

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Laise Cerqueira de Souza

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: Uma análise de sua constitucionalidade

Juiz de Fora

2012

Laise Cerqueira de Souza

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: Uma análise de sua constitucionalidade

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: *Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes*

Juiz de Fora

2012

Laise Cerqueira de Souza

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: Uma análise de sua constitucionalidade

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Denis Soares França
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Pedro Mascarenhas Guzella
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

Há uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência brasileiras sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Este trabalho pretende analisar esta questão, para sustentar a constitucionalidade do regime, uma vez que este foi criado pela Lei 10.792/03, que alterou os artigos 52 a 54 da Lei de Execução Penal (Lei 7210/82), inserindo o Regime Disciplinar no ordenamento jurídico pátrio e que não há contradição aos princípios fundamentais elencados na Constituição (BRASIL, 1988), demonstrando que não há supressão dos direitos dos presos, mas sim uma restrição em benefício de um bem maior. Ao realizar uma análise das funções da pena, dos princípios constitucionais e a finalidade do regime será verificado que não há inconstitucionalidade na aplicação daquele aos presos considerados de alta periculosidade.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado. Funções e Finalidades da Pena. Princípios Constitucionais.

“Enquanto os rios correrem para o mar, os montes fizerem sombra aos vales e as estrelas fulgirem no firmamento, deve durar a recordação do benefício recebido na mente do homem reconhecido.” Publio Marón Virgílio

Sumário

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO: | 7 |
| CAPÍTULO 1: DAS PENAS E SUAS FINALIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 9 |
| 1.1) NOÇÕES PRELIMINARES: | 9 |
| 1.2) EVOLUÇÃO HISTÓRICA: | 9 |
| 1.2.1) FASE DA VINGANÇA DIVINA: | 9 |
| 1.2.2) FASE DA VINGANÇA PRIVADA: | 10 |
| 1.2.3) FASE DA VINGANÇA PÚBLICA: | 11 |
| 1.2.4) PERÍODO HUMANITÁRIO: | 11 |
| 1.3) A PENA | 12 |
| 1.3.1) CONCEITO: | 12 |
| 1.3.2) FINALIDADE: | 13 |
| 1.3.2.1) TEORIA ABSOLUTA E RETRIBUTIVA DA PENA: | 13 |
| 1.3.2.2) TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA DA PENA: | 14 |
| 1.3.2.3) TEORIA MISTA OU UNIFICADORA DA PENA: | 15 |
| 1.4) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PENA: | 16 |
| 1.4.1) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: | 16 |
| 1.4.2) PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE OU RESPONSABILIDADE PENAL: | 17 |
| 1.4.3) PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE: | 17 |
| 1.4.4) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: | 18 |
| 1.4.5) PRINCÍPIO DA HUMANIDADE: | 19 |
| 1.4.6) PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: | 19 |
| CAPÍTULO 2: DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: | 20 |
| 2.1) CONTEXTO HISTÓRICO DA ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: | 20 |
| 2.2) CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: | 22 |
| 2.3) O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: | 23 |

| | |
|---|----|
| 2.3.1) O DIREITO PENAL DO INIMIGO:..... | 23 |
| 2.3.2) CARACTERÍSTICAS DO RDD QUE EXPRESSAM O DIREITO PENAL DO INIMIGO: | 24 |
| 2.3.3) O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: | 25 |
| CAPÍTULO 3: A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO | 27 |
| 3.1) O RDD E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE: | 27 |
| 3.2) O RDD E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: | 28 |
| 3.3) O RDD E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE:..... | 28 |
| 3.3.1) O RDD E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS: | 29 |
| 3.5) O RDD E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: | 30 |
| 3.6) O RDD E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: | 31 |
| CONCLUSÃO: | 34 |
| BIBLIOGRAFIA: | 37 |

INTRODUÇÃO:

A Lei Federal nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003 introduziu na Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984) uma nova modalidade de encarceramento para o sistema prisional já existente, é o denominado Regime Disciplinar Diferenciado.

Este regime foi criado com o objetivo de impor uma pena mais rigorosa àqueles detentos que cometem falta grave, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou que sobre ele recaia fundada suspeita de envolvimento ou participação em organizações criminosas quadrilha ou bando, ou seja, há penalização rigorosa dos presos considerados de “alta periculosidade”.

A criminalidade, nos dias atuais, se apresenta em um nível elevado de lesividade e cada vez mais cruel, temos como exemplo o terrorismo e o narcotráfico, trazendo medo e horror à sociedade. O acesso a dinheiro e a armas pesadas fazem com que a criminalidade fuja ao controle do Estado e se torna uma verdadeira guerra cada vez mais difícil do sistema vencer.

Essa criminalidade se transforma em um inimigo para o Estado, pois vai na contra mão do Estado Democrático de Direito, fazendo com que o Direito Penal seja uma reação perante a emergência e a excepcionalidade do caso. Desta forma, nasce o Direito Penal do Inimigo, considerando inimigo aquele que por meio de sua conduta não garante a mínima segurança a sociedade e repudia o Direito.

A criação do RDD pelo legislador pátrio foi inspirada no famigerado “Direito Penal do Inimigo”, propagandeado pelo jurista alemão Gunther Jackobs, que prevê sinteticamente a criação de leis mais duras a determinados criminosos.

Os delinquentes mesmo em cárcere continuam comandando o crime de dentro dos estabelecimentos prisionais, assim, a pena privativa de liberdade, que visa retirar o delinquente do convívio na sociedade para que ele não mais infrinja a lei, não alcança seu objetivo.

Neste contexto, foi criado o RDD, visando o controle a eficiência do recolhimento do preso e buscando garantir a segurança social que se encontra ameaçada até mesmo pelo delinquente encarcerado.

A pena é um importantíssimo meio de que se vale o Estado para impor suas normas jurídicas, dessa forma tal sanção encontra-se vinculada à filosofia política de cada Estado. Ela deve ter uma função corretiva, de ressocializar o apenado para que ele possa viver em sociedade, e não retribuir o mal causado à vítima ao apenado, afinal qualquer pessoa tem

capacidade de recuperar-se, de modo que, o erro está nos métodos que se utilizam para recuperar o cidadão.

A constituição da república elencou direitos e garantias fundamentais relacionados com o tema sob estudo, que são considerados cláusulas pétreas, pois são encontrados no rol do artigo 5º, CF/88, que traz os princípios fundamentais que norteiam a elaboração legislativa, sobre tudo em matéria penal.

Destaca-se os incisos III, XLVII, “e” e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal que estabelecem que ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano ou degradante, que não haverá penas cruéis e é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral

Os referidos fundamentos derivam do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, CF e este princípio veda que a adoção de penas atentatórias à dignidade da pessoa humana e que não cumpram o seu papel na sociedade, vedação que se reforça nas normas do artigo 5º, CF, supra citadas.

É neste sentido que o Regime Disciplinar Diferenciado será analisado no presente trabalho. Primeiramente será abordada a evolução das penas e suas finalidades no Direito Penal Pátrio, com o objetivo de se entender o contexto social em que se deslumbrou a necessidade da criação de tal regime, bem como os motivos que levaram a essa criação. Será analisado também os princípios constitucionais que norteiam a aplicação das penas.

Será apresentado o sistema do regime disciplinar diferenciado, com suas hipóteses de aplicação e com maior foco em sua constitucionalidade, demonstrando que não há afronta aos direitos e garantias fundamentais perante análise de cada um dos princípios nortes da aplicação da pena.

Assim o presente trabalho possui o objetivo de demonstrar a evolução histórica da pena para que sejam relacionados aos aspectos ligados ao regime disciplinar diferenciado com foco na sua constitucionalidade, para isso foi usado o método dedutivo, tendo como recursos pesquisas bibliográficas e documentais.

CAPÍTULO 1: DAS PENAS E SUAS FINALIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1) NOÇÕES PRELIMINARES:

Para satisfazer suas necessidades, os primeiros homens, foram forçados a se agruparem para sua própria sobrevivência, começou-se assim a surgir as sociedades.

O Homem possui uma tendência para o despotismo, assim a convivência e interação entre os indivíduos começaram a gerar temores e instabilidade, pois cada um buscava suas intenções sem pensar no bem comum. Segundo Jean Jacques Rousseau o homem é bom por natureza, é a sociedade que o corrompe, na medida em que a sociedade limita a liberdade do homem natural este se torna agressivo e propício a gerar conflitos para reestabelecer sua própria liberdade, mas no convívio em sociedade esta deve ser limitada em vista da harmonia e do com convívio com os demais homens.

Assim, se fez necessário a presença de meios para conter os conflitos de interesses e reprimir a ações antijurídicas, buscando soluções que resguardasse a sociedade.

Neste contexto surge o direito penal com a finalidade de proteger os bens mais importantes e necessários para a sobrevivência da sociedade, mantendo a ordem social e protegendo o homem de si mesmo, sendo o seu instrumento de coerção a pena.

A evolução do direito penal e suas penas seguem as mudanças que ocorrem na sociedade através dos tempos, de acordo com as limitações impostas a cada época, o surgimento de novos deveres e direitos, assim a vingança penal vai evoluindo gradativamente.

1.2) EVOLUÇÃO HISTÓRICA:

1.2.1) FASE DA VINGANÇA DIVINA:

Nas sociedades primitivas a influência sobre os homens era predominantemente religiosa. Para eles os fenômenos naturais que causavam algum prejuízo eram reações divinas contra os atos criminosos que iam contra os costumes da sociedade.

Nesta fase a pena não se preocupa com a Justiça em si, sendo desproporcionais, cruéis desumanas e degradantes, quanto maior for o Deus que sofreu a ofensa, maior será o rigor da punição, consistindo em sua grande maioria no sacrifício da vida do infrator. A sua

finalidade era intimidar os indivíduos que compunham a sociedade para que não cometesse o mesmo delito. O encarregado de aplicar os castigos era o sacerdote, escolhido por delegação divina.

O direito penal nesta fase era chamado de religioso, teocrático e sacerdotal. O Código de Manu criado por volta de 1500 a.C. na Índia, é um exemplo de legislação típica dessa fase, assim como o Avesta, criado na Pérsia também por volta de 1500 a.C.

1.2.2)FASE DA VINGANÇA PRIVADA:

Nesta fase se ocorresse um crime, a vítima, seus parentes ou seu grupo social reagiam a ofensa de forma desproporcional, atingindo somente o ofensor ou também o grupo social ao qual ele pertence.

Num primeiro momento dessa fase, se o delito fosse cometido por um membro do próprio grupo, se recorria ao isolamento daquele do convívio da sociedade, deixando-o desprotegido contra as ameaças de outros grupos sociais, que se o achassem o matariam. Se fosse cometido por membro de outro grupo social, a vingança recaía sobre o grupo inteiro, ocasionando em guerras, era a chamada “vingança de sangue”.

Para impedir que grupos sociais fossem dizimados surgiu a Lei de Talião, conhecido por sua regra do “olho por olho, dente por dente”, que significa uma evolução quando determina uma proporcionalidade da aplicação da pena em relação ao delito cometido. Essa lei foi adotada no Código de Hamurabi, com origem na Babilônia, no Êxodo pelos Hebreus e nas Leis das XII Tábuas dos romanos.

A Lei de Talião constituiu o pioneirismo na questão da humanização da vingança penal, uma vez que propiciava um tratamento igual a vítima e ao indivíduo que cometeu o delito, mas com ela também começaram a surgir problemas, como existia uma grande quantidade de infratores, os grupos sociais começaram a ter parte de suas populações deformadas devido a pena de mutilação de alguns membros do corpo, pela perda de sentidos e funções dos mesmos.

Para corrigir o problema, surgiu a *composição*, onde o infrator podia comprar sua liberdade, assim impunha-se um valor para aquele que praticou a infração se livrar do castigo.

1.2.3)FASE DA VINGANÇA PÚBLICA:

Com o surgimento da necessidade de uma melhor organização das sociedades os Estados passaram a cumprir o papel de mantenedor da ordem e da segurança pública. Nesta fase, os delitos eram considerados uma ofensa a toda a sociedade e a pena era aplicada pelo Soberano, o representante do Estado que governava em nome de um Deus.

Mesmo com essa evolução as penas continuaram cruéis e desumanas, a pena de morte, a mutilação, a transcendência da pena para os familiares do condenado. A aplicação da pena, sobretudo as de tortura e de morte eram feitas perante toda a sociedade para que as pessoas sentissem as consequências de desobedecer o Soberano. Esse período foi bem representado pela citação de Michel Foucault (2000, p.49):

Nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização (...) Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição, mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.

O Direito Penal Romano, caracterizado pela vingança pública, constituiu uma fonte originária de diversos institutos jurídicos utilizados até os dias atuais. Nele se afirmaram o caráter público e social do direito penal, o desenvolvimento da imputabilidade, da culpabilidade e suas excludentes, a diferenciação do elemento subjetivo do doloso e a pena como reação pública e cabendo ao Estado sua aplicação.

1.2.4)PERÍODO HUMANITÁRIO:

Os ordenamentos jurídicos em vigor em meados do século XVIII eram cruéis e priorizavam as penas corporais e capitais, o sistema repressivo era extremamente rigoroso, o que permitia que os julgadores, segundo seu próprio entendimento, julgassem os acusados segundo suas condições sociais. Já na segunda metade do século XVIII, com a ascensão da classe burguesa as concepções começam a mudar e surgem diversas críticas a legislação penal e a defesa da liberdade dos indivíduos e o princípio da dignidade da pessoa humana passam a ter papel fundamental.

O período humanitário se desenvolve em meio ao Iluminismo, este ampliou o domínio da razão na maior parte das áreas de conhecimento humano, influenciando na humanização das penas.

Esse período marcou uma revolução no sistema criminal, o direito penal deixa de ser uma meio de vingança e de manipulação do Estado e passa a ser um meio de punir. A pena passou a ser aplicada na medida da culpabilidade do acusado e servia não só para a punição mas também se tornou uma forma de retribuição e de utilidade social, uma vez que o crime passou a ser visto como uma violação a princípios legais. Deixou-se de lado as penas cruéis e passou-se a utilizar a privação de liberdade para punir os culpados.

Três grandes nomes se destacam nesse período, são eles Cesar Bonessana, Marquês de Beccaria (1738-1794), que em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, defendeu uma concepção utilitarista da pena, dizia que melhor do que castigar os infratores era necessário prevenir que os delitos ocorressem, defendia a humanização e a proporcionalidade da pena.

John Howard (1725-1790), que se preocupou com as condições desumanas a que os presos eram submetidos, para ele os estabelecimentos para cumprir as penas privativas de liberdade tinham que ter meios para cuidar das necessidades elementares de uma pessoa, como um regime higiênico, alimentação e assistência médica, suas ideias buscaram uma humanização das prisões e uma reforma do delinquente.

E por fim Jeremias Bentham, para ele o fim principal da pena era a prevenção de delitos semelhantes, também seguia a teoria do utilitarismo. Criou o chamado “panótico”, que significa a faculdade de ver com um só olhar tudo o que nele se faz. Caracteriza-se por ser uma composição arquitetônica coercitiva e disciplinatória, que tem formato circular: são dois edifícios encaixados um no outro, enquanto os presos ficam no prédio periférico, há uma torre central onde ficam os inspetores que conseguem visualizar todos os presos sem ser visto.

1.3) A PENA

1.3.1) CONCEITO:

Podemos dizer que não existe uma definição genérica de pena, pois essa definição muda conforme a época, a forma de governo, a constituição vigente, entre outros fatores. Uma

coisa é certa que a pena serve para manter a ordem, a regulamentação, a convivência dos homens em sociedade.

Mas no Brasil, nos dias atuais, podemos dizer que a pena é a sanção que o Estado impõe ao autor de uma infração, seja um crime ou uma contravenção.

A pena é um castigo, é uma repressão por um ato ilícito que foi cometido, assim preceitua Damásio Evangelista de Jesus (1995, p.457):

pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

No mesmo pensamento João José Leal (1991, p.324):

a pena tem sido definida como um castigo a ser suportado pelo indivíduo causador de um mal ao seu próximo ou à sociedade. Do ponto de vista jurídico-penal a acepção é a mesma: pena é castigo é reprