

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Gerson Donizeti Rosa Junior

Presidente Prudente/SP
2007

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA
CONSTITUCIONALIDADE

Gerson Donizeti Rosa Junior

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.
Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP
2007

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

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

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves
Orientadora

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, de novembro de 2007

...[se] nem tudo o que é enfrentado pode ser mudado, nada pode ser mudado se não for enfrentado.

J. Baldwin

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo discernimento e sabedoria para superar as dificuldades deste trabalho.

Aos meus pais, Gerson e Marlene, e meu irmão Gabriel, pelo incentivo, amor e apoio nesta trajetória.

À Dra. Eloise Faustino, pela força, dedicação, carinho, compreensão e por ser a mulher da minha vida.

À minha orientadora, Prof. Fabiana Tamaoki, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos e pela paciência durante todo o ano.

Por fim, agradeço a todos os amigos e colegas que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

Muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como meta a análise da evolução da pena, com ênfase no novo regime de isolamento, qual seja, o regime disciplinar diferenciado e sua constitucionalidade, tema que, por sinal, é de considerável controvérsia doutrinária. Em primeiro plano, o trabalho analisa a evolução da pena, desde a antiguidade até os dias atuais, com o surgimento de um Estado Democrático de Direito, o qual tem a incumbência de regular o convívio social, destacando também a evolução do direito de punir do Estado. Posteriormente, destacamos as finalidades da pena, dando ênfase às suas principais teorias justificadoras, aos princípios constitucionais penais e às espécies de pena admitidas em nosso Direito. Em seguida, discorreremos acerca do regime disciplinar diferenciado, destacando sua origem, modo de execução, procedimento de inclusão e, principalmente, a discussão sobre a constitucionalidade de sua aplicação. Conclui-se, por fim, a favor da necessidade de se estabelecer regimes diferenciados, em especial para os líderes do crime organizado, que concretizem a integral aplicação da legislação, sem, contudo, permitir qualquer desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Regime disciplinar diferenciado. Constitucionalidade. Condenado. Estado. Penas. Princípios.

ABSTRACT

The present work of course conclusion has as goal the analysis of the penalty evolution, with emphasis in the new regimen of isolation, which is, the discipline differentiated regimen and its constitutionality, subject that, for signal, is of considerable doctrinal controversy. In first plan, the work analyzes the evolution of the penalty, since the antiquity until the current days, with the sprouting of a Democratic State of Right, which has the incumbency of regulating the conviviality social, also detaching the evolution of the right to punish of the State. Later, we detach the purposes of the penalty, giving emphasis to its main justify theories, the criminal principles constitutional and the admitted species of penalty in our Right. After that, we discourse concerning the regimen to discipline differentiated, detaching its origin, way of execution, procedure of inclusion and, mainly, the quarrel on the constitutionality of its application. It is concluded, finally, in favor of the necessity of if establishing regimes differentiated, in special for the leaders of the organized crime, who materialize the integral application of the legislation, without, however, allowing to any disrespect to the dignity of the person human being.

Keywords: Discipline differentiated regimen. Constitutionality. Arrested. State. Penalty. Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DAS PENAS	11
2.1 Evolução Histórica.....	11
2.1.1 A antiguidade (Caráter Sacral)	11
2.1.2 Idade média (Caráter Religioso)	14
2.1.3 Idade moderna (Caráter Preventivo).....	15
2.1.4 No Brasil.....	17
2.2 Do Direito de Punir do Estado	18
2.3 Definição de Pena	19
3 DAS FINALIDADES DA PENA	21
3.1 Da Teoria Absoluta ou da Retribuição	21
3.2 Da Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou da Prevenção	22
3.3 Da Teoria Mista, Eclética, Unificadora, Intermediária ou Conciliatória	23
4 DOS PRINCÍPIOS DA PENA	24
4.1 Definição	24
4.2 Do Princípio da Legalidade.....	24
4.3 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	26
4.4 Do Princípio da Humanidade.....	27
4.5 Do Princípio da Personalidade ou Intranscendência.....	28
4.6 Do Princípio da Individualização.....	28
4.7 Do Princípio da Proporcionalidade	29
5 DAS ESPÉCIES DE PENA	31
5.1 Introdução	31
5.2 Das Penas Privativas de Liberdade.....	32

5.2.1 Do regime de execução das penas privativas de liberdade: progressão e regressão.....	33
5.2.1.1 Do regime fechado	36
5.2.1.2 Do regime semi-aberto	36
5.2.1.3 Do regime aberto.....	37
5.2.2 Dos limites das penas privativas de liberdade	38
5.3 Das Penas Restritivas de Direitos	39
6 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)	40
6.1 Origem Histórica.....	40
6.2 Características do Regime Disciplinar Diferenciado	44
6.3 Hipóteses de Inclusão no RDD.....	45
6.4 Do Procedimento de Inclusão no RDD	47
6.4.1 Do procedimento em caso de inclusão preventiva no RDD	49
6.4.2 Do procedimento em caso de inclusão definitiva	49
6.5 Da Constitucionalidade no RDD	50
7 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

O Direito não pode ser compreendido corretamente no contexto da atual sociedade sem a devida observância do passado. Ao passo que, para obter-se a melhor interpretação do ordenamento jurídico, é indispensável o conhecimento de sua evolução histórica. Insta salientar que as diversas fases da história penal não se mostram de forma isolada, mas se interagem continuamente, refletindo o estado social e as idéias que caracterizam o passado do Direito Punitivo.

O presente estudo tem por objetivo relatar sucintamente a evolução histórica da pena, aprofundando-se nos aspectos ligados ao regime disciplinar diferenciado e no que tange a discussão de sua constitucionalidade.

Para tanto, inicialmente, apontamos uma análise histórica da pena no direito, mencionando suas finalidades, e espécies. Destacando, também, os princípios constitucionais penais e sua eficácia em relação ao combate do crime organizado.

É cediço que a função primordial da pena é ressocializar o condenado, transformando e modificando-o, além de puni-lo pela infração à ordem jurídica. Para tanto o papel de duração da pena é primordial.

Neste contexto, o antigo sistema de penas visava o castigo corporal, o qual pairava na quantidade de sofrimento causado. Atualmente, com o remanejamento da forma de punir, a privação da liberdade do sentenciado respeita o princípio da moderação das penas, segundo o qual é preciso punir o necessário para impedir novos crimes.

Almeja-se, ainda, uma análise dos paradigmas do regime especial de cumprimento de pena, qual seja, o regime disciplinar diferenciado, bem como suas implicações.

Por fim, uma abrangência relacionada à discussão acerca da constitucionalidade do regime de isolamento, sem a pretensão, diga-se com destaque, de esgotar o tema, nem abranger todas as dimensões que este

contempla, mas, somente, apresentar uma reflexão objetiva de uma das principais discussões doutrinárias da atualidade.

Para alcançar tais metas, a pesquisa foi desenvolvida pelo método dedutivo, tendo como recursos pesquisas bibliográficas e documentais, inclusive Internet.

2 DAS PENAS

2.1 Evolução Histórica

A pena tem origem anterior à criação da sociedade organizada e, foi evoluindo conforme o período histórico, até chegar a sua finalidade atual. As etapas da evolução da evolução da justiça punitiva podem ser resumidas em três momentos.

Numa *primeira época*, o crime era tido como atentado contra os deuses, e a pena como um meio de aplacar a ira divina. Já numa *segunda fase* o crime era uma agressão violenta de uma tribo contra outra e, a pena era uma espécie de vingança de sangue de tribo a tribo. *Finalmente*, o crime passou a ser a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado, e pena a reação do Estado contra a vontade oposta à sua.

Os delitos ainda poderiam ser classificados com uma concepção bárbara, nas quais eram divididos em **públicos**, punidos com penas corporais cruéis; e **privados**, perseguidos e reprimidos pela vítima ou sua família; uma **concepção teocrática**, na qual o delito era sempre considerado como um atentado a ordem religiosa; e, finalmente, uma **concepção política**, na qual o delito era considerado como uma lesão da ordem social e a pena como um meio de preveni-la ou repará-la.

2.1.1 A antiguidade (Caráter Sacral)

Embora a história do Direito Penal tenha surgido com o próprio homem, não se pode falar em um sistema orgânico de princípios nos tempos primitivos.

Na antiguidade, o homem primitivo entendia o crime como um atentado contra os deuses e a pena como a sua retribuição, como meio de aplacar a cólera divina.

Conforme irreparável lição neste sentido, o brilhante jurista Mirabete (1989, p. 36) nos ensina que, os grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca, e todos os fenômenos naturais que não podiam ser explicados, eram tidos como resultantes das forças divinas ("totem") encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação.

Para aplacar a ira dos deuses criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por *tabu*, que não obedecidas acarretavam castigo. A desobediência *totêmica* ou a infração *tabu* levou a coletividade à punição do infrator para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominamos "crime" e "pena".

Várias foram as fases de evolução da vingança penal, etapas essas que não se sucederam sistematicamente, com épocas de transição e adoção de princípios diversos. Noronha (1978, p. 37-42) distingue em três as fases de vingança, quais sejam: "a vingança privada, a vingança divina e vingança pública".

Em tal época, predominava a vingança privada, onde a punição era imposta com o exclusivo escopo de revidar, desaforar o mal causado pelo agressor. De modo que o próprio ofendido executava a pena, movido pelo extinto de vingança.

Se o agente causador da ofensa fosse do mesmo grupo social daquele que sofreu a lesão, ser-lhe-ia aplicada a "expulsão da paz" (banimento), que consistia na exclusão do ofensor de seu grupo, deixando-o a mercê dos outros grupos, a fim de restabelecer a integridade da tribo perante as divindades.

Já se o agressor fosse alheio ao grupo do ofendido, sua pena seria a "vingança de sangue" que consistia numa autêntica guerra entre os grupos dos sujeitos ativo e passivo, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos.

Com a evolução social, nasce uma noção de proporcionalidade, a fim de coibir a dizimação das tribos, surge o "talião" (de talis = tal), que limita a reação à ofensa, ou seja, a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho e dente por dente). Adotado pelo Código de Hamurabi (Babilônia), no êxodo (povo

hebraico), e na Lei das XII Tábuas (Roma), foi ele um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.

Em seguida, nasceu a *composição*, em que o agressor se livrava do castigo com a compra de sua liberdade, pagando em moeda, armas, gado etc.). Adotada também pelo Código de Hamurabi, pelo Pentateuco (Israel) e pelo Código de Manu (Índia), a composição também foi aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das formas modernas de indenização do Direito Civil e da Multa do Direito Penal.

Já a segunda fase, a da Vingança Divina, decorre da grande influência religiosa na vida dos povos antigos. A pena impregnou-se de um sentido místico desde o princípio, posto que existia a crença de que o delito deveria ser reprimido a fim se obter o perdão dos deuses pela ofensa praticada ao grupo social.

A oferenda (castigo) era aplicada pelos sacerdotes, que impunham penas severas cruéis, desumanas, com fim de intimidar. Tais doutrinas foram adotadas, primeiramente, na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), e pelo povo de Israel (Pentateuco).

Em seguida, foi alcançada a fase da Vingança Pública, que com objetivo de dar maior estabilidade ao Estado, objetivou à segurança do soberano através da aplicação da pena, que continuava severa e cruel. Ainda em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, e era seu mandatário.

O mesmo ocorreu em Roma com a aplicação da lei das XII Tábuas. Posteriormente, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando a responsabilidade do grupo em individual (do autor do fato), em positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais.

Tal período se encerra com a queda do Império Romano, devido à invasão dos povos bárbaros à Europa.

2.1.2 Idade média (Caráter Religioso)

Esse período inicia-se com a invasão dos "Bárbaros" à Europa, dominando todo o império romano e, conseqüentemente, com grande influência do Direito Germânico devido ao domínio exercido pelo seu povo. Ditado por características acentuadamente de vingança privada, o Direito Bárbaro não estabelecia qualquer distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado.

No processo, vigoravam as "ordálias" (prova de água fervendo, de ferro em brasa, etc) e os duelos judiciários. Apesar do domínio germânico, também contribuíram consideravelmente os direitos romano e canônico, conforme se pode vislumbrar durante os reinados de Alarico I e II, na Península Ibérica, onde os germanos dividiam-se em uma série de povos ou tribos, em geral, nômades, cada qual com sua organização própria (v.g. visigodos, ostrogodos, álavos, vândalos, borgúndios).

Entre a época dos direitos romano e germânico e o direito moderno, estendeu-se o *Direito Canônico*, com a influência decisiva do cristianismo na legislação penal. Assimilando o Direito Romano e adaptando-o às novas condições sociais, a Igreja contribuiu de maneira relevante para a humanização do Direito Penal. Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordálias e os duelos judiciários.

Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos de Inquisição. A jurisdição penal eclesiástica, entretanto, era contra a pena de morte, entregando-se o condenado ao poder civil para a execução.

Houve, nesta época, grande confusão entre o crime e o pecado, sendo o criminoso, conseqüentemente, um pecador.

Ainda na Idade Média criou-se a prisão-estado, onde se encarceravam os inimigos do poder real, que esperavam pela execução da pena, detidos por tempo indeterminado. Também surgiram as Prisões Eclesiásticas, que se destinavam a abrigar os membros rebeldes da Igreja, internando-lhes em mosteiros para que pudessem refletir e, através da penitência, se arrepender do pecado. Observa-se, portanto, nesse período, o surgimento, o ponto de partida da pena privativa de liberdade.

Com a fusão dos Direitos Romano, Germânico, Canônico e dos direitos nacionais, resultou-se no Direito Penal comum, destacando-se, principalmente o Direito romano, especialmente após o século XII. O renascimento dos estudos de Direito romano teve como efeito principal restaurar na Europa o sentimento do Direito, de sua dignidade, de sua importância para assegurar a ordem e o progresso social.

Nessa época tem principal relevo o trabalho dos juristas que comentam os textos romanos à luz do Direito canônico e do Direito local ou estatutário. Assim, desde logo, surgem as escolas dos glosadores (1100-1250) e dos pós-glosadores (1250-1450), que têm como berço a Itália.

Enfim, até a Revolução Francesa, o Direito Criminal permanece desumano, tendo Voltaire chamado os magistrados de seu tempo de *bárbaros de toga*.

2.1.3 Idade moderna (Caráter Preventivo)

Contra os excessos da fase anterior, emerge logo - no chamado *Século da Luzes* (séc. XVIII) - concepção humanitária ou reformadora decorrente do iluminismo, concepção filosófica que se caracteriza por ampliar o domínio da razão a todas as áreas da experiência humana. Tal corrente é produto do embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês.

Nesta filosofia, o problema punitivo desvinculou-se das preocupações éticas e religiosas, de modo que, o delito encontrou sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva. Merece destaque também o papel dos filósofos franceses como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, que pugnam contra a situação reinante na defesa veemente da liberdade, igualdade e justiça.

Segundo o nobre ensinamento do Promotor e Jurista Prado (2002, p. 59), nasce na Itália, em meio a esse ambiente político-cultural, a figura de Cesare Bonessana, marquês de Beccaria, que publica em 1764, inspirado nessas concepções, o pequeno-grande livro *Dei delitti e delle pene*, causando grande repercussão e marcando o Direito Penal moderno. Beccaria foi quem desenvolveu a idéia da estrita legalidade, dominada por três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária.

Os ideais reformistas contribuíram para o desenvolvimento de uma ampla mudança legislativa (movimento codificador), que começa ainda no final do século XVIII. Em consequência, tem-se a formulação latina - tridimensional - do princípio da legalidade: *nulla poena sine lege; nella poena sine crimine; nullum crimen sine poene lagali*.

O século XIX marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento, são as escolas penais, dentre as quais podemos citar algumas de maior destaque, como as escolas clássica, positivista, mista, entre outras. A denominação "escola clássica" foi dada pelos positivistas com sentido negativo. Essa doutrina - de conteúdo Heterogêneo - se caracteriza por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário. Classicismo significa equilíbrio, apogeu, expressão acabada de uma tradição.

Com o despontar da filosofia positivista e o florescimento dos estudos biológicos e sociológicos, nasce a escola positiva. A orientação positiva tem o homem como centro do Direito penal, buscando assim a ressocialização deste. Tal escola, de caráter unitário e cosmopolita, apresenta três grandes fases. São elas: Fase Antropológica (César Lombroso); fase sociológica (Enrico Ferri); fase jurídica (Rafael Garofalo).

2.1.4 No Brasil

No período colonial, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), substituídas essas últimas pelo Código de D. Sebastião (até 1603). Passou-se então para as Ordenações Filipinas, que refletiam o Direito Penal dos tempos medievais. O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral. As penas severas e cruéis (açoites, mutilação, queimadura etc), visavam infundir o temor pelo castigo.

Proclamada a Independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse nova legislação penal e, em 16 de dezembro de 1830, era sancionado o Código Criminal do Império, que fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de quatorze anos. A pena de morte, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos.

Com a proclamação da república, foi editado em 11 de outubro de 1890 o novo estatuto básico, atualmente denominado Código Penal. Aboliu-se a pena de morte e instalou-se o regime penitenciário de caráter correcional. Alvo de muitas críticas, o diploma penal sofreu diversas alterações, que foram todas reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

No dia 1º de janeiro de 1942, entrou em vigor o Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7-12-1940). Teve origem no projeto de Alcântara Machado, que foi submetido a uma comissão revisora e, tornando-se posteriormente, uma legislação eclética, em que se aceitam os postulados das escolas clássica e positiva, aproveitando-se o que de melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal, em especial nos códigos italianos e suíços.

Em meados dos anos 80, foi instituída uma comissão a fim de elaborar-se um anteprojeto de lei para reformar a parte geral do Código penal de 1940. Presidida por Francisco de Assis Toledo, a comissão apresentou seu trabalho apoiado no princípio do *nullum crimen sine culpa* e na idéia da reformulação tradicional das penas. Após ser revisado, o Projeto de Lei nº 1.656-A, de 1983 foi aprovado e, sem qualquer modificação, transformou-se na lei 7.209, de 11-7-1984.

2.2 Do Direito de Punir do Estado

Diante do aumento das relações e negociações entre os homens, multiplicaram-se também as transgressões nesse convívio. Dessa forma foram criadas normas a fim de regular a convivência dos indivíduos em sociedade.

Essas leis passaram a ser escritas, positivadas, de modo que criou-se um conjunto de leis, um ordenamento jurídico, denominado direito objetivo. O direito objetivo visa regulamentar as relações sociais, ao passo que os indivíduos tem a faculdade de respeitá-lo ou contrariá-lo. Essa faculdade é o chamado de direito subjetivo, o qual é tutelado pelo direito objetivo.

No convívio em sociedade, cada indivíduo cede uma parcela de sua liberdade, sendo que a reunião de todas essas parcelas constitui o fundamento do direito de punir. Tal direito é exercido pelo Estado, que tem como função primordial proteger os bens jurídicos dos homens e da sociedade. Para isso, o Estado cria e emenda o direito objetivo, tal qual descreve as normas (condutas delituosas) e estabelecem sanções (conseqüências) para o caso de descumprimento.

Este direito que o Estado tem de punir aquele que inflige as regras de conduta do direito objetivo é o *jus puniendi*, é o direito de punir dos Estado. Esse direito existe abstratamente, independente de vir a ser praticada a infração penal, e se impõe a todos indistintamente.

Para Capez (2004, p. 18), o direito de punir do Estado vem a ser:

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

Ao Estado, cabe também, a proteção do criminoso, que deve sofrer uma pena proporcional ao delito praticado, sem exceder o castigo necessário.

O *jus puniendi* encontra seus limites no próprio direito objetivo, ou seja, nas leis e também nos princípios constitucionais como o da legalidade e da

humanização das penas, de modo que o criminoso não deva ser condenado a uma pena sem que haja prévia cominação legal, nem a cumprir uma sanção desumana, desproporcional ao delito cometido. Tais limites foram criados com escopo de evitar a ocorrência de atrocidades como acontecia antes da reforma penal do século XVIII.

2.3 Definição de Pena

Dentre os inúmeras definições de pena existente na doutrina penal, destaca-se pela abrangência e atualidade, a do Professor e Jurista Santos (2005, p. 12), que em sua obra, Teoria da Pena, define pena como sendo:

A retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/ reforço da confiança na ordem jurídica.

A pena é a consequência jurídica estabelecida por lei e imposta pelo Estado àquele que praticou crime ou contravenção, com escopo de evitar novos crimes, de preservar a ordem jurídica e social e promover uma posterior integração.

Neste sentido, Soler (1970, p. 342) conceitua a pena com os seguintes dizeres:

A pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.

Em um conceito mais contemporâneo, por sua vez, o ilustre Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, o Ilustre doutrinador Capez (2004, p. 19) dispõe que:

Pena é a sanção penal de caráter afliativo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal,

consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cujas finalidades são aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida a coletividade.

Cabe, portanto, ao Estado o direito, bem como o dever de punir, toda vez que algum indivíduo pratica um delito, obtendo-se assim, o poder dever do Estado que é o de punir os infratores visando o bem comum. Conseqüentemente, a pena assume um papel fundamental que é de regular as relações sociais, mantendo a ordem e a paz social.

3 DAS FINALIDADES DA PENA

A doutrina explica as finalidades da pena através de diversas teorias, dentre as quais, podemos enumerar três de maior destaque, quais sejam: a **teoria absoluta (ou retributiva)**, a **teoria relativa (ou da prevenção)**, e a **teoria unificadora (ou mista)**.

3.1 Da Teoria Absoluta ou da Retribuição

Para a teoria absoluta ou da retribuição, a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal.

Segundo a brilhante definição dada pelo ilustre jurista Santos (2005, p. 3), a pena é:

A retribuição do mal injusto praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*). É a imposição de um mal justo, contra um mal injusto do crime, necessária para realizar a justiça ou restabelecer o Direito.

Com a referida definição, tem-se a pena como retribuição do crime, no sentido religioso de expiação ou no sentido jurídico de compensação da culpabilidade, que é característica do Direito Penal clássico.

A sobrevivência histórica da mais popular função atribuída à pena (retributiva) parece inexplicável, pois tal pena lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado. Já a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo. A psicologia popular, regida pela lei de talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva.

3.2 Da Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou da Prevenção

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral e especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição).

A função de **prevenção especial** da pena criminal, dominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX, é atribuição legal dos sujeitos a da aplicação e da execução penal: primeiro, o programa de prevenção especial é definido pelo juiz como o momento de aplicação da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59, do CP); segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal, com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado (art. 1º, da LEP).

A execução do programa de prevenção especial ocorre em duas dimensões simultâneas, através das quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial negativa, através da neutralização do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena.

A função de **prevenção geral** atribuída a pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma positiva pós-moderna. A forma tradicional da dimensão penal representa a dimensão negativa da prevenção geral, onde o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena. No final do século XX, a função de prevenção geral adquiriu uma forma positiva pós-moderna - definida como Integração e prevenção - necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo.

3.3 Da Teoria Mista, Eclética, Unificadora, Intermediária ou Conciliatória

Para esta teoria a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*). Observa-se, com isso, a pena como retribuição e prevenção.

Finalmente, as modernas teorias unificadoras da pena criminal representam uma combinação das teorias isoladas, realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas ou manifestas de **retribuição**, de **prevenção geral** e de **prevenção especial** da pena criminal. Assim, para o Professor Santos (2005, p. 12) a pena representaria:

(a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/ reforço da confiança na ordem jurídica.

No Brasil, o Código Penal, em seu artigo 59, consagra as teorias unificadoras, ao determinar a aplicação da pena "conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime". Nesse contexto, a reprovação exprime a idéia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/ reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.

4 DOS PRINCÍPIOS DA PENA

4.1 Definição

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo vários princípios tidos como regras-mestras do nosso ordenamento, sobre os quais pairam as idéias centrais de um sistema jurídico, dando-lhe sentido lógico, racional e coerente.

Além de prever expressamente direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, preliba também princípios de Direito Penal constitucional e princípios constitucionais que influenciam na aplicação do Direito Penal. Essas garantias vedam ações ilegais do poder público tais quais violariam direitos reconhecidos.

Importante salientar tal distinção entre esses princípios, de modo que os princípios penais constitucionais apresentam conteúdo típico de direito penal e dizem respeito aos limites que devem ser observados pelo Estado quanto à aplicação da pena. Já os princípios constitucionais que influenciam na aplicação do Direito Penal são princípios constitucionais de relevância, que devem ser observados pelo legislador quando este elabora uma norma penal.

Neste estudo, vamos priorizar a análise dos princípios de Direito Penal Constitucional.

4.2 Do Princípio da Legalidade

O Direito Penal moderno se assenta em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado de Direito democrático, entre os quais sobreleva o da legalidade das penas, da reserva legal ou da intervenção legalizada, que, enunciado no artigo 1º do Código Penal, tem base Constitucional igualmente

expressa no artigo 5º, XXXIX, que determina “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena se prévia cominação legal*”.

O reconhecimento legislativo do princípio da legalidade se inicia com a Declaração da Virgínia, de 1776, passando pela Josephina austríaca, de 1787 e, finalmente chega ao seu momento culminante, na França, com a "Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen", de 1789, que previa “A lei só deve estabelecer penas, de forma estrita, e necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de lei estabelecida e promulgada com anterioridade ao delito e legalmente aplicada”. Posteriormente, tal princípio propagou-se por todas as legislações penais contemporâneas.

A dicção de tal dispositivo tem sentido amplo, de modo que não há pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei. A pena deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal.

O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito.

Segundo a irreparável lição do nobre Jurista Prado (2002, p. 113), tal princípio se desdobra em três postulados. Um quanto às fontes das normas penais incriminadoras (reserva legal); outro concernente à enunciação dessas normas (determinação taxativa); e um terceiro relativo à validade das disposições penais no tempo (irretroatividade).

O “princípio da reserva legal” dá lugar a uma série de garantias e conseqüências em que se manifesta o seu aspecto material, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Daí ser traduzido no sintético apotegma *nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*. Esse postulado cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão.

Para Beccaria (2000, p. 20), "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".

A lei formal, e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo, do costume ou do argumento analógico *in malam partem*.

Importante destacar a necessidade da lei já estar em vigor à época em que a infração é praticada, ou seja, a lei deve preceder a infração, sendo criada antes dela. Por outro lado, a atual Constituição merece ecômios por ter disposto, de forma clara, sobre a retroatividade da norma em benefício do réu. Neste caso, a lei surge após a prática do delito, podendo ser aplicada ao réu quando favorecê-lo. Logo, a lei penal sempre retroage quando for favorável ao réu, ainda que haja sentença com trânsito em julgado.

4.3 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É a partir do Cristianismo que tem lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade.

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independente de qualquer ligação política ou jurídica.

A dignidade da pessoa humana, como dado inerente ao homem enquanto ser, é guindada à condição de princípio constitucional disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse princípio reside o limite mínimo a que está subordinada toda e qualquer legislação. Antecede, portanto, o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade normativa, mormente no campo penal. Daí por que toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser considerada inconstitucional.

Tal princípio preconiza que o homem deve ser considerado como fim, não como meio, e como sujeito, não como objeto. O preceito configura a autêntica fundamentalidade material dos direitos fundamentais positivados na Constituição.

A dignidade da pessoa humana perfaz o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, é o seu núcleo essencial, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana.

Observe-se, ainda, que tal princípio normativo serve de alicerce para todos os demais princípios penais fundamentais.

4.4 Do Princípio da Humanidade

A consagração do princípio da humanidade no Direito Penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou os séculos XVII e XVIII, conhecido como Iluminismo.

Os seguidores do pensamento iluminista defendem a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes.

A Emenda VIII da Constituição de Filadélfia de 1787, ratificada em 1791, proibia as penas cruéis e incomuns. Linguagem similar encontramos praticamente em todas as Constituições do século XIX, e nas vigentes.

A Declaração dos Direitos do Homem, aprovada na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em seu artigo 5º dispõe que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante".

A Constituição Federal de 1988 consagrou em diversos dispositivos o princípio da humanidade. O inciso XLIX do artigo 5º assegura aos presos o respeito, à integridade física e moral. O inciso XLX, da mesma forma, assegura às presidiárias as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Insta salientar que o ponto de maior relevância de tal princípio encontra-se no inciso XLVII desse mesmo artigo onde se ordena que não são

admitidas penas de morte, salvo em casos de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; de caráter perpétuo (artigo 75, CP); de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis.

É preciso, no entanto, não esquecer que através da pena a sociedade responde às agressões sofridas com o cometimento de um delito. E, como decorrência não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal.

4.5 Do Princípio da Personalidade ou Intranscendência

É pacífico o entendimento no Direito Penal das nações civilizadas de que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Praticamente em todas as Constituições brasileiras se dispôs que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A Carta Magna, de 1988, em seu art. 5º, inciso XLV, declara que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, ou seja, a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.

Não sendo a pena uma forma de reparação econômica do dano causado pelo delito, mas um castigo, impensável é o seu cumprimento por representação, ou a substituição subjetiva, como ocorre em outros ramos do direito.

Conclui-se, portanto, que não se admite no Direito Penal pátrio que pessoa diversa daquela que cometeu a infração cumpra a pena em seu lugar, em face do princípio supra citado, qual seja, o da personalidade.

4.6 Do Princípio da Individualização

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVI, prevê que "a lei regulará a individualização da pena". Por individualização da pena se deve

entender o processo para retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.

O professor Capez (2004, p. 20) dispõe que a imposição e o cumprimento da pena deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado.

Neste sentido, o constitucionalista Luisi (2003, p. 52) dispõe que:

O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório.

Na primeira etapa através da lei, que fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Não se trata de penas com quantitativos certos e fixos. Trazendo também as espécies de penas e muitas vezes, as prevê de forma alternativa, e em outras ocasiões, dispõe sobre a sua aplicação de forma cumulada. Todavia, a lei penal não se limita as previsões normativas mencionadas mas, também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações.

O segundo momento é o da individualização judiciária. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. Embora as regras que devem orientar a execução judiciária estejam na lei, enseja ao juiz uma indiscutível discricionariedade.

Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução, sendo esse o momento em que a sanção penal começa atuar verdadeiramente sobre o delinqüente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação. Esta fase da individualização da pena denomina-se individualização executória.

Pode-se observar, dessa forma, uma concepção eclética da sanção penal em que se integram instâncias retributivas e de reinserção social.

O princípio da individualização da pena, portanto, obriga o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução.

4.7 Do Princípio da Proporcionalidade

Tal princípio se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal somente a partir do Iluminismo, mais especificamente com a obra de Cesare

Beccaria, segundo o qual as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes. Beccaria (2000, p. 229) trouxe tal princípio da seguinte forma:

Não é apenas de interesse comum que não se pratiquem crimes, mas, também, que sejam mais raros na proporção do mal que causam à sociedade. Portanto, por via de consequência, mais fortes devem ser os obstáculos que afastem os homens dos crimes, na medida em que se apresentem como contrários ao interesse público e na razão dos estímulos que para eles o induzem. Desta forma deve existir uma proporção entre os delitos e as penas.

A proporcionalidade é, portanto, uma forma de impedir o excesso, ou seja, é um meio de se fazer com que a pena seja uma violência do homem para com o homem, devendo a lei estabelecer penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.

O referido princípio não encontra expressa previsão legal, porém mediante interpretação do artigo 5º, incisos XLVI e XLVII da Carta Magna, conclui-se que a pena deve ser proporcional ao crime praticado.

O professor Prado (2002, p. 120) diz que “deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio entre a gravidade do fato aplicado e a sanção imposta (*poena debet commensurari delicto*)”.

Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representado pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

5 DAS ESPÉCIES DE PENA

5.1 Introdução

As penas criminais e as medidas de segurança possuem um fundamento comum e um fundamento específico: a) o fundamento comum é representado pelo tipo de injusto, como ação típica e antijurídica concreta; b) o fundamento específico da pena criminal e da medida de segurança, que determina a natureza da medida anticriminal aplicável, é assim definido: b.1) a pena criminal, como medida de culpabilidade do autor, pressupõe juízo de reprovação pessoal pela realização não justificada de um tipo de crime; b.2) a medida de segurança, como providência de proteção pessoal e social, pressupõe periculosidade criminal de sujeitos inimputáveis, autores de ações típicas não justificadas.

O sistema de medidas anticriminal do Direito Penal Brasileiro, constituído de penas criminais e medidas de segurança, foi o principal objeto da reforma penal de 1984, com mudanças nas penas, nas medidas de segurança e nas relações entre ambas. A política penal da legislação brasileira utiliza um instrumento repressivo constituído de três categorias de penas criminais (artigo 32, I, II, III, Código Penal), assim definidas:

- I - penas privativas de liberdade, representadas pela reclusão e pela detenção (artigo 33, CP);
- II - penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação pecuniária, de perda de bens e valores, de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, de interdição temporária de direitos e de limitação de fim de semana (artigo 43, I-IV, CP);
- III - penas de multa, com quantidades entre 10 e 360 dias-multa e valores entre um trigésimo do salário mínimo e cinco salários mínimos por dia-multa (artigo 49 e §1º, CP).

Nesse sistema repressivo, as penas privativas de liberdade constituem o centro da política penal e a forma principal de punição; as penas restritivas de direito funcionam, simultaneamente, como substitutivas da privação de liberdade e

impeditivas da ação criminógena do cárcere; as penas de multa são, em regra, cominadas em forma cumulativa ou alternativa à privação de liberdade, mas podem ser aplicadas, por exceção, em caráter substitutivo das penas privativas de liberdade (artigo 60, §2º, CP¹).

5.2 Das Penas Privativas de Liberdade

A pena privativa de liberdade, modulada qualitativamente pelos regimes de execução, é a "espinha dorsal" do sistema penal, existente em duas formas: a pena de reclusão e a pena de detenção.

A principal diferença entre reclusão e detenção, como formas de privação de liberdade, refere-se aos regimes de execução: a pena de reclusão, cominada pelo legislador aos crimes mais graves, é executada nos regimes fechado, semi-aberto e aberto; a pena de detenção, cominada pelo legislador aos crimes menos graves, é executada nos regimes semi-aberto e aberto - o regime fechado é exceção determinada pela necessidade (artigo 33, "caput", CP).

Por outro lado, existem diferenças secundárias significativas entre tais modalidades de privação de liberdade, por exemplo: a) a medida de segurança aplicada em crimes de reclusão é a de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; em crimes de detenção, é a de tratamento ambulatorial; b) a fiança em crimes de reclusão somente pode ser concedida pelo juiz; em crimes de detenção também pode ser concedida pela autoridade policial.

A execução da pena privativa de liberdade no sistema penal, sob forma de reclusão ou detenção, nos regimes fechado, semi-aberto ou aberto, exige definição dos regimes de execução e das formas de progressão e regressão entre os regimes de execução, que marcam a passagem do condenado pelo sistema penal, instituído pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que implantou o modelo jurisdicional de execução penal no Brasil.

¹ Artigo 60, parágrafo 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

O artigo 33 da Lei de Execução Penal especifica como serão cumpridos os regimes referentes às penas privativas de liberdade:

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

§1º. Considera-se:

- a) regime fechado à execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto à execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Transitada em julgado a sentença criminal condenatória e expedida a competente guia de recolhimento (artigo 105, LEP), o condenado à privação de liberdade é submetido ao regime inicial de execução, fixado, provisoriamente, na sentença judicial (artigo 33, §3º, CP, e art. 110, LEP).

Na hipótese de condenação por dois ou mais crimes, o regime respectivo é determinado pela soma ou unificação das penas, observada a detração e a remição penal, se for o caso; na superveniência de condenação no curso da execução, prevalece o critério da soma da nova pena com a pena restante (artigo 111 e parágrafo único, LEP).

5.2.1 Do regime de execução das penas privativas de liberdade: progressão e regressão

Os regimes de execução da pena privativa de liberdade são estruturados conforme critérios de progressividade (regra) ou de regressividade (exceção), instituídos com o objetivo explícito de "humanização" da pena privativa de liberdade, seguindo duas variáveis: o mérito do condenado e o tempo de execução da pena (artigo 33, §§2º, 3º e 4º, CP).

O regime inicial de execução da pena privativa de liberdade é determinado na sentença criminal condenatória (artigo 59, inciso III, CP): o regime fechado depende exclusivamente da quantidade da pena aplicada; o regime semi-

aberto e o regime aberto dependem da quantidade da pena aplicada e da primariedade do condenado.

O movimento de progressão ou de regressão do preso através dos regimes de execução pressupõe a verificação de condições específicas, e depende de decisão judicial motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa.

A **progressão** significa a transferência do preso de regime de maior rigor para regime de menor rigor punitivo, após cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário comprovado pelo Diretor do estabelecimento (artigo 112, LEP), mediante decisão judicial motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa (artigo 112, §1º, LEP).

Entretanto, a regra da progressividade fundada no tempo de execução e no comportamento do condenado admite restrições e exceções legais, de modo que, as restrições referem-se aos condenados por crimes contra a administração pública, que terão a progressão de regime de cumprimento de pena condicionada à reparação do dano causado, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Por outro lado, as exceções legais têm por objeto condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo, que cumprem pena em regime fechado integral (artigo 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90), uma violação ao princípio constitucional da igualdade perante a lei (artigo 5º, inciso I, CF) , mas com direito ao livramento condicional.

A **regressão** significa transferência ou retorno do preso para o regime de maior rigor punitivo, e pode ocorrer nas seguintes hipóteses: a) prática de fato definido como crime doloso ou de falta grave e; b) de nova pena por crime anterior, cuja soma determine incompatibilidade com o regime atual (artigo 118, incisos I e II, §§ 1º e 2º, LEP²).

² Art. 118, LEP. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).

Aqui, é importante esclarecer duas coisas: **primeiro**, a falta de pagamento de multa cumulativa (artigo 118, §1º, LEP) não determina a regressão de regime, mas resolve-se em dívida de valor, regida pelas normas da dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 51, CP, com redação da Lei nº 9.628/96); **segundo**, se a progressão de regime exige decisão judicial motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa (artigo 112, parágrafo 1º, da LEP), então a regressão de regime também deve ser determinada por decisão judicial motivada, com prévia manifestação do Ministério Público e da Defesa, sendo insuficiente a simples audiência do condenado.

Neste sentido, o Professor Doutor Santos (2005, p. 66), nos ensina com os seguintes dizeres:

Os regimes de execução das penas privativas de liberdade foram concebidos para cumprir várias funções: a) condicionam a recuperação de *cotas* de liberdade suprimida, segundo duas variáveis: o *tempo de prisão* como variável quantitativa e o *esforço do condenado* como variável qualitativa (art. 33, §2º, CP); b) reforçam a justificação de privação de liberdade sob o argumento de maior adequação aos objetivos preventivos da pena criminal; c) finalmente, revalorizam a atividade judicial, vinculando o regime inicial de execução a sentença criminal condenatória, erigida em prognóstico de ressocialização (art. 33, §3º, CP).

Desta forma, observa-se que as penas privativas de liberdade foram criadas com intuito de punir, com o cárcere, o condenado pelo crime praticado. O incentivo ao bom comportamento, recompensado com a recuperação de cotas de liberdade ora suprimidas, tem por finalidade a ressocialização do preso, a prevenção à prática de novos delitos, e, por fim, acabam por destacar a atividade judicial, sendo que o regime de execução deve, inicialmente, observar a sentença penal condenatória.

§1º. O será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§2º. Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

5.2.1.1 Do regime fechado

O regime fechado é o modo mais rigoroso de execução da pena privativa de liberdade. Cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, destina-se aos condenados a penas superiores a 8 (oito) anos (artigo 33, parágrafo 2º, alínea 'a', Código Penal), e se caracteriza pelo trabalho comum interno (regra) ou em obras públicas externas (exceção) durante o dia, e pelo isolamento durante o repouso noturno (artigo 34, parágrafos 1º, 2º e 3º, Código Penal³).

Entretanto, a realidade carcerária do regime fechado constitui negação absoluta ao programa do legislador. O trabalho interno comum é privilégio de poucos condenados e o trabalho externo, em serviços ou obras públicas, e o isolamento durante o repouso noturno é excluído em razão da superpopulação carcerária.

5.2.1.2 Do regime semi-aberto

O regime semi-aberto de execução de pena privativa de liberdade possui rigor intermediário, entre os regimes fechado e aberto, e é cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, destinando-se, imediatamente, aos condenados primários a penas privativas de liberdade superiores a quatro e inferiores a oito anos e, mediatamente, aos condenados submetidos ao regime fechado (artigo 33, parágrafo 2º, alínea 'b', CP), pelo critério de progressividade dos regimes de execução.

³ Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§1º. O condenado fica sujeito a trabalho durante o período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

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

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

O regime semi-aberto caracteriza-se pelo trabalho comum interno ou externo durante o dia e pelo recolhimento noturno, permitindo a freqüência a cursos supletivos, profissionalizantes, de instrução, de segundo grau ou superior (artigo 35, parágrafos 1º e 2º, Código Penal⁴).

Acrescente-se, por fim, que também deverão cumprir pena no regime semi-aberto os condenados ao regime aberto que sofreram regressão.

5.2.1.3 Do regime aberto

O regime aberto é o modo menos rigoroso de execução de pena privativa de liberdade, devendo ser cumprido em casa de albergado e destina-se, imediatamente, aos condenados primários a penas iguais ou inferiores a quatro anos, e mediatamente, aos condenados submetidos a outros regimes (artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, CP), segundo o critério da progressividade.

O regime aberto tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado (artigo 36, CP), caracterizando-se pela liberdade, sem restrições, para o trabalho externo, freqüência a cursos e outras atividades autorizadas durante o dia e pela liberdade restringida durante a noite e dias de folga, mediante recolhimento em casa de albergado - ou na própria residência do condenado (artigo 36, parágrafo 1º, CP).

A permissão de recolhimento noturno e nos dias de folga na própria casa do condenado surge como alternativa prática, necessária e justa para evitar os efeitos nocivos da prisão sobre a personalidade do preso, em face da ausência generalizada de casas de albergado no Brasil.

⁴ Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

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

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

Tal regime se encontra disciplinado no artigo 36, parágrafos 1º e 2º do Código Penal⁵.

O ingresso no regime aberto pressupõe: a) condenado trabalhando (ou em condições de trabalho imediato); b) possibilidade de ajustamento ao regime e; c) aceitação do programa e das condições impostas pelo juiz (artigos 113-114, LEP).

As condições do regime aberto podem ser especiais (determinadas pelo juiz) ou gerais (obrigatórias), que são as seguintes: a) permanência no local designado, durante o repouso noturno e dias de folga; b) observância dos horários de saída e de retorno ao estabelecimento; c) não se ausentar da cidade sem autorização judicial; d) comparecimento em juízo para informar e justificar atividades (artigo 115, LEP).

5.2.2 Dos limites das penas privativas de liberdade

A aplicação de penas privativas de liberdade é limitada exclusivamente pela qualidade e quantidade de fatos puníveis realizados, porém, a execução de penas privativas de liberdade é limitada a 30 (trinta) anos. Assim, na hipótese de aplicação de penas privativas de liberdade cuja soma ultrapasse o limite legal, as penas aplicadas são unificadas em 30 (trinta) anos, sendo este o tempo máximo de execução de penas privativas de liberdade. É o que dispõe o artigo 75 do Código Penal⁶.

O limite máximo deste artigo decorre da proibição constitucional de penas perpétuas (artigo 5º, inciso XLVII, letra 'b', CF). A única exceção ocorre na

⁵ Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§1º. O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

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

⁶ Art. 75, CP. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§1º. Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

hipótese de condenação por fato punível cometido após o início da execução da pena, em que a reunificação da nova pena, aplicada com a pena unificada para efeito de execução, exclui o tempo de pena já cumprido (artigo 75, parágrafo 2º, Código Penal).

5.3 Das Penas Restritivas de Direitos

A maior inovação da reforma penal de 1984 foi a introdução das penas restritivas de direitos, reduzindo o poder de disposição parcial do tempo livre de réus condenados a pena privativa de liberdade. As penas privativas de direitos criam obrigações, limitam direitos e reduzem a liberdade do condenado, temporariamente.

Conforme inquestionável lição do jurista Santos (2005, p. 82):

As penas restritivas de direito possuem tríplice caráter (arts. 44, incisos e parágrafos, e 54, CP): a) são *autônomas*, como espécie independente de penas, existente ao lado das penas privativas de liberdade e da pena de multa, cuja execução extingue a pena privativa de liberdade; b) são *substitutivas*, porque aplicáveis como alternativas da pena privativa de liberdade (com a única exceção da interdição de direitos nos crimes com violação de deveres de profissão, atividade ofício, cargo ou função, em que a pena restritiva de direitos atua como autêntica pena acessória); c) são *reversíveis*, porque admitem, em determinadas hipóteses, reaplicação da pena privativa de liberdade substituída, como garantia de eficácia da pena restritiva de direitos aplicada.

Observa-se, portanto, que as penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade, a limitação do fim de semana, a interdição temporária de direitos, entre outras, possuem natureza de penas substitutivas, isto é, não são cominadas abstratamente pelo tipo, mas substituem as penas privativas de liberdade, desde que preenchidos os requisitos legais.

Desse modo, a pena restritiva de direitos, embora seja autônoma, tem caráter substitutivo, não podendo ser aplicada diretamente, e sim em substituição à pena corporal imposta. Importante destacar que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº. 9.503/97), prevê alguns casos de cominação abstrata e autônoma de pena restritiva de direitos (artigos 302, 303 e 306).

6 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

O artigo 52 da Lei de Execução Penal, com seu texto trazido pela Lei nº 10.792/03, estabeleceu o denominado regime disciplinar diferenciado, para o condenado definitivo e o preso provisório que cometerem crime doloso capaz de ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas.

6.1 Origem Histórica

Segundo o ilustre professor Gomes (2007, p. 2), o RDD tem origem grega, porém, com outra denominação. Já no Brasil Império, havia também o “cárcere duro” para os criminosos que desobedecessem ao Imperador.⁷

Já o constitucionalista Magalhães (2007) discorre sobre a origem do RDD com os seguintes dizeres:

As origens mais remotas de um regime mais rigoroso para presos incomuns são apontadas ainda na Antiguidade, embora fossem empregadas denominações diversas. No Brasil, há referências ao instituto no período imperial de nossa história. Em fase mais recente, já vinham sendo discutidas propostas de implantação de medidas nesse sentido até que, em 15 de março de 2003, a sociedade foi surpreendida com o trágico homicídio que vitimou o então Juiz-Corregedor da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente/SP, Dr. Antônio José Machado Dias, vindo posteriormente a se descobrir ter sido esta mais uma obra de uma facção criminosa insatisfeita com a atuação honesta e exemplar do referido magistrado no trato de presos de reconhecida periculosidade. A partir de então, foram incrementados os esforços no sentido do endurecimento das regras prisionais em face de indivíduos cujo comportamento no cárcere punha em risco a sociedade e as próprias autoridades estatais que atuavam na repressão criminal.

⁷ Gomes, Luiz Flávio; Cunha, Rogério Sanches e Cerqueira, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora*, p. 16. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/constitRegimeDisciplinarDifer.pdf>, acesso em 16 de agosto de 2007

A edição da lei nº 10.792, em dezembro de 2003, estabeleceu e regulamentou o regime disciplinar diferenciado, universalizando nacionalmente a rigorosa medida disciplinar que vinha sendo executada pelas Secretarias de Administração Penitenciárias dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, em anos anteriores.

Segundo nos traz o doutrinador Porto (2007, pág. 59), “o atual sistema prisional brasileiro apresenta um déficit de mais de 135.000 vagas”. Dos 336.358 presos existentes no Brasil, 262.710 estão cumprindo pena em condições precárias. Isto porque durante anos o estado deixou de investir no sistema prisional, acreditando que os problemas carcerários estariam restritos as muralhas dos presídios. A omissão do Estado resultou na falência das técnicas penitenciárias aplicadas no Brasil e também na perda do controle sobre a população carcerária.

Finaliza o autor Porto (2007, p. 62) dizendo “Quando o Estado se deu conta, estava diante de um quadro caótico”. Somente a facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) contava com aproximadamente 6.000 integrantes, doutrinados e disciplinados para atender as ordens de seus líderes.

A primeira modalidade de regime disciplinar diferenciado surge como resposta imediata à “*mega*” *rebelião* ocorrida no Estado de São Paulo, em 2001, envolvendo 25 unidades prisionais da Secretarias da Administração Penitenciária e quatro cadeias públicas, sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado.

Além da extensão atingida pela “*mega*” *rebelião*, mais dois fatores contribuíram para lhe conferir notoriedade pública. Por um lado, o episódio inaugurou uma nova etapa nos movimentos de rebelião no interior das prisões, uma vez que, distintamente das tendências identificadas até o momento, não se restringiu a simples denúncia das deficiências do sistema carcerário, mas, sobre forte influência dos grupos organizados, surgiu como desafio às ações governamentais que tentavam desmontar a facção criminosa dirigente (PCC), transferindo seus líderes principais para locais distantes.

Tanto é assim que as principais reivindicações do movimento podem ser sintetizadas nos pedidos de volta para a Casa de Detenção dos líderes do grupo, removidos do local para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, e na desativação

do Anexo, onde as regras disciplinares eram extremamente severas (permanência dos presos 23 horas por dia, isolados na cela, com uma hora para banho de sol, deslocamento dos presos no interior da prisão apenas algemados etc). Somente no segundo dia do movimento é que serão apresentadas denúncias das más condições das prisões, alimentação ruim, falta de assistência médica ou judiciária, arbitrariedades praticadas pelas autoridades, maus-tratos etc.

Por outro lado, nunca até então se tinha dado tamanha visibilidade a um movimento dessa natureza. Considerando que o grau de adesão atingido pelo movimento foi potencializado pelo envolvimento de milhares de visitantes e de familiares dos presos que se encontravam no interior das unidades rebeladas, é possível dimensionar o impacto que as imagens transmitidas incessantemente pela mídia provocaram.

Durante dois dias, milhares de espectadores acompanharam as imagens pela televisão. No chão do pátio de um dos centros de comando do movimento, na Casa de Detenção de São Paulo, são escritas as mensagens do Grupo para os helicópteros das redes de TV, que transmitem a barbárie ao vivo.

Com isso, o problema passou a ser o restabelecimento do comando do sistema prisional, até então corrupto e desgovernado.

As resoluções editadas pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, logo após a *“mega” rebelião*, demonstram claramente as tentativas premidas de urgência por parte dos administradores em assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional.

Em 4 de maio de 2001, com base nesse crescimento desenfreado do poder de organização das facções criminosas nos grandes e médios presídios de São Paulo, a Secretária da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, dirigida pelo Secretário de Estado Nagashi Furukawa, editou a resolução nº 26 e criou em seu Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, restrito, de início, somente para cinco unidades prisionais: Casa de Detenção de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré. Ao longo do ano, as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o regime, e um novo estabelecimento, o

Centro de Readaptação de Presidente Bernardes, foi inaugurado em 2 de abril de 2002, exclusivamente para tal finalidade.

A resolução SAP-O26 dispunha no seu artigo 1º que o regime disciplinar diferenciado seria aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, restrito somente as unidades penitenciárias acima mencionadas. O tempo máximo de permanência previsto para a primeira inclusão no RDD era de 180 dias, e as demais, de 360 dias (artigo 4º).

Na esteira do movimento de restrições dos direitos dos presos por meio de medidas disciplinares, em julho de 2002, foi editada a resolução nº 49, que restringe o direito de visita e as entrevistas com advogados no Regime Disciplinar Diferenciado. Esta resolução restringe as visitas a duas pessoas por dia de visita (artigo 2º), e estabelece que as entrevistas com advogados deverão ser previamente agendadas, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento.

Logo após, em agosto de 2002, foi editada a resolução nº 59, que institui o regime disciplinar especial no Complexo Penitenciário de Campinas - Hortolândia. A resolução prevê o regime disciplinar especial não somente para os condenados, mas também para os presos provisórios que praticaram fatos previstos como crime doloso ou que representem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal.

O tempo máximo de permanência no RDE foi fixado em 360 dias. Outro aspecto relevante é que esta medida disciplinar elenca um rol de condutas que implicariam a submissão ao regime disciplinar: incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; tentativa de fuga; participação em facções criminosas; posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa e prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento (artigo 2º).

No Estado do Rio de Janeiro, a primeira experiência com o regime disciplinar diferenciado ocorreu em dezembro de 2002, decorrente da rebelião no presídio de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar, que resultou na morte de quatro presos. Imediatamente após o término do movimento, os líderes foram

isolados para impedir o contato com os demais presos, e o restante dos participantes foram colocados em Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES).

Em julho de 2003, a Secretaria da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro reeditou o regime disciplinar especial de segurança (RDES) em Bangu I, e a partir deste momento generalizou a medida disciplinar para outras unidades penitenciárias.

Na prática, o isolamento dos líderes das facções criminosas, propiciado pelo RDD, foi devastador para o crime organizado. Diante da ausência do contato com os líderes, importantes integrantes, alguns deles fundadores destas facções, acabaram sendo destituídos de seus comandos, resultando na desestruturação destes grupos criminosos.

6.2 Características do Regime Disciplinar Diferenciado

O projeto mencionado alhures tramitou e foi convertido em lei, sendo alvo de severas críticas advindas de vários juristas. Trata-se da Lei nº 10792/03, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal) e o Decreto-lei nº 3689/41 (Código de Processo Penal), além de estabelecer outras providências.

O regime disciplinar diferenciado é aplicável aos presos provisórios ou condenados, nas hipóteses de crime doloso, que determine subversão da ordem ou da disciplina internas; de alto risco para ordem e segurança do estabelecimento penal, ou da sociedade; e de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (artigo 52, §§1º e 2º, LEP).

As **características** do regime disciplinar diferenciado são as seguintes:

- a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção disciplinar, no caso de falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada;
- b) cumprimento da sanção disciplinar em cela individual;
- c)

visitas semanais de 2 (duas) pessoas (mais crianças), com duração de 2 (duas) horas; d) saída para banho de sol, por 2 (duas) horas diárias (artigo 52, I-IV, LEP).

O regime disciplinar diferenciado é aplicado em procedimento disciplinar instaurado por requerimento circunstanciado por Diretor do estabelecimento (ou outra autoridade administrativa), com manifestação do Ministério Público e garantia do direito de defesa, mediante decisão fundamentada e prévia do Juiz competente, no prazo de 15 (quinze) dias (artigo 54, §§1º e 2º e artigo 59, LEP).

Por exceção, a autoridade administrativa pode decretar, até o máximo de 10 (dez) dias, o isolamento preventivo do preso, mas a inclusão no regime disciplinar diferenciado depende de decisão do Juiz competente, fundado no interesse da disciplina e da averiguação do fato, garantindo o cômputo do tempo de isolamento preventivo no período de cumprimento da sanção disciplinar definitiva (artigo 60, parágrafo único, LEP).

Importante mencionar que não é preciso aguardar eventual condenação ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o sujeito ser inserido no RDD, o que por certo inviabilizaria a finalidade do instituto.

6.3 Hipóteses de Inclusão no RDD

Conforme a irreparável lição do Professor e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Marcão (2007, p. 39-41), em síntese, podem ser incluídos no regime disciplinar diferenciado em três hipóteses, quais sejam:

a) 1ª hipótese: O preso provisório ou definitivo que praticar falta grave consistente em fato previsto como crime doloso, desde que tal conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina internas.

Corroborando com o referido entendimento, o jurista Gomes (2007) ensina:

O RDD somente se aplica a preso provisório ou condenado que, durante o cumprimento da pena INTERNAMENTE no estabelecimento penal (e não externamente, por exemplo, o que encontra-se de Livramento Condicional) cometa crime doloso (e não crime culposos 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.

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

Ordem lembra organização, significando o 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, denota obediência às regras e aos superiores.

Destarte, se o crime doloso praticado pelo preso provisório ou definitivo tumultuar a organização, a normalidade do estabelecimento prisional, ou demonstrar descaso, desobediência aos superiores, abre-se a primeira hipótese para sua inclusão no regime disciplinar diferenciado.

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

Ao contrário do que reclama o *caput* do art. 52 da LEP, para a inclusão do preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, no regime disciplinar diferenciado, o § 1º do mesmo artigo não exige que tenham eles praticado crime doloso durante o período de permanência no estabelecimento prisional. Para a inclusão do RDD basta que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade

Por aqui, o problema crucial reside em especificar, em cada caso, o que se deve considerar como de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, não sendo demais lembrar que o fato de o

preso ou condenado, nacional ou estrangeiro, ter envolvimento com organizações criminosas ou pertencer a quadrilha ou bando constitui fundamento distinto, regulado no § 2º do art. 52, LEP, conforme passaremos a expor.

c) 3ª hipótese: Determina, por fim, o § 2º do mesmo dispositivo legal que estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A primeira observação a ser feita é no sentido de que não se fez, por aqui, como de resto também não se fez no *caput*, qualquer menção expressa ao estrangeiro, preso ou condenado, como constou no § 1º, restando excluída, sob tal fundamento, a possibilidade de sua inclusão no regime disciplinar diferenciado, já que as normas que impõe limitações a direitos devem ser interpretadas restritivamente.

Na prática, a regra sugere grave risco, e deverá ser fonte de abusos constantes, sendo possível antever os mais diversos excessos que serão cometidos, isso em razão da vasta e perigosa possibilidade de interpretar a regra em busca do que venha a ser possível considerar fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

As fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, nos termos do § 2º do artigo 52 da Lei nº 7210/84, com a redação da Lei nº 10792/03, devem ter relação com os atos por eles praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar.

6.4 Do Procedimento de Inclusão no RDD

O preso, provisório ou definitivo, poderá ser incluso no regime disciplinar diferenciado de forma preventiva ou por meio de decisão definitiva.

Neste sentido, nos ensina o ilustre jurista Magalhães (2007, p. 06):

Em síntese, pode-se definir o RDD - Regime Disciplinar Diferenciado como sendo um conjunto de regras rígidas que orienta o cumprimento da pena privativa de liberdade (quanto ao réu já condenado) ou a custódia do preso provisório. Destarte, de acordo com o caso concreto, o instituto pode assumir duas feições, quais sejam: o RDD "punitivo" (art. 52, *caput* e incisos, da Lei 7.210/84) e o RDD "cautelar" (art. 52, parágrafos 1º e 2º, do referido diploma legal).

Conforme o artigo 60, 'caput', da Lei de Execução Penal, com a nova redação acrescida pela Lei nº 10792/03, a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até 10 (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.

Cuidou a Lei de estabelecer duas hipóteses de medidas extremas, a saber: I - decretação de isolamento preventivo, a cargo da autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional); e II - inclusão preventiva do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação.

O prazo de isolamento preventivo ou de inclusão preventiva é de até 10 (dez) dias, sem possibilidade de prorrogação ou nova decretação pelo mesmo fundamento. O tempo de isolamento preventivo ou de inclusão preventiva no RDD será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar, conforme estabelece o parágrafo único do art. 60 da LEP.

Findo o prazo, ou se determina a inclusão no RDD, por decisão definitiva conforme regula o artigo 52 da LEP, ou se restitui ao preso a condição de encarcerado em que se encontrava anteriormente.

Em irreparável lição, o Jurista e Promotor Marcão (2007, p. 43) desmembra o procedimento de inclusão no RDD em duas modalidades, quais sejam, a preventiva e a cautelar.

6.4.1 Do procedimento em caso de inclusão preventiva no RDD

A inclusão preventiva do preso no regime disciplinar diferenciado é uma medida cautelar que deverá ser decretada pelo juiz da execução, no interesse da disciplina e da averiguação do fato. Justamente por ser medida cautelar, para sua decretação se faz necessário à constatação e demonstração, em decisão judicial fundamentado, de dois requisitos básicos, quais sejam: ***fumus boni juris*** e ***periculum in mora***.

A inclusão preventiva também poderá ser decretada para qualquer das 3 (três) hipóteses autorizadas, nos termos do artigo 52, *caput*, §§ 1º e 2º da LEP.

Consideradas a urgência e as demais peculiaridades que a envolvem, a inclusão pode ser decretada pelo Juiz sem a prévia oitiva do Ministério Público e da Defesa, não havendo que se falar em violação de garantias constitucionais como devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.

Com efeito, por certo a operacionalização das oitivas prévias, no mais das vezes poderia desatender a finalidade emergencial da medida extrema. Ademais, nada impede que após a decisão que determinar a inclusão sobre ela se manifestem o Ministério Público e Defesa, apresentando as ponderações que entenderem pertinentes.

Em outras situações peculiares, como é o caso da regressão cautelar (artigo 118 da LEP), vários tribunais já se pronunciaram admitindo a medida emergencial a prévia oitiva dos Órgãos Ministerial e Defensorio. O que não se admite, sob pena de nulidade absoluta, é a decisão definitiva de inclusão no regime disciplinar diferenciado sem a manifestação prévia do *Parquet* e da Defesa.

6.4.2 Do procedimento em caso de inclusão definitiva

A decisão sobre a inclusão no RDD é jurisdicional, inserindo-se na alçada do Juiz da execução penal. Não pode o magistrado decretar a inclusão de ofício, e o Ministério Público, da mesma forma, não tem legitimidade para postular a inclusão no regime disciplinar diferenciado. De modo que, a legitimidade para a

inclusão no RDD é do diretor do estabelecimento penal em que se encontre o preso provisório ou condenado alvo, ou de outra autoridade administrativa, quais sejam, o Secretário de Segurança Pública e o Secretário da Administração Penitenciária.

O requerimento deverá ser sempre fundamentado, ou seja, circunstanciado (artigo 54, § 1º da LEP).

Após ter sido apresentado o pedido de inclusão, sobre ele deverá se manifestar os Órgãos Ministerial e Defensório. Posteriormente, caberá ao Juiz da execução prolatar sua decisão no prazo de 15 (quinze) dias (artigo 54, § 2º, da LEP).

Assim, não basta o entendimento de que o preso necessita ser implantado no regime disciplinar diferenciado, posto que, a pretensão deve ser convenientemente deduzida, formando-se processo judicial (incidente à execução). Evitando-se com isso, que a autoridade administrativa decida a respeito de tão grave situação.

Insta salientar que, nos termos do artigo 60 da LEP, embora o Juiz tenha o prazo máximo de 15 (quinze) dias para decidir a respeito, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até 10 (dez) dias, enquanto aguarda a decisão judicial.

Os prazos, no entanto, deveriam coincidir, ou seja, se o Juiz tem 15 (quinze) dias para deliberar sobre o RDD, o ideal seria que a autoridade administrativa tivesse igualmente 15 (quinze) dias para isolar o preso, quando fosse necessário. Recomenda-se, no entanto, que o Juiz, alertado de que o preso já foi isolado, decida em 10 (dez) dias, evitando-se a alegação de constrangimento ilegal.

Destaca-se, por fim, que em todos os casos a inclusão no RDD ocorrerá sem prejuízo da sanção penal cabível.

6.5 Da Constitucionalidade no RDD

A Resolução n.º.26, editada em maio de 2001, que criou o regime disciplinar diferenciado, tão logo teve argüida a sua inconstitucionalidade por vários juristas, salientando que tal resolução viola a Constituição Federal, de modo que, em

se tratando de falta grave, a matéria é de competência exclusiva de lei ordinária. Ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la.

Chamado a intervir, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela constitucionalidade da referida resolução, argumentando que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislarem sobre Direito Penitenciário, nos termos do art. 24, I da Constituição Federal: “Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”.

Diante a rigidez do Regime Disciplinar Diferenciado, as críticas não tardaram à aparecer. Muitos sustentam que o cumprimento da pena com tal rigor não ressocializa o preso, dispondo que a solução estaria no abrandamento regime, na aplicação de sanções restritivas de direitos, de modo a propiciar ao sentenciado o cumprimento da privação de sua liberdade pelo menor período possível.

Há ainda os que entendem que o RDD é uma afronta aos princípios da igualdade e proporcionalidade, já que trata de forma desigual indivíduos sentenciados quantitativamente do mesmo modo. Finalmente, há ainda quem sustente que o regime de isolamento fere o princípio da humanidade das penas.

O ilustre membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Porto (2007, p. 66) entende que os indivíduos diferentes devem ser tratados na medida de suas diferenças, fundamentando sua tese nos princípios constitucionais de igualdade (art. 5º, *caput*, CF-88) e individualização (art. 5º, XLVI, CF-88). Optando assim, pela constitucionalidade do RDD.

Corroborando com o entendimento ora exposto, o Promotor de Justiça Bortolotto (2007):

Como corolário da individualização é que existem os regimes para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Ao deixar de classificar os condenados, o Estado torna impossível o desenvolvimento de um tratamento penal adequado.

Os denominados regimes disciplinares diferenciados não devem ser entendidos como uma forma de sancionamento, mas sim como um conjunto de regras aplicáveis a indivíduos cuja conduta criminosa contumaz e reiterada, além da liderança exercida após o encarceramento, exigem tratamento penal diferente do atribuído aos demais presos. Consistem no exercício de um maior controle por parte do Estado. Não põem suprimir direitos, o que os tornaria inconstitucionais ou ilegais, mas podem disciplinar o exercício dos direitos previstos, tornando-o compatível com o perigo social

representado pelo preso que a ele deve submeter-se. Sua implementação supre, em parte, omissão histórica do Estado no atendimento aos princípios da igualdade e da individualização na execução da pena privativa de liberdade.

Ainda segundo o pensamento sustentado por Bortolotto, a base constitucional para o estabelecimento de tratamento diferenciado relativamente a apenados com características pessoais que identifiquem alto potencial ofensivo encontra-se no artigo 5º, *caput*, XLVI, CF-88, com o enunciado.

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

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

Conclui-se, portanto, que a individualização das penas é desdobramento do princípio da igualdade, pois enuncia que indivíduos diferentes devem ser tratados na medida de suas distinções.

Conforme a irreparável lição Jurista Luiz Flávio Gomes (2007, p. 5-10), no que tange a questão da constitucionalidade do RDD, faz-se necessário enfatizar três pontos jurídicos:

a) É possível estabelecer o RDD via Medida Provisória? Como sabido, nos termos do art. 22, I, CF-88, a União é fonte de produção do Direito Penal no Brasil, tendo competência privativa para tanto. Predomina o entendimento em torno da tese de que jamais pode uma MP (do Presidente da República) criar delitos ou impor penas ou mesmo cuidar de qualquer agravamento da execução das penas. subtraídas do âmbito das medidas provisórias e só o Congresso pode, sobre elas, legislar.

No âmbito penal há reserva legal e isso decorre da garantia da *lex populi* (somente lei do povo, aprovada por seus representantes, é que pode afetar o *ius libertatis* do cidadão). Insta salientar que a reserva legal também é princípio norteador da Lei de Execução Penal, quando esta interferir na liberdade do condenado, criando, modificando ou agravando a pena ou respectivos benefícios (art. 62, § 1º, I, b, CF-88), não podendo, portanto, adotar medidas provisórias sobre

Direito Penal e Direito Processual Penal contra o réu, de modo que as medidas que restringem a liberdade devem emanar diretamente do Congresso Nacional.

Isso porque, sobre essas matérias somente a União (através Congresso Nacional) pode legislar (CF, artigo 22). Há reserva de competência legislativa. Ainda sobre elas vigora, como sabemos, não só o princípio da legalidade (CP, artigo 1º; LEP, artigo 2º; CP, artigo 40) senão, sobretudo o da reserva legal (CF, artigo 5º, XXXIX).

Assim, toda e qualquer regra que venha criar, modificar, extinguir ou reduzir a satisfação do Estado de punir ou executar a pena, deve ser considerada de natureza penal, como por exemplo, as normas de execução penal que tornem mais gravoso o cumprimento da pena ou que impedem ou criam requisitos para progressão de regime ou outro benefício legal.

Logo, as normas atinentes ao RDD têm natureza mista, ou seja, possui uma fachada de processo penal (execução penal), porém, com um acentuado caráter de Direito Penal, já que torna mais rigoroso o regime de cumprimento de pena, interferindo, com isso, na liberdade do cidadão.

Sendo norma mista, suas regras regem-se pela disciplina do Direito Penal e não do Direito Processual Penal, portanto, aplica-se o artigo 5º, XL da CF-88, sendo tal lei irretroativa, além de incompatível por medida provisória. Dessa forma, não se pode afirmar que o RDD seja apenas uma lei processual penal (mera execução penal), pois seria sofisma a isto lhe outorgar.

Corolário, conforme ensinamento do professor Luiz Flávio Gomes (1999, p. 222), toda medida provisória, por natureza, é transitória. Tanto é assim, que perde sua eficácia alguns dias após ser publicada, se o Congresso não a transformar em lei.

Justamente pelo fato de não ser possível a utilização de Medida Provisória contra o *ius libertatis*, é absolutamente inconcebível na esfera penal (direito penal propriamente dito, processo penal ou execução penal) a existência de crime ou pena ou agravamento de sanção por medida provisória. Como condenar alguém por um crime ou impor uma pena ou uma sanção drástica a um preso com fundamento numa legislação que é transitória, provisória?

b) É possível estabelecer o RDD via Lei Ordinária Federal? Neste caso, a resposta é positiva, pois a Carta Magna não reservou a emenda constitucional ou mesmo lei complementar a disciplina da matéria de Execução Penal. Aliás, a própria Lei de Execução Penal é lei ordinária (Lei nº 7.210/84), de modo que foi recepcionada pela CF-88 como tal.

Logo, admite-se o estabelecimento do RDD por meio de lei ordinária federal, sendo este o meio jurídico mais adequado, uma vez que, não pode medida provisória estabelecer o RDD.

Com isso, o requisito formal que criou o RDD tem guarida constitucional (Lei nº 10792/03 – lei ordinária), uma vez que o atual RDD, antigo Regulamento Disciplinar Diferenciado, legalizou condutas disciplinares até então questionáveis de constitucionalidade.

c) É possível estabelecer o RDD via delegação federal para Estados e Distrito Federal? Nos termos do parágrafo único do artigo 22 da CF-88, somente lei complementar federal poderá autorizar os Estados membros e o Distrito Federal a legislar sobre matéria penal, no que tange a questões específicas (matérias previstas na lei complementar que tenham interesse tão somente local).

Porém, os Estados não podem legislar sobre matéria fundamental de Direito Penal ou de Execução Penal, criando crimes, vedando benefícios de execução penal. Ou ainda, sob pretexto de disciplina, criar limitações na liberdade do cidadão, ainda mais rígidas que as normas da União.

Nada obstante, o efeito decorrente do princípio da legalidade determina que toda e qualquer regra que venha a criar, modificar, extinguir ou reduzir a satisfação do Estado de punir ou executar a pena, deve ser considerada de natureza penal, como por exemplo, as normas de execução penal que tornem mais gravoso o cumprimento da pena ou que impedem ou criam requisitos para progressão de regime ou outro benefício legal. É a conhecida competência suplementar que pode ou não ser delegada aos Estados, senão, por meio de lei complementar.

A Lei nº 10792/03 é lei ordinária, de forma que a delegação contida no seu artigo 5º, inciso IV padece do vício formal de constitucionalidade, a qual dispõe:

[...] os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o Regime Disciplinar Diferenciado, em especial para: 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.

Por outro lado, quando o artigo 24, I da CF-88 impõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito penitenciário, surgem indagações no que tange ao conceito de Direito Penitenciário, e ao alcance da competência concorrente.

Miotto (1975. p. 59) define Direito Penitenciário como sendo um “conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade, abrangendo, por conseguinte, o regulamento penitenciário”.

A referida definição, porém, não pode atingir o conceito de norma penal ou mista (artigo 22, I e seu parágrafo único da CF-88), ou seja, normas que dizem respeito à privação ou restrição da liberdade do cidadão.

Portanto, direito penitenciário diz respeito às normas dos Estados que adaptem os princípios, bases da Lei Federal, a particularidades regionais do estabelecimento prisional. Desta forma, o artigo 24, I da CF-88 trata de matéria penitenciária e não penal, o que faz do artigo 5º, IV, da Lei nº 10792/03, inconstitucional, sob pena do Estado estar legislando sobre Direito Penal, o que é competência privativa da União.

Enfatiza ainda Gomes (2007, p. 07) que:

Na competência concorrente prevista pelo art. 24, I, da CF-88, a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo inconstitucional o que dela ultrapassar, sendo que nesta competência concorrente, não há possibilidade de delegação por parte da União, aos Estados e DF das matérias elencadas neste artigo, nem por lei complementar, pois o artigo 24 não tem previsão para isso, como tem o artigo 22, I da CF-88. Assim, os incisos I, II e III do artigo 5º da Lei nº 10792/03 são constitucionais, pois atendem o artigo 24, I da CF-88. O inciso V também é constitucional, não cuidando a hipótese do artigo 22, I e seu parágrafo único da CF-88 e sim, do art. 24, I c/c §3 e §4º da CF, que cuida da competência suplementar-supletiva dos Estados. Todavia, o inciso IV do artigo 5º da Lei Ordinária Federal 10792/03 é inconstitucional, por não observar a essência da competência concorrente e por tratar-se de norma com acentuado caráter de Direito Penal, logo, somente passível de delegação via lei complementar (artigo 22, I e seu parágrafo único da CF/88).

Vejam os artigos 5º, IV, Lei nº 10792/03, que delega por lei ordinária norma com caráter penal:

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:

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;

Finalmente, o digníssimo jurista Gomes (2007, pág. 07) conclui com os seguintes dizeres:

No inciso IV o acentuado caráter de Direito Penal (que somente permitiria delegação por lei complementar, nos termos do art. 22, I e parágrafo único da CF-88) 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.

Corroborando com o entendimento ora exposto, o ilustre jurista Magalhães (2007, p. 06) dispõe:

Com vigor, cabe sublinhar que não se está defendendo aqui que o RDD seria o remédio para todos os males do sistema carcerário brasileiro, sob a inspiração do movimento da lei e da ordem ou do expansionismo punitivo. Nada disso! Trata-se, como visto, de providência enérgica, porém, diante de certas circunstâncias, um autêntico "mal necessário". Ao contrário do que defendem os mais afoitos, o RDD não é um mero subproduto do denominado "Direito Penal do Inimigo" ou um retrocesso inconstitucional. Ao revés, verdadeiro retrocesso seria admitir que o Poder Público se curvasse ou quedasse inerte diante de veementes acintes e constrangedoras ameaças de desequilíbrio.

Em tempo, cabe destacar que a infundada afirmação de possível inconstitucionalidade da previsão legal acerca do RDD já foi devidamente rechaçada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos termos referidos, *verbis*:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. *Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social.*

3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Precedentes (...)

5. Ordem denegada.

HC 40300/RJ; *Habeas Corpus* 2004/0176564-4, Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128), Órgão Julgador T5 – Quinta Turma, Data do Julgamento 07.06.2005, Data da Publicação/Fonte DJ 22.08.2005, p. 312, RT vol. 843 p. 549.

Conforme mencionado anteriormente, muitas críticas surgiram contra o regime de isolamento, dentre as quais algumas, pelo brilhantismo com o qual foram expostas, devem ser destacadas. Nesse sentido, *data vênia* ao que decidiu a Colenda Câmara do STJ, o professor Santos (2005, p. 77) entende ser o RDD inconstitucional, fundamentando que o referido regime:

a) Constitui violação da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, definido no art. 1º da Constituição Federal;

b) Representa instituição de pena cruel, expressamente excluída pelo art. 5º, XLVII, "e", da Constituição Federal;

c) A indeterminação das hipóteses de aplicação do regime disciplinar diferenciado infringe o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), porque subordina a aplicação da sanção disciplinar a critérios judiciais subjetivos e indiossincráticos: primeiro, é indeterminável a quantidade de alteração necessária para configurar o conceito de subversão da ordem ou da disciplina (art. 52, LEP); segundo, é indeterminável a quantidade de risco definível como alto para a ordem e a segurança da prisão ou da sociedade (art. 52, § 1º, LEP); terceiro, é indefinível o conceito de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, LEP).

No que tange ao Regime Disciplinar Diferenciado, estamos diante de um tema jurídico de grande controvérsia na doutrina acerca da sua constitucionalidade.

Na iminência de finalizar esta breve pesquisa sobre o regime disciplinar diferenciado, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, entendemos ser o RDD um instituto constitucionalmente legítimo a ser aplicado quando necessário, de acordo com o caso concreto, tanto como sanção, quanto como cautela.

7 CONCLUSÃO

Após analisar, neste trabalho, a evolução do sistema punitivo e os princípios constitucionais penais frente à discussão acerca da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, direcionamos nosso limitado entendimento a favor da constitucionalidade do regime de isolamento, posto que, regimes diferenciados de cumprimento de pena são aplicados em todo o mundo com muito mais rigor do que o previsto no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, o regime aplicado nas penitenciárias de regime diferenciado (Supermax) é de reclusão absoluta.

Em uma Supermax, o preso permanece, durante todo o primeiro ano de cumprimento de pena, durante 23 horas do dia sem sair de sua cela, sendo os banhos permitidos a cada dois dias. Não há visitas, sendo permitidas apenas duas ligações telefônicas por mês. Destaca-se ainda que não há período máximo de permanência, podendo o condenado cumprir toda a sua pena em regime diferenciado.

Na Itália, o rigor posto em prática nos estabelecimentos prisionais é ainda maior do que aquele aplicado nas penitenciárias norte-americanas. Sendo que os primeiros presídios construídos para abrigar os líderes das máfias italianas tiveram tamanho sucesso que o governo construiu outros quatro estabelecimentos prisionais direcionados a mesma finalidade. Também não há no regime italiano um período mínimo de permanência no isolamento, podendo o cumprimento da pena ser alterado com o bom comportamento do condenado e pela colaboração com a justiça.

Apesar da demonstração de desigualdade de rigor apresentado em face ao sistema prisional pátrio, os regimes dos Estados Unidos e da Itália foram criados para outra realidade, diferente do Brasil, não podendo, portanto, serem utilizados como modelo para o nosso sistema penitenciário.

Contudo, demonstram que o RDD aplicado no Brasil é bem menos rigoroso do que o regime de isolamento posto em prática em outros países,

considerados como referências de cumprimento do princípio da humanidade das penas.

Há um passo de finalizar este breve estudo acerca do RDD, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, deixamos claro o sentimento de que o Regime Disciplinar Diferenciado é um instituto constitucionalmente legítimo a ser aplicado quando necessário, de acordo como caso concreto, tanto como sanção, quanto como cautela.

Insta salientar que, por se tratar de medida restritiva de direitos, as autoridades competentes devem, sempre, aplicá-la com cautela, porém, sem qualquer receio, quando a referida medida mostrar-se útil para resguardar a ordem pública, a qual vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando e integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional e, também, no meio social.

Por fim, o RDD representa um marco no combate ao crime organizado, posto que os resultados de sua aplicação demonstram ser este uma das únicas medidas eficazes no combate as organizações criminosas que atuam dentro e fora dos presídios, resultando também na colaboração daqueles sentenciados considerados líderes destas organizações, possibilitando a identificação e prisão de inúmeros integrantes de facções criminosas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica a flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. Monografias / IBCCRIM; 32.

BORTOLOTTI, Gilmar. Regimes Diferenciados, igualdades e individualização. **Ministério da Justiça**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

_____. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. Monografias / IBCCRIM; 35.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal: Série manuais para concursos e graduação**. São Paulo: Revista dos Tribunais - IELF, 2005. v. 6.

_____. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). **Universidade Federal de Santa Catarina**. Disponível em: <www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf> Acesso em: 17 ago. 2007. 10h00min.

_____. **Medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

_____. Constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. **Iuspédia Enciclopédia Web - LFG do Direito**. IBCCRIM. Disponível em: <<http://www.blogdoflg.com.br/article.php?story=2007050813190938&mode=print> - 7k >. Acesso em: 19 ago. 2007

KUEHNE, Mauricio. **Doutrina e prática da execução penal**. 2. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1995.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 327.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado. **Uol**. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>. Acesso em: 16 ago. 2007.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão Provisória: medida de execução do direito criminal brasileiro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo. Atlas, 1989. v. 1.

MIOTTO, Arminda Bergamini. **Curso de ciência penitenciária**. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1. p. 59.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: artigos. 1º a 120º**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Laumen Júris, 2005.