concessão da progressão de regime.

Nessa trilha, é interessante lembrar as disposições do artigo 112, da Lei de Execução Penal:

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.

Assinala, o artigo acima, os seguintes requisitos para concessão da progressão de regime:

- a) cumprimento de um sexto da pena no regime anterior;
- b) ostentar bom comportamento carcerário; atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

No que tange ao requisito temporal nenhum obstáculo é revelado para o preso em RDD, já quanto ao requisito subjetivo, boa conduta carcerária, surge a celeuma: pode aquele em RDD ser classificado como um preso que apresente bom comportamento?

Com sabedoria, elucida Renato Marcão (2007, p. 142):

Por certo, uma visão menos cautelosa enxergará a impossibilidade progressão, e o argumento justificador decorrerá de uma conclusão simplista: estando o preso sob o Regime Disciplinar Diferenciado, resulta que não apresentou bom comportamento carcerário, daí a infidelidade de eventual atestado de boa conduta carcerária a desautorizar a progressão pretendida.
Mas não é bem assim.

Com efeito, ensina o referido autor que a melhor resposta para a celeuma aqui levantada, decorre da análise das hipóteses de cabimento do RDD frente à possibilidade de cumprimento do requisito subjetivo autorizador da progressão.

Dessa forma, registre-se que o preso submetido ao RDD por enquadrar-se em uma de suas hipóteses, pode, no decurso do prazo da sanção disciplinar, atingir o requisito

temporal de um sexto para a progressão de regime e também apresentar boa conduta, pois nada há na lei que implique em permanência irrefutável dos efeitos da conduta ensejadora da sanção disciplinar.

Assim, aquele que praticou crime doloso que teve por consequência a subversão da ordem e da disciplina internas (art. 52, *caput*, da LEP), pode, no decorrer da sanção disciplinar, apresentar boa conduta carcerária. O mesmo pode ocorrer nas outras hipóteses autorizadas da sanção disciplinar, aquele punido por apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento ou da sociedade, ou aquele sobre o qual recaiu fundada suspeita de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, pode, no decorrer da sanção disciplinar, manter conduta compatível com os requisitos para a progressão.

Nessa trilha, é interessante trazer à colação a conclusão de Renato Marcão sobre o tema (2007, p. 143):

Não há vedação expressa à progressão de regime durante o tempo de cumprimento da sanção disciplinar denominada regime disciplinar diferenciado (RDD).

Não é possível alcançar tal vedação por qualquer forma de interpretação, notadamente a ampliativa, já que a conclusão seria sempre em prejuízo do preso, e bem por isso não autorizada.

Seria ilógico admitir que em razão do crime pelo qual foi condenado o preso poderia obter progressão, mas que em razão de ter sido submetido a regime disciplinar diferenciado num determinado tempo estaria proibida a progressão de regime por todo o período de duração da sanção disciplinar.

Com efeito, essa parece ser a melhor solução para o tema, ou seja, correta esta a afirmação de cabimento da progressão da progressão mesmo para o confinado em Regime Disciplinar Diferenciado, desde que, este, no decorrer da sanção disciplinar, atenda os requisitos relacionados no já citado artigo 112, da LEP.

Demais disso, cumpre salientar que auferido o direito a progressão, este só se efetivará após o cumprimento da sanção disciplinar no regime diferenciado.

Mister se faz aludir que a mesma conclusão cabe para a concessão do livramento condicional, naquilo que lhe for compatível.

8.4 Da Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

Luiz Flávio Gomes (2005, p. 10) responde à questão da constitucionalidade do novo regime, analisando apenas seu aspecto formal. Nessa perspectiva alude sobre a impossibilidade de criação do regime via Media Provisória, e salienta que mesmo tendo sido criado por Lei Ordinária atende à constitucionalidade no seu aspecto formal, pois seria a referida Lei o meio jurídico mais adequado à sua criação.

Já no que concerne ao artigo 5º, da Lei 10.792/03, que faz alusão à competência concorrente (artigo 24, inciso I, da Constituição Federal) da União, dos Estados e do Distrito Federal em matéria, dentre outras, penitenciária, o mencionado autor destaca o inciso IV, do referido artigo como inconstitucional por vício formal, pois a matéria por ele tratada qualifica-se como matéria penal mista (caráter processual e penal), que como dito, é de competência privativa da União, não passível de delegação por meio de lei ordinária, somente por lei complementar (artigo 22, parágrafo único, CF/88).

Nessa trilha, comenta o autor supracitado (2005, p. 15):

Como se observa, no **inciso IV o acentuado** caráter de Direito Penal (artigo 22, I e seu parágrafo único da CF/88, que somente permitiria delegação por lei complementar) encontra-se na limitação da defesa, dogma constitucional (**artigo 5º, LV da CF/88**), já que a pretexto de disciplina (até então, norma concorrente), o Estado poderia limitar o exercício da defesa dos condenados, inclusive, para defendê-los da inclusão injusta ou ilegal no regime disciplinar diferenciado.

Dessa forma, há de se concordar com o autor quanto à inconstitucionalidade formal que deslegitima a vigência do dispositivo em comento.

Demais disso, coerente é a conclusão do autor (2005, p. 13) no que tange aos incisos I, II, III e V do artigo 5º, da Lei 10.792/03, quando os considera constitucionais, pois há de se considerar correta a opinião do autor que alude estarem tais dispositivos de acordo com a competência concorrente delineada no artigo 24, I, da Carta Magna vigente, lembrando que tais matérias têm caráter processual, portanto, compatível com a delegação via lei ordinária.

Em que pese o exame formal da constitucionalidade oferecida por Luiz Flávio Gomes ser de extrema pertinência ao tema, não se pode dispensar a verificação da constitucionalidade do regime frente aos princípios constitucionais e os tratados internacionais que dizem respeito ao tema em comento.

O Brasil optou em sua Constituição Federal, no artigo 1º, constituir-se em um Estado Democrático Social de Direito, e para sua efetiva existência um dos pontos essenciais é adoção de um sistema de direitos e garantias fundamentais.

Cuida o artigo 5º, da Carta Magna vigente em relacionar, de forma não exaustiva, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, dentre estes se encontram os dispositivos que se referem ao direito de liberdade e delimitam suas formas de privação. É, portanto, frente a estes que o Regime Disciplinar Diferenciado deve ser examinado.

Discorrer sobre a mitigação do direito de liberdade impõe ao pesquisador a análise de outras normas que dão eficácia imediata aos direitos fundamentais, quais sejam, os tratados do conhecido Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme permitem os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, já mencionado.

Demais disso, indica a doutrina que as normas do novo regime devem ser compatíveis com as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, pois estas, em que pese não estarem alçadas ao patamar de tratado, são reconhecidas como meio de interpretação das normas que regem o tema em comento.

Nessa trilha, há de se observar o que orienta o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) em seu parecer emitido em 10 de agosto de 2004:

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

Posto isto, importa salientar que um dos fundamentos do Estado Democrático Social de Direito é a dignidade da pessoa humana, postulado este que visa à inviolabilidade física, moral e psíquica do cidadão. Assim, como reflexo deste postulado, interessante se faz elencar direitos e garantias fundamentais vigentes no texto constitucional e que atuam no sentido de proteger os processados e condenados. Entre outros, são eles: artigo 5º, da Constituição da República, incisos II, III, XXXV, XXXIX, XLVI, XLVII (alínea “e”), XLVIII, XLIX, LV.

Comentam Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya (2004, p. 254):

Esses direitos e garantias fundamentais, entre outros previstos no art. 5º da CF, de 05.10.1988, limitam o *jus perseguendi in judicio* e o *jus puniendi*, disciplinando as ações das instituições do sistema penal, evitando que alguém seja preso pela vontade arbitrária das instituições penais. Impede a intervenção penal desnecessária e desproporcional, assegurando o *jus libertatis* do cidadão. Veda o arbítrio estatal punitivo dos regimes de exceção. Ou seja, fixa diretrizes político-criminais e penitenciárias que se ajustam aos regimes democráticos.

Nesse diapasão, como, já destacado, relevante se faz o enfoque da constitucionalidade do novo regime frente aos princípios constitucionais e tratados internacionais, bem como as citadas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas.

8.4.1 O RDD frente ao princípio constitucional da presunção da inocência

A priori, ressalte-se que o Regime Disciplinar Diferenciado, ao impor tratamento igualitário entre presos provisórios e condenados sob fundamentos cercados de conceitos vagos, imprecisos e polêmicos (artigo 52, *caput* e §§ 1º e 2º, da LEP), fere de plano o princípio da presunção da inocência. É preciso dizer que o referido tratamento tem sido prática corrente nas legislações penitenciárias.

No entanto, em que pese o uso corrente do tratamento igualitário, não se pode perder de vista que tal prática encontra ferrenha vedação, não só na esfera constitucional pátria, pelo mencionado princípio da presunção de inocência, como também na esfera normativa internacional.

Nessa perspectiva, Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya (2004, p. 258) salientam com precisão:

Nesse sentido, o art. 10, inciso 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelecem em seu apartado a) “que os processados (preventivos) (...) serão submetidos a um tratamento distinto, adequado a sua condição de pessoas não condenadas”. Estas mesmas orientações se extraem da leitura das Regras 84 a 92 das regras mínimas para o tratamento dos reclusos da ONU; do Princípio 8 do conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1988; ou da Regra 90 das regras penitenciárias europeias. (grifo nosso)

O que é espantoso é que legislações de emergência continuam surgindo, atropelando sem o menor pudor princípios e garantias constitucionais e proteções internacionais.

O RDD, nessa seara, por ser um regime de extremo rigor, em que o preso pode ficar isolado durante 360 dias, sem prejuízo de novas sanções da mesma espécie, com limitação apenas a um sexto da pena fixada, tem especial destaque como meio de ataque ao princípio da presunção de inocência, pois contribui ainda mais para a insegurança jurídica, uma vez que impõe a um inocente, alguém ainda não condenado, um isolamento que pode perdurar “durante todo o tempo que se atrase a Justiça na conclusão do seu processo” (FERREIRA E RAYA, 2004, p. 258).

Pelo aqui exposto, importa concluir que o Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional por afrontar o princípio da presunção da inocência, elencado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal vigente.

8.4.2 O RDD frente ao princípio constitucional da legalidade

O princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais que serve de alicerce ao ordenamento jurídico brasileiro, espraiando-se inclusive na seara do Direito Penal Moderno, de forma a orientar a intervenção penal na esfera de direitos do cidadão. Nessa trilha, seu postulado dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O princípio, em comento, está enunciado no artigo 1º, do Código Penal, e sua base constitucional está firmada no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Nas palavras de Luiz Regis Prado (2002, p. 111), 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 conseqüências 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*).

Decorre do princípio da legalidade a garantia da reserva legal, ou seja, somente por meio de lei pode-se tipificar um fato como delito e também por meio desta se fixará a pena correspondente.

Do exposto, resulta, portanto, o caráter irrefutável da reserva legal, o que veda a delegação, por parte do Poder Legislativo, de matéria de sua exclusiva competência, assim,

em virtude de sua função típica, só ele pode legislar sobre determinadas matérias, como, por exemplo, definir infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica.

Explica a doutrina o motivo de ser o Poder Legislativo o titular do poder normativo na seara penal, isso se justificaria em face deste ser a expressão da vontade do povo, o que faz com que exerça a função normativa de forma não arbitrária.

Relaciona, ainda, a doutrina outras garantias que complementam o princípio em comento. É oportuna a citação de algumas diretamente relacionadas com o tema em estudo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF); “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF).

Nessa trilha, o princípio da legalidade atua no sentido de proteger a dignidade e a humanidade que devem permear o Direito Penal, impedindo que a arbitrariedade incida sobre a execução da pena.

De outro lado, como uma das vertentes do princípio da legalidade está o princípio da taxatividade, também conhecido como princípio da determinação, este “diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica” (PRADO, 2004, p. 114).

Integrante do princípio, em comento, é o princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável ao acusado, este princípio impõe que deve a lei anteceder às condutas humanas.

Sempre se criticou a utilização de expressões excessivamente amplas na Lei de Execução Penal, como demonstra os exemplos constantes do Artigo 50, da referida Lei, que assim dispõe:

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.

Confirmando a argumentação de que a LEP contém expressões vagas e imprecisas, é importante colacionar o disposto no artigo 39, II e V, da LEP:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

Os exemplos citados indicam que a Lei de Execução Penal brasileira traz expressões de difícil compreensão, o que demonstrava já ser tais disposições de constitucionalidade duvidosa.

É importante lembrar que as faltas graves são suscetíveis de punição com isolamento limitado a trinta dias, na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo (artigo 53, IV; e artigo 58, da LEP).

Assim, entendendo o diretor do estabelecimento que o confinado agiu com “inobservância de deveres de obediência”, com “transgressões na execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”, estará sujeito à rigidez de um isolamento por até trinta dias. Ou seja, está totalmente entregue à interpretação por parte das autoridades das expressões aqui suscitadas.

Em que pese todas as críticas quanto à utilização de expressões que de forma alguma observa o princípio da taxatividade, mais uma vez pugnou o legislador em munir-se de técnica legislativa ao alterar o artigo 52, da LEP, criando o RDD e autorizando sua aplicação ante a hipóteses que se revestem de expressões imprecisas e passíveis de múltiplas significações, tais como:

- aplicar o regime àqueles que pratiquem crime doloso que “ocasionem subversão da ordem ou da disciplina internas”;
- aplicar o regime aos presos que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal e da sociedade”;
- aplicar o regime aos presos sob os quais “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Feitas estas considerações, constata-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é de constitucionalidade duvidosa, pois inadequado ao princípio da legalidade. Tal assertiva encontra fundamento face à redação dada pela Lei 10.792/2003 ao artigo 52, *caput* e §§ 1º e 2º, que como até aqui se verificou, apresenta expressões ambíguas e vagas, que abrem caminho a abusos e excessos na execução da pena, violando, portanto, o princípio da legalidade, no seu desdobramento referente à taxatividade.

É, portanto, mais uma vez inconstitucional o regime criado pela Lei 10.792/2003, por afrontar a proteção emanada do artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna vigente.

8.4.3 O RDD frente ao princípio constitucional da proporcionalidade

Como mais uma característica e fundamento inerentes ao Estado Democrático Social de Direito, surge o princípio da proporcionalidade, que tem por postulado garantir que a sanção penal seja proporcional à gravidade e ao dano social do delito.

O princípio da proporcionalidade, implicitamente constitucional, pois como dito, é uma decorrência do Estado Democrático Social de Direito, tem por função atuar como fator moderador ao exercício do poder estatal, uma vez que estabelece seus limites e promove, assim, a proteção de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Compartilhando dessa linha de raciocínio, elucida Fábio Félix e Salvador Cutiño Raya (2004, p. 268):

Cominar ou aplicar sanção desproporcional à lesão causada é ilegítimo e injusto, significando violação aos Direitos Universais do Cidadão. Ademais, o princípio da proporcionalidade deve orientar a cominação e aplicação da sanção considerando uma escala de valoração social da conduta e do resultado lesivo – desvalor da ação e do resultado, impedindo, com isso, uma desproporcionalidade entre os diversos tipos – crimes, contravenções e faltas – existentes no ordenamento jurídico.

Por todo exposto, parece inquestionável que o Regime Disciplinar Diferenciado não atende aos ditames do princípio da proporcionalidade, uma vez que prevê o período de 360 dias de isolamento como punição de condutas lesivas de presos, que comparadas a inúmeros outros delitos, de lesividade superior, porém, com punições bem mais brandas, revela evidente desproporcionalidade do RDD frente àquelas demais conseqüências jurídicas.

Como exemplo, dentre outros, pode-se citar: o crime de lesão corporal (art. 129, *caput*); o crime de perigo de contágio (art. 130); o crime de maus tratos (art. 136); o crime de constrangimento ilegal (art. 146). Todos delitos previstos no Código Penal com penas que vão de quinze dias a um ano de detenção, ou multa.

Como se vê, o novo regime disciplinar que possibilita o isolamento por 360 dias, podendo alcançar até um sexto da pena aplicada, “demonstra nítida

desproporcionalidade ao prescrever sanções superiores às sanções previstas para muitos delitos contidos no Código Penal pátrio” (FERREIRA e RAYA, 2004, p, 270).

Destarte, o Regime Disciplinar Diferenciado mostra inadequação aos ditames constitucionais, por ferir o princípio da proporcionalidade.

8.4.4 O RDD frente ao princípio da dignidade da pessoa humana e da Humanidade

O artigo 1º, da Constituição Federal enumerou os chamados fundamentos do Estado brasileiro, e dentre estes está a dignidade da pessoa humana. É importante lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem postulou: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”.

A esse respeito, é interessante recordar, ainda, a lição de Beccaria (2003, p. 75): “A liberdade deixa de existir sempre que as leis permitam que em determinadas circunstâncias um cidadão deixe de ser ‘um homem’ para vir a ser ‘uma coisa’ que se possa pôr a prêmio.”

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana está o princípio da humanidade, que se encontra firmado em várias garantias constitucionais, entre elas, pode-se enumerar: o artigo 5º, incisos III, XLVII, XLVIII e XLIX, da Constituição Federal de 1988.

Sobre o princípio da humanidade e seu reflexo na seara penal, Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya (2004, p. 271), elucidam com bastante propriedade, que por meio deste se impõe “reconhecer e tratar o preso como pessoa humana, que embora privado do direito de locomoção, mantém a titularidade dos demais direitos não atingidos pela sentença penal, assegurando-lhes todos os direitos inerentes à condição humana”.

Neste momento, cumpre analisar se o Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao detento tratamento cruel, desumano ou degradante, infringindo, a um só tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade.

Demais disso, não se pode falar nos princípios, em tela, sem relacioná-los com a finalidade ressocializadora da pena, pois a preservação da dignidade da pessoa presa está intimamente relacionada com a referida finalidade da pena.

Nesse mesmo sentido, revelam os dispositivos, abaixo transcritos, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos:

Artigo 10 – I. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana;
[...]
III. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros.

Com efeito, em que pese a realidade das instituições penitenciárias proporcionarem inocuidade ao ideal ressocializador da pena, o que se busca com a proteção emanada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade é, justamente, reavivar o referido ideal.

Pretensão esta que está presente na vedação de penas cruéis, desumanas ou degradantes. Vedação que se encontra espraiada na legislação universal, da qual são exemplos: artigo V, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigo 5º, inciso 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigo 7º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

O Texto Constitucional pátrio repisou a referida vedação no artigo 5º, inciso III, dispondo que: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Feitas essas considerações, é importante estabelecer se o Regime Disciplinar Diferenciado incorre nas vedações argüidas. Todavia, antes disso, mister se faz definir o que seria tratamento cruel, desumano ou degradante.

No tocante à referida definição, o que se tem é uma clara conceituação por parte de tratados internacionais sobre o que venha a ser tortura. Assim, convém colacionar a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, que em seu artigo 1º, dispõe que tortura é:

Art. 1º. [...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; [...] Não se considera como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A crítica que se faz ao dispositivo acima cogitado é que este, em sua parte final, deixou um caminho aberto para o exercício arbitrário na punição de faltas disciplinares cometidas por detentos. Todavia, alertam os estudiosos que uma interpretação nesse sentido não corresponderia à real intenção da norma internacional, pois o seu objetivo é justamente “evitar a atuação da administração penitenciária que afete gravemente a dignidade da pessoa,

exponha a um tratamento vexatório e constitua uma humilhação a mais do que a já produzida pela privação da liberdade” (FERREIRA e RAYA, 2004, p. 272).

Também há definição do que venha a ser tortura na Organização dos Estados Americanos, em sua Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, conforme assinala seu artigo 2º:

Art. 2º. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Como se destacou, não se tem, portanto, uma definição expressa do que seja tratamento desumano ou degradante, todavia o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2004, p. 10) entendeu que “as definições que se empregam para a tortura permitem afirmar que, sendo esta um extremo, aqueles seriam uma versão mitigada daquela, dada a sua menor intensidade”.

Diante da incoerência de uma definição precisa do que venha a ser tratamento desumano ou degradante, a doutrina aconselha que sejam construídos critérios para tal definição a partir do atendimento das Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, bem como das normas internacionais de direitos humanos.

Nessa trilha, a Regra Mínima nº 31 estabelece: “serão absolutamente proibidos como punições por falta disciplinar os castigos corporais, a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.”

Também, é preciso ter em conta que ao aplicar o isolamento há de se atender ao disposto na Regra Mínima nº 32, que estabelece:

- a. As penas de isolamento e de redução alimentar não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito que ele está apto para as suportar.
- b. O mesmo se aplicará a outra qualquer punição que possa ser prejudicial à saúde física ou mental de um preso. Em nenhum caso deverá tal punição contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.
- c. O médico visitará diariamente presos sujeitos a tais punições e aconselhará o diretor, se considerar necessário terminar ou alterar a punição por razões de saúde física e mental.

Segundo essa ótica, acentua Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya (2004, p. 279):

Ademais, num país onde a população livre ainda encontra dificuldades em obter assistência médica; onde a população carcerária convive com doenças infecto-contagiosas como a tuberculose e a Aids; onde, segundo o Relatório do Human Rights Watch, o espaço físico é inadequado com a prática de atividades médico-sociais, faltam medicamentos, faltam equipamentos e existe reduzido número de profissionais da área da saúde, manter o preso no isolamento, com todas essas deficiências, significa caminhar para a absoluta inocuidade do mesmo.

Nesse ponto cumpre sublinhar que o isolamento celular como forma de punição tem caráter excepcional, e só pode ser admitido sob acompanhamento médico. Demais disso, deve ser impingido por tempo estritamente necessário, sob pena de pôr em risco a sanidade do preso.

No mesmo caminho, alude o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2004, p. 11):

A questão da sanidade mental e física do preso mostra-se absolutamente relevante e, neste aspecto, a Lei n. 10.792/03 andou mal em não prever qualquer amparo médico ao submetido ao RDD. Ausente o acompanhamento médico, restaram violadas as Regras Mínimas e presume-se que a aplicação da segregação individual resulta em crueldade, desumanidade e/ou degradação da pessoa encarcerada.

Vale salientar que um tratamento que impõe um isolamento que em todos os sentidos é excessivo (prazo e maneira de execução), que tem como consequência a destruição da personalidade do indivíduo, não pode ser justificado frente à necessidade de segurança que, sim, é dever do Estado, mas não autoriza que este acoberte sua incompetência em manter as instituições penitenciárias dentro dos ditames da Lei, utilizando-se de medidas emergenciais que primam pela crueldade, desumanidade ou degradação da pessoa confinada.

Nessa perspectiva, conclui o parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2004, p. 12):

Em conclusão preliminar, a falta de previsão legal que garanta ao preso em RDD constante amparo médico, seja quanto a aspectos clínicos, seja quanto aos de ordem psiquiátrica, configura grave incongruência com as prescrições do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, portanto, com a própria vedação constitucional ao empregos de tratamento desumano ou degradante.

Como visto, a Regra Mínima nº 32, visa a proteger a integridade não só física, mas também psíquica do detento confinado em regime de isolamento. Em decorrência disso, impõe o acompanhamento médico contínuo em tais casos.

Mas, o tratamento médico não é garantia de sanidade mental do preso, se a este não for aplicado o isolamento celular apenas em caráter excepcional e pelo tempo estritamente necessário. E por tempo necessário entenda-se: aquele que não impeça a finalidade da pena e que preserve a integridade física e mental do preso.

É interessante enumerar alguns exemplos na legislação estrangeira de prazos de isolamento celular como forma de punição disciplinar que se preocupa com a saúde mental do preso, são eles: Itália, Venezuela e Canadá, com isolamento celular de quinze dias; Alemanha, com isolamento celular de quatro semanas; Portugal, com isolamento celular de um mês.

É cediço que o novo regime surge com a única função de fazer frente às manifestações das organizações criminosas, que de dentro de estabelecimentos prisionais, comandaram diversos ataques à sociedade civil. Assim, com a justificativa de que por meio de tal regime se restringiria a comunicação dos criminosos com o mundo exterior, o RDD seria o meio adequado para o Estado proteger a vida do encarcerado (preso subjugado pelo poder do crime organizado) e a integridade física dos componentes da sociedade.

Contudo, assevera-se em bem lançado asserto que, “o modo pelo qual foram feitas as regras do RDD, seja pela sua longa duração (até um ano), seja pela forma de execução (isolamento celular com interrupção quase absoluta do contato com o mundo exterior), foram além do necessário e do permitido para contornar a situação ” (CNPCP, 2004, p. 14).

Destarte, constitui-se o RDD em mecanismo utilizado pelo Estado para sombrear sua incapacidade de coibir a atuação do crime organizado dentro de estabelecimentos penais comuns, que se cumprissem as determinações de segurança da Lei de Execução Penal, com certeza, restaria inibida tal permeabilidade dos estabelecimentos prisionais com o mundo exterior.

Mas, talvez seja menos custoso investir em instituições arbitrárias, do que enfrentar o problema da formação de facções criminosas em estabelecimentos prisionais que, em verdade, longe estão de se adequarem aos padrões de segurança necessários ao bem estar da população carcerária e da sociedade civil.

Por todo o exposto, é correta a afirmação de que o isolamento imposto pelo Regime Disciplinar Diferenciado com duração de 360 dias, sem prejuízo da repetição da

sanção em caso de nova falta, com a limitação fixada em um sexto da pena, é de plano inconstitucional, pois atentatório à vedação de tratamento desumano ou degradante e por conseguinte, não permitido, pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e pelo princípio constitucional da humanidade, pois capaz de levar o confinado à aniquilação de sua personalidade e de sua saúde mental.

8.4.5 Posição favorável à constitucionalidade do RDD

Em que pese a presente pesquisa se filiar a corrente que entende ser o Regime Disciplinar Diferenciado inconstitucional, é mister trazer à colação a decisão do Superior Tribunal de Justiça, emanada no julgamento do HC 40300/RJ, a qual se refere o Comentário da Revista IOB (2007, p. 22), pois a referida decisão apresenta argumentos que colaboram na defesa da constitucionalidade do regime em comento.

Assim, mostrando argumentos contrários à alegada inconstitucionalidade, posicionamento adotado nesta pesquisa, primar-se-á por enriquecer o debate que o tema desperta.

Nessa toada, a referida decisão, num primeiro momento, analisa a constitucionalidade do RDD, confrontando-o com o princípio da proporcionalidade. Assim, suscita o Ministro Arnaldo Esteves Lima (2007, p. 23), relator da decisão comentada pela Revista IOB:

[...] considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna vigente não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o ora combatido regime disciplinar diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

Entende o ilustre relator que frente a necessidade de preservar a segurança nos estabelecimentos penais e resguardar a ordem pública, e tendo em vista o elevado grau de insegurança gerado por facções criminosas, que culminou na morte de vários indivíduos, presos e integrantes da sociedade civil, sopesando o princípio da proporcionalidade com o interesse público, aquele deve sucumbir em face deste.

Também, no tocante ao princípio da dignidade humana e ao princípio da humanidade, a decisão emanada pugna por afastar a alegação de violação dos princípios em questão. Pois, para tal decisão, só haveria de falar-se em tal violação se o isolamento fosse

imposto em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. “Ademais, o sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há de se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção” (IOB, 2007, p. 23).

Por fim, entende a decisão em comento, colacionada pela Revisa IOB, que o Regime Disciplinar Diferenciado não afronta o princípio da presunção de inocência, pois dispensar tratamento igualitário entre presos provisórios e condenados, já, estava autorizado pelo parágrafo único, do artigo 44, da Lei de Execução Penal, que assim dispõe: “estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório”.

Como já dito, a presente pesquisa continua considerando como melhor entendimento o que pugna pela inconstitucionalidade do novo regime, pelos motivos já explanados nos tópicos anteriores, relacionados à discussão sobre a constitucionalidade do RDD.

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

Em estrita conexão com o ponto anterior, está a arguição de que o Regime Disciplinar Diferenciado é mais uma expressão de um Direito Penal de Inimigo.

Antes de passar ao exame da alegação acima, é necessário emitir breves considerações sobre o Direito Penal do Inimigo.

8.5.1 As proposições de Günther Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo

Registra a história que a expressão Direito Penal do Inimigo foi, primeiro, utilizada pelo professor alemão Günther Jakobs, no ano de 1985. Contudo, o catedrático teorizou o tema só a partir da década de 90, em sua obra intitulada *Derecho Penal Del Enemigo*.

A idéia de um Direito Penal do Inimigo é baseada nos pensamentos de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Para Rousseau (1959) apud Jakobs (2007, p. 25) “qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este”.

Semelhante é o pensamento de Fichte apud Jakobs (2007, p. 26), “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e como ser humano”.

Já Hobbes (1984) apud Jakobs (2007, p. 27),

em princípio, mantém o delinqüente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, o *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 ao estado de natureza ... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.

E por fim, no pensamento de Kant (1907) apud Jakobs (2007, p. 28): “toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”. Conclui Kant que aqueles que assim não agirem devem ser tratados como inimigos e excluídos do “estado comunitário legal”.

Assim, para Jakobs, o inimigo é todo aquele que, reiteradamente, pratica atos delitivos ou que em face de seus crimes ponham em risco a própria existência do Estado.

Nessa perspectiva, Jakobs, desde de 1985, defende a existência de duas espécies de direito penal, um para o cidadão e outro para o não cidadão. Quanto a isso, elucida Marcelo Lessa Bastos² (2007, p. 2):

A proposta de bifurcação do Direito Penal ou mesmo de coexistência de dois Direitos Penais, voltados para públicos diferentes – um para o cidadão, que é uma pessoa a ser reeducada; e outro para o inimigo, que seria uma “não pessoa”, uma fonte de perigo que precisa ser neutralizada -, é formulada por Jakobs para, em última análise, não contaminar o Direito Penal do cidadão com as regras duras necessárias ao trato do inimigo.

Com efeito, para Jakobs se justifica a existência de direitos penais diferentes para públicos diferentes, pois existiria uma espécie de indivíduo que é, como dito, uma “não pessoa”, um inimigo a ser combatido e excluído da sociedade, pois é uma constante ameaça à

² Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, mestre em Direito Pela Faculdade de Direito de Campos, doutorando pela Universidade Gama Filho, professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos (Centro Universitário Fluminense)

segurança dos cidadãos, daí porque estaria autorizado a impor punições ao inimigo, mesmo que estas avançassem na esfera de direitos e garantias inerentes a qualquer cidadão.

É preciso salientar, que o Direito Penal do Inimigo só teria vigência se fosse aplicado de forma excepcional, pois, para Jakobs, a regra é o Direito Penal do cidadão.

Vale destacar que Jakobs defende a vigência de um Direito Penal do Inimigo legitimada em função da prevalência que deve haver do direito à segurança dos cidadãos face às liberdades do indivíduo.

Dito isto, importante trazer a colação, novamente, o magistério de Marcelo Lessa Bastos (2007, p. 2):

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.

Ressalte-se que o direito penal contra o inimigo encontra terreno fértil para atuar na legislação anti-terrorista, na criminalidade organizada e na delinquência sexual. No Brasil, é notória a atuação da espécie em legislações de combate à criminalidade organizada.

Feitas essas reflexões prévias e analisando as idéias de Jakobs, pode-se elencar como características principais do Direito Penal do Inimigo:

- a) o que se procura não é reafirmar a vigência da norma, mas sim excluir da sociedade um perigo;
- b) a vigência de um Direito Penal do Inimigo permite a incriminação de atos preparatórios;
- c) dá-se ensejo a um Direito Penal de autor em detrimento ao Direito Penal de fato, pois a reação punitiva projeta-se sobre a personalidade do indivíduo e não sobre fatos concretos;
- d) expansão do Direito Penal no seu aspecto simbólico e punitivo;
- e) na seara do direito processual abre-se a possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos, inclusive, autorizando a vedação de contato entre o preso e seu defensor.

8.5.2 O Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal de terceira velocidade

É interessante analisar a relação que a doutrina tradicional faz do Direito Penal do Inimigo com o chamado Direito Penal de terceira velocidade, pois o primeiro, seria, em verdade, expressão do último.

Nessa trilha, é forçoso trazer elucidações sobre as três velocidades propostas por Silva Sanches para o Direito Penal, quais sejam:

a) o Direito Penal de primeira velocidade compreende o chamado Direito Penal clássico, no qual se situam as penas privativas de liberdades e as garantias individuais que a permeiam;

b) a segunda velocidade do Direito Penal se expressa nas medidas alternativas, como penas restritivas de direito, pecuniárias, entre outras. Nessa se destaca a possibilidade de flexibilização das clássicas garantias do Direito Penal, diretamente relacionadas com a gravidade da sanção. Damásio de Jesus (2006, p. 1) cita como exemplo da segunda velocidade a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995);

c) ainda admite o autor a combinação de características da primeira e segunda velocidade, formando, assim, a terceira velocidade do Direito Penal, onde se mesclaria a pena privativa de liberdade com a flexibilização de garantias, justamente quando fosse necessário combater “fenômenos de criminalidade capazes de desestruturar o Estado” (BASTOS, 2007, p. 10).

Justamente nessa terceira categoria o autor enquadra o terrorismo e o crime organizado. Para tanto, justifica Silva Sanches (2002) apud Bastos (2007, p. 10):

Em casos dessa natureza surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Daí porque, nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais.

Examinado o Direito Penal do Inimigo no âmbito das velocidades do Direito Penal, é importante pôr em destaque as críticas apresentadas por Manuel Cancio Meliá, que, com muita propriedade, apresentou reflexões sobre o tema em comento.

8.5.3 Críticas de Manuel Cancio Meliá ao Direito Penal do Inimigo

Manuel Cancio Meliá³ teve oportunidade de conviver com Günther Jakobs na Universidade de Bonn, na Alemanha, quando foi bolsista da Fundação Alexander Von Humboldt. Assim, comenta Jakobs (2007, p. 10): “Nossas posições diferem de forma considerável, nem tanto no diagnóstico, mas no que se refere às conseqüências que é possível esperar ou que, inclusive, deve postular-se”.

Meliá entende ser o Direito Penal do Inimigo formado por dois componentes, um Direito Penal simbólico e punitivo. Assim, o aspecto punitivo passa a idéia de que aumentando a pena ter-se-á por conseqüência a redução da criminalidade. Já no tocante ao aspecto simbólico, tem-se que a “a tipificação penal atua como mecanismo para a criação de uma identidade social” (JESUS, 2006, p. 3).

Nessa trilha, Damásio de Jesus (2006, p. 3) relaciona as críticas de Meliá ao Direito Penal do Inimigo, as quais convém sintetizar conforme abaixo:

a) por imposição das Constituições cidadãs, a todos deve ser atribuída a condição de pessoa detentora de direito e garantias, o Direito Penal do Inimigo não se coaduna com tal postulado, afronta, portanto, o Estado Democrático Social e de Direito;

b) onde se vê a implantação de um Direito Penal do Inimigo não se constata a prometida redução da criminalidade;

c) “a melhor forma de reagir contra o ‘inimigo’ e confirmar a vigência do ordenamento jurídico é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou ‘cidadão’)”;

d) o Direito Penal do Inimigo afronta o princípio do direito penal de fato e vai de encontro a um direito penal do autor, onde o que importa é quem se pune e não o que se pune (fato praticado).

³ Manuel Cancio Meliá é professor titular de Direito Penal na Universidade Autónoma de Madrid; ex-bolsista de investigação do Serviço de Intercâmbio Alemão; pós-doutor do Serviço de Intercâmbio Alemão; ex-bolsista da Fundação Alexander Von Humboldt da Alemanha.

8.5.4 Características do RDD que o qualificam como um Direito Penal do Inimigo

Feitas estas breves considerações sobre o Direito Penal do Inimigo, é possível identificar o Regime Disciplinar Diferenciado como expressão daquele, pois em tal regime o que se prima é por excluir do convívio carcerário comum o preso-inimigo, pois só assim se alcançaria a segurança tanto almejada pela comunidade carcerária e pela sociedade.

Nas palavras de Paulo César Busato⁴ (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.

A partir dessa idéia de legislações de emergência, fundadas num Direito Penal de Inimigo, espera-se convencer que questões, eminentemente, de fundo social se resolvem com furor legislativo e graves punições.

É oportuno identificar os pontos na previsão legal do Regime Disciplinar Diferenciado que o caracteriza como uma expressão do Direito Penal do Inimigo.

Em primeiro lugar, há de se analisar a primeira hipótese que autoriza a incidência do regime em comento, qual seja, a prática de fato previsto como crime doloso, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas.

Aqui se abre a possibilidade de impingir regime extremamente rigoroso face à alegação de que o preso “praticou” crime doloso, não há a menor preocupação da lei em exigir a condenação anterior por tal prática. Ou seja, a preocupação é em impor ao “inimigo” uma punição severa, desprovendo-o de mais uma de suas garantias, qual seja, do devido processo legal em que se registre sua condenação. Afinal, rompido se encontra a sua presunção de inocência e seu direito à ampla defesa.

Demais disso, não há qualquer menção na Lei do que seria um crime doloso capaz de ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, deixando ao arbítrio do

⁴ Paulo César Busato é Promotor de Justiça do Estado do Paraná, Professor de Direito Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Especialista em Direito penal econômico e europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal e doutorando em Problemas atuais do Direito penal na Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha.

jugador e das autoridades legais a indicação da ocorrência de tal fato. Com isso facilita-se a perseguição aos considerados inimigos.

Nessa trilha, a previsão de aplicação do novo regime com base no disposto no artigo 52, *caput*, da Lei de Execução Penal é expressão de um Direito Penal do Inimigo.

No mesmo caminho, seguem as outras hipóteses de incidência do novo regime (§§1º e 2º, do Artigo 52, da LEP). Se no primeiro caso cabe a alegação de que se tratou o preso como uma “não pessoa”, as outras hipóteses autorizadoras do novo regime, por si só, já demonstram a atuação do legislador baseada num Direito penal do autor, e não num Direito Penal do fato.

Nessa perspectiva, é interessante citar a lição de Paulo César Busato (2005, p. 4):

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um “alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”. Porém, a respeito de que estamos falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário podem decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos? E mais, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza à respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução.

Com efeito, enquanto o cidadão para ser acusado, deve antes ter exteriorizado seu comportamento infracional, o “não cidadão”, simplesmente, sob a pecha de “perigoso” ou sob a suspeita de participação ou envolvimento com a criminalidade organizada, não dispõe de uma esfera privada imune ao Direito Penal, a qual somente poderia ser perturbada quando exteriorizado seu comportamento.

A nova determinação contida no §1º, do artigo 52, da LEP diz que o regime disciplinar pode abrigar também presos provisórios ou definitivos, desde que apresentem “alto risco” para o estabelecimento penal ou para a sociedade. Aqui cabe uma pergunta: o que seria considerado alto risco?

Percebe-se que a intenção é segregar pessoas não por fatos cometidos e sim por suas identidades, assim, mantendo tipos legais abertos e imprecisos poderão as instituições prisionais e judiciárias definir quem será considerado perigoso. Está aberto, com certeza, o caminho para um Direito Penal do Inimigo.

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

Salienta-se que a possibilidade de submeter alguém à punição tão rígida sob o mero juízo de fundada suspeita é totalmente absurda. O que se está admitido, aqui, em verdade, é que o Estado brasileiro permite que seus cárceres funcionem como verdadeiros covis de crimes. Mais uma vez, é relevante um questionamento: quem deve ser responsabilizado, o preso que se aproveitou da oportunidade para atuar ou do Estado que não estruturou seus estabelecimentos penais de forma adequada a impedir atividades delituosas?

Vale lembrar, ainda, que para as pessoas submetidas ao Regime Disciplinar Diferenciado não existe previsão da prática de nenhuma atividade laborativa, esportiva ou educativa, com a previsão legal de saída da cela apenas duas horas por dia para banho de sol. Percebe-se aqui o abandono ao ideal ressocializador da pena, o que se pretende somente é excluir o delinqüente do universo social, mesmo que para isso tenham que ser desrespeitados princípios de um Estado Democrático Social de Direito.

Parece se ter esquecido completamente das disposições do artigo 1º, da Lei de Execução Penal, que propõe a pena com fins primordiais de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Será que mantê-lo, totalmente, afastado do convívio social promoverá seu retorno recuperado à sociedade ou a intenção é apenas aniquilar sua personalidade? Não se pode perder de vista que tal isolamento poderá ter conseqüências ainda mais graves, pois como é cediço, o preso isolado, um dia, terá de voltar ao convívio com outros presos em regime prisional comum, o que garante que ele retornará menos “perigoso” ou menos disposto a participar da criminalidade organizada?

Afinal de contas, a única providência que foi tomada foi afastá-lo do convívio com outras pessoas, mas nenhuma atitude foi tomada para mudar sua postura, o que leva a entender que o preso-inimigo voltará a delinqüir da mesma forma de antes.

Paulo César Busato (2005, p. 4) comenta:

Todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde “não importa o *que* se faz ou omite (o fato) e sim *quem* –

personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor).”

Com efeito, como bem coloca o autor, o que se tem buscado é resolver o problema da crescente criminalidade violenta com um excesso de legislações geradas pelo pânico, todavia, essa Política Criminal há de ser considerada equivocada, pois, está longe de resolver o problema, resultando, sim, na multiplicação da violência.

Ressalte-se ainda, as elucidações de Themis Maria Pacheco de Carvalho⁵ (2006, p. 12):

Inegável que a manutenção de extensa vida criminosa mesmo intramuros de prisões não se deve somente a astúcia do delinqüente, mas sim, e também a ineficácia do Estado e de seus agentes para impedir o acesso à prisão de meios que possibilitem o exercício da atividade criminosa cuja sede, em alguns casos, tem por base uma penitenciária do Estado.

No entanto, o que se vê é a total incapacidade do Estado em assumir a sua parcela de culpa na situação atual em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, ao contrário, vende a falsa idéia de que tudo se resolve com iniciativas legislativas, “evidentemente esta lei não pode alcançar a pretendida diminuição de índices de delinqüência, já que a raiz do fenômeno criminológico brasileiro se encontra muito mais nas graves distorções sociais e econômicas do que no regime interno do cárcere”. (BUSATO, 2005, p. 6)

Como dito, o Regime Disciplinar Diferenciado assume o abandono do Estado em cumprir o ideal ressocializador da pena, demonstra sua única intenção de exterminar os elementos indesejáveis da sociedade e, por fim, atende a um caráter punitivo e simbólico que se pretende dar ao Direito Penal brasileiro, passando a falsa noção de que com punições extremamente rígidas, fora dos parâmetros admissíveis em um Estado que se pretende democrata, social e de Direito, se alcançará a almejada redução da criminalidade organizada.

Poucos são os que escrevem sobre a cultura de um Direito Penal do Inimigo que começa a invadir o ordenamento jurídico brasileiro, mas dentre estes, o que se pode ver é que muitos rechaçam a adesão a tal exacerbação no Direito Penal brasileiro.

Nessa perspectiva, fortalecendo a afirmação de que o RDD traduz-se numa política criminal penitenciária equivocada, é interessante verificar a posição de Paulo César Busato (2005, p. 12):

⁵ Themis Maria Pacheco de Carvalho é Promotora de Justiça em São Luis-Ma. Doutoranda em “Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminologia.” UPO, Sevilha-Espanha.

[...] 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.

Também se colocam contrários à adoção de um Direito Penal meramente punitivo e simbólico, que leva a uma expressão de Direito Penal do Inimigo, mesmo que aplicado em sede disciplinar, autores como: Muñoz Conde, Zaffaroni, Luiz Flávio Gomes⁶ e diversos operadores do direito que se lançaram a escrever sobre o presente tema, que podem não ter o mesmo destaque dos primeiros, mas com certeza colaboraram em muito para o debate sobre o tema.

Por todo o aqui exposto, a conclusão mais acertada que se pode chegar e concordar é a de que o Regime Disciplinar Diferenciado é, por suas disposições e formas de execução, uma expressão de um Direito Penal do Inimigo.

⁶ Zaffaroni, Pierangeli, Luiz Flávio Gomes, Muñoz Conde, Cancio Meliá, Luís Greco, Winfried Hassemer, dentre outros, foram citados em artigos pesquisados, para confecção do presente trabalho, como opositores à adoção de um Direito Penal do Inimigo.

9 CONCLUSÃO

Entrando na etapa conclusiva da presente pesquisa, algumas considerações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, constata-se que o Regime Disciplinar Diferenciado surge num contexto de abandono do preso pelo Poder Público, pensou-se que, simplesmente, jogando o preso em estabelecimentos prisionais estaria resolvido o problema de segurança frente aquele que cometeu o delito. Ledo engano, na ausência do Estado, não faltaram interessados em tomar para si a responsabilidade por essa parcela da população abandonada.

E isso aconteceu, não tardou muito e as organizações criminosas se sentiram à vontade para sediar suas indústrias do crime dentro do próprio estabelecimento prisional, local de vasta mão-de-obra, ou seja, os presos desde logo se viram obrigados a submeterem-se aos comandos do crime organizado, afinal de contas, se até mesmo o Estado é ineficaz no combate contra tais organizações criminosas, muito mais é o preso à mercê delas.

Dentro deste referencial, ausência estatal, os líderes das facções criminosas sentiram-se livres para agir, comandaram verdadeiros ataques à população carcerária e à sociedade civil no intuito de impor suas condições, eles, agora, acham-se no direito de decidir onde cumprir suas penas e como, afinal, sempre estiveram no comando.

Assim, um universo não tão desconhecido, talvez, simplesmente ignorado, vem à tona, a população, incomodada na tranqüilidade de seu cotidiano, cobra solução, o Estado finge resolver, basta apenas editar leis, pois estas convencem de que providências efetivas estão sendo tomadas.

Nesta perspectiva, surge o Regime Disciplinar Diferenciado, uma legislação nascida do pânico, impulsionada pela mídia, que mais uma vez cumpre um papel manipulador de vontades.

No novo regime pouco importa a constitucionalidade da medida. No Brasil, vale mais a força política do que o atendimento das normas constitucionais, tratados internacionais são rasgados, princípios são postos de lado, tudo em prol da utilização de um Direito Penal meramente simbolista e punitivo, portador da ilusão de ser ele um instrumento útil a proporcionar a almejada segurança social.

E os velhos presídios fomentadores do crime organizado continuam lá, afugentam-se Fernandinhos e Marcolas, outras células surgem no lugar daqueles, e mais são encaminhados ao novo regime, todavia, um dia voltam e o problema continua.

Já que a preocupação é única e primordial com a exclusão do preso perigoso, melhor seria aprovarmos a pena de morte para eles, afinal de contas são ditos irrecuperáveis, portanto, imprestáveis para os que determinam os padrões comportamentais aceitáveis.

Essas são as idéias fomentadas por um Direito Penal do Inimigo, vê-se num regime como o RDD expressão clara desta teoria, vende-se a idéia de que estamos em guerra, que algumas “não-pessoas” consideradas perigosas possuem a capacidade de destruir o Estado, e que este é uma vítima daquelas.

Será esta a verdade? Presos tão poderosos conseguiriam atuar tão livremente sem a colaboração do Estado? Seriam estes presos os verdadeiros líderes do crime organizado ou meros soldados dos conhecidos corruptos que por aqui sempre andaram?

Feitas essas considerações iniciais, passa-se às conclusões pontuais. No aspecto constitucional, conforme ficou demonstrado, o regime em comento é inconstitucional por afrontar, dentre outros, os princípios da presunção de inocência, legalidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e humanidade.

Tal afirmativa decorre, principalmente, da possibilidade de incidência do regime sob a alegação de que o preso “suspeito” apresenta “alto risco”, “subverte a ordem e a disciplina”, todas expressões inadequadas ao princípio da legalidade. Demais disso, a presunção da inocência simplesmente não existe em tal regime, pois o preso pode ser punido não por seus atos, mais sim pelo fato de ser quem é, não se pune por sua culpa, mas sim pela sua fama.

Como se tudo isso não bastasse, é inadmissível que as instituições de controle de constitucionalidade continuem fazendo vista grossa para a imposição de um isolamento por período tão excessivo, que pode ser de trezentos e setenta dias, ou setecentos e vinte dias, ou um sexto da pena. É cediço que um isolamento, em tal patamar de longevidade, não visto de igual monta em nenhum país, é medida inútil e prejudicial à saúde do preso.

Demais disso, os tratados internacionais que se referem ao tema e as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas vedam o isolamento celular nos moldes aplicados pelo RDD, pois caracterizam tratamento cruel, desumano e degradante.

Por tudo isso, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade, sendo, mais uma vez, inconstitucional.

Conclui-se, ainda, pela inconstitucionalidade do regime, em face do princípio da proporcionalidade, uma vez que se impõe um regime extremamente rígido para condutas que se comparadas com outros delitos, de lesividade superior, contudo, com punições mais brandas, revelam evidente desproporcionalidade.

Nesse contexto, identifica-se o novo regime como expressão de um Direito Penal do Inimigo, uma vez que o endurecimento das regras de execução da pena privativa de liberdade, nele proposto, é de todo compatível com as proposições do chamado Direito Penal do Inimigo.

Todavia, alerta-se, o crime organizado, praticado no Brasil, não assume as mesmas feições da Máfia que atua na Europa e, muito menos, assemelha-se aos terroristas que apavoram os norte-americanos, situações estas que levaram à teorização de um Direito Penal do Inimigo. Vale dizer: não se pode sacrificar garantias individuais, duramente conquistadas ao longo da história brasileira, em prol de um regime disciplinar de eficácia duvidosa, qual seja, efetivo combate à criminalidade organizada.

No entanto, não há como cerrar os olhos às transformações do mundo que está à volta do observador. É fato público e notório o fortalecimento das organizações criminosas, seus métodos – de matar inocentes presos ou livres – são suficientes para atrair o repúdio e exigir uma resposta por parte do Estado Democrático de Direito. Mas essa resposta de forma alguma pode expressar um desejo de vingança difundindo a perda de direitos básicos do cidadão.

De outro lado, o que devem, sociedade civil e operadores do direito, é cobrar, não a solução de problemas sócio-econômicos com leis incriminadoras, mas sim com políticas efetivas e permanentes no intuito de reduzir a marginalização de parcela expressiva da população brasileira. A melhor solução para a questão da violência, jamais, virá revestida de um imediatismo, muito menos com o implemento de um Direito Penal simbólico, punitivo e expansionista, pois não é função dessa seara do Direito solucionar questões sociais, estas sim verdadeiras causas da violência vigente na atualidade.

Por tudo isso, é evidente que utilizar um Regime Disciplinar Diferenciado que leva em conta a periculosidade do agente, e não os fatos que o levaram ao cárcere, é admitir finalidade política à execução penal, o que implica num desvirtuamento da finalidade do

Direito Penal, com o conseqüente cerceamento da liberdade fora dos parâmetros admitidos pelo Estado Democrático Social e de Direito que o Brasil pretende ser.

Por derradeiro, espera-se ter contribuído para fomentar, no leitor desta pesquisa, o anseio por questionar as soluções que vêm sendo propostas para a questão da violência no Brasil, principalmente, a derivada do cárcere. Não se pode permitir que a Carta Magna brasileira seja ignorada, que tratados internacionais sejam descumpridos, que um Direito Penal do Inimigo se instale por aqui, como se nunca houvesse se optado por um Estado Democrático Social e de Direito.

BIBLIOGRAFIA

A EXECUÇÃO penal e a ideologia da disciplina. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 123, p. 1 Fev. 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARRUDA, Rejane Alves de. Regime disciplinar diferenciado : três hipóteses e uma sanção. **Revista Síntese de direito penal e processual**, São Paulo, v. 6, n. 33, p. 35-38, Ago./Set. 2005.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**. [s.l.: s.n.], 9 dez. 1975. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/onu/prisioneiros/texto/texto_4.html>. Acesso em 9 jul. 2007.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. [s.l.: s.n.], Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em 9 jul. 2007.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura**. s.n., Cartagena das Índias, 9 de dez. 1985 Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/cartagena.htm>>. Acesso em 9 jul. 2007.

BARROS, A. M. A reforma da Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 590, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6322>>. Acesso em: 02 maio 2007.

BARROS, C.S.M. O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) É UM ACINTE. **Paulo Sérgio Leite Fernandes**, São Paulo, Seção Processo Penal (Doutrina). Disponível em: <<http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>>. Acesso em 18 jul. 2006.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal** : parte geral. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. 1v.

BASTOS, M. L. Alternativas ao direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1319, 10 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9481>>. Acesso em 15 jul. 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** : causas e alternativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal** : parte geral. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v.

BRASIL. Lei nº 11464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 29 de mar. de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em 15 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 de jul. de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em 15 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 10792, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2 de dez. de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em 15 jul. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). **Parecer – RDD**. Conforme deliberação tomada na 295ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, ficou decidido que o órgão deveria produzir um parecer, com o objetivo de perscrutar eventuais incongruências entre dispositivos da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003 e os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, no que diz respeito à instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, doravante denominado simplesmente RDD. Brasília, DF, Parecer de 10 de ago. de 2004. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/cnppc/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD%20_final_.pdf>. Acesso em 15 jul. 2007.

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

BRUNO, Anibal. Direito penal : parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 3 t.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 14, p. 137-145, Abr./Jun. 2004.

BUSATO, P. C. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Mundo Jurídico**, Paraná, 12 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 5 fev. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial** : juizados especiais criminais, interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos. 4. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2005. 2 v.

CARVALHO, Salo de. O suplício de Tântalo : a lei nº 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 134, p. 6, Jan. 2004.

CARVALHO, Salo de. Tântalo no divã : novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 12, n. 50, p. 91-118, Set./Out. 2004.

CARVALHO, Salo; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica à execução penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 275.

CARVALHO, T. M. P. A perspectiva ressocializadora na execução penal brasileira. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, São Luís, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://pgji.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em 15 jul. 2007.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana de direitos humanos** : Pacto de São José da Costa Rica. s.n., São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 9 jul. 2007.

CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Prevenção do crime e tratamento de delinquentes**. s.n., Genebra, 1955. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em 9 jul. 2007.

COSTA, Claudia Pinheiro da. **Sanção penal** : sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

CUNHA, R. V. O regime disciplinar diferenciado, o simbolismo penal e o princípio de humanidade nas penas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 9, n. 25, 31 jan. 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=724>. Acesso em 15 jul. 2007.

DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel? **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 134, p. 5, Janeiro 2004.

DIREITO penal do inimigo: expansão e reflexos na realidade brasileira. **Múltipla – Difusão do Conhecimento**. Salvador, [2005?]. Disponível em: <http://www.portalmultipla.com.br/i/f/%7B14D7BE93-DE07-43A7-B8BB-1CF5717ED34F%7D_DireitoPenaldo.pdf>. Acesso em 15 jul. 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** : parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

DUTRA, P. J. P.. **A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado**. 2004. 75 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2004.

FERREIRA, Fábio Félix. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 251-290, Jul./Ago. 2004.

FOULCAULT, Michel. **Vigiar e punir** : nascimento da prisão. 28. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** : parte geral. 11. ed., rev. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo** : o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo : IBCCRIM, 2005.

GERBER, D. Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 820, 1 out. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7340>>. Acesso em 15 jul. 2007.

GOMES, L.F. STF admite progressão nos crimes hediondos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em 2 maio 2007.

GOMES, L.F. Muñoz Conde e o direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>>. Acesso em 5 fev. 2007.

GOMES, L.F.; CUNHA, R.S.; CERQUEIRA, T.T.P.L.P. O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora. [s.l.:s.n.], [2005]. Disponível em: <<http://ww.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf> >. Acesso em 5 fev. 2007.

GOMES, L.F. Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. **Revista Juristas**, João Pessoa, ano 3, n. 92, 19 set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2572>. Acesso em 15 maio 2007.

GOMES, L.F. RDD e regime de segurança máxima. **Jus Navigandi**, [s.l.], out 2006. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9061>>. Acesso em 8 jul 2007.

GOMES, L.F. Reação de Zaffatoni ao direito penal do inimigo. **Jus Podivm**, Salvador, 10 jan. 2005. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/{488C5029-7244-4D5C-BA7C-43441FDB80D0}_7.pdf>. Acesso em 8 jul 2007.

GONÇALVES, F.D.M. Comentários sobre o Regime Diferenciado e a Progressão “automática”. **Revista Autor**, São Paulo, set. 2006, Seção Direito. Disponível em: <<http://www.revistaautor.com.br/>>. Acesso em 18 jul. 2006.

ISA, Carlos Roberto. Regime disciplinar diferenciado : o custo ultrapassa o benefício. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 4-5, Ago. 2004.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. **Caráter vingativo da pena**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal** : parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 115.

JESUS, D. Direito penal do inimigo: breves considerações. **Complexo Jurídico Damásio de Jesus**. São Paulo, jul. 2006. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_044_2006&category_id=339>. Acesso em 8 maio 2007.

JORGE, H. V. N. O regime disciplinar diferenciado (RDD) na lei nº 10.792/03 e as facções criminosas. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 28 jul. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2067>. Acesso em: 24 nov. 2006.

JUSTIÇA nega pedido do MP para mandar Marcola para RDD. **Site Último Segundo**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/materias/brasil/2390501-2391000/2390685/2390685__1.x...>. Acesso em 08 jul. 2007.

LEDO engano. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 134, p. 1, Jan. 2004.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito penal e constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MAGALHÃES, H.J. A agonia como pena. **A Nova Democracia**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 31, set. 2006. Disponível em: <<http://www.anovademocracia.com.br/31>>. Acesso em 10 jan. 2007.

MARCÃO, Renato Flávio. Progressão de regime prisional estando o preso sob regime disciplinar diferenciado (RDD). **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 52, n. 326, p. 98-101, Dez. 2004.

MARCÃO, R. Progressão de regime prisional estando o preso sob regime disciplinar diferenciado (RDD). **Mundo Jurídico**, São Paulo, 3 set. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 5 fev. 2007.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1954-1956. 3 v.

MINNHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade** : a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Este monstro chamado RDD**. Revista Síntese de direito penal e processual. N. 28 - V. 5. São Paulo. Outubro/Novembro 2004 p. 37-40

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado - RDD. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 52, n. 325, p. 104-128, Nov. 2004.

MOREIRA, R.A. Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1143, 18 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8817>>. Acesso em 21 ago. 2006.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo, Atlas, 1996.

NOTÁVEIS do direito penal. **Livro em homenagem ao emérito prof. René Ariel Dotti**. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. 1. ed. Brasília: Editora Consulex, 2006.

O RDD é caso de polícia. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 126, p. 1, Maio 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. [s.l.: s.n.], 1966. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm>. Acesso em 9 jul. 2007.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORFÍRIO, F. Onda de Violência – Líderes do PCC vão para Regime Disciplinar Diferenciado. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 maio 2006, Seção Artigos. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/>>. Acesso em 18 jul. 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** : parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. 1 v.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** : parte geral. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. 1 v.

RAMOS, M. F. Direito penal do inimigo. Validação ao princípio da ampla defesa negativa? **Jus Podivm**, Salvador, 3 jul. 2006. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/{DB41A48D-9B5C-4788-B549-CBD887A8B312}_Direito_Penal_do_Inimigo.doc>. Acesso em 18 jul. 2007.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 28, out./nov. 2004.

REVISTA IOB DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre, v. 7, n. 42, fev./mar. 2007.

RIZZO, Beatriz. Bentham e o Eldorado. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 123, p. 4-5 Fev. 2003.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal parte geral: atualizado até a EC nº 43/2004**. Rio Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária** : estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

ROSA, F. B. Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo. **Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)**. Argentina, 31 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,67,0,0,1,0>>. Acesso em 18 jul. 2007.

RÜEGGER, Gabriela A.; PEDROSSIAN, Giovana Lara Chaia; SILVA, Juliana Dutra; MATHIAS, Marília Bonilha; KHALIL, William Mussa. **A eficácia do direito penal no mundo contemporâneo**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004.

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

SHINTATI, Tomaz M. **Curso de direito penal** : parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, A. Crimes hediondos: Lei 11.464/2007 e os fatos pretéritos. **DireitoNet**, Sorocaba, 14 de abr. 2007, Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/33/93/3393/>>. Acesso em 15 maio 2007.

SILVA, Antônio Julião da. **Prática da execução penal**: lei 7.210, de 11 de julho de 1984: com as alterações introduzidas pela lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003 - regime disciplinar diferenciado . 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. 251 p. ISBN 85-362-0822-8

SILVA, M. B. O RDD à moda da casa. **Faculdade Ruy Barbosa**. Salvador, ano 6, v.2, 2006. Disponível em: <http://www.frb.br/ciente/2006_2/DIR/DIR.MAGALHAES1.F1_Rev.29.11.06_.revisado2.pdf>. Acesso em 18 jul. 2007.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Curitiba: Juruá, 2003.

TOSCHI, Aline Seabra. Regime disciplinar diferenciado : legislação antinômica. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 129, p. 4-5, Ago. 2003

TUCCI, Rogério Laurina. Vinte anos de vã esperança. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 12, n. 140, p. 4-5, Jul. 2004.

VIEIRA, L.G. Metástase Urbana – Não existe sistema penitenciário, mas um depósito humano. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 de maio de 2006, Seção Artigos - Criminal. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/>>. Acesso em 18 jul. 2006.

WEIS, Carlos. O RDD e a lei. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 11, n. 123, p. 9-10, Fev. 2003.

WEIS, Carlos. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 13, n. 155, p. 14-15, Out. 2005.

ANEXO A – Lei 10.792/03**LEI Nº 10.792, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2003.**

Altera a Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências.

PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório." (NR)

"Art. 34.

§ 1º (parágrafo único renumerado)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios." (NR)

"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 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.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando" (NR).

"Art. 53.

.....

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado." (NR)

"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." (NR)

"Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei." (NR)

"Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado."

....." (NR)

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

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar." (NR)

"Art. 70.

I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso;

....." (NR)

"Art. 72.

.....

VI – estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar.

....." (NR)

"Art. 86.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

.....

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos." (NR)

"Art. 87.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei." (NR)

"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.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes." (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor." (NR)

"Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (NR)

"Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa." (NR)

"Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." (NR)

"Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas." (NR)

"Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam." (NR)

"Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente." (NR)

"Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo." (NR)

"Art. 193 Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete." (NR)

"Art. 194. (revogado)"

"Art. 195. Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo." (NR)

"Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes." (NR)

"Art. 261.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada." (NR)

"Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado." (NR)

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 5º Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar." (NR)

Art. 6º No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-a ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas.

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

Art. 8º A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 Revoga-se o art. 194 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Brasília, 1º de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos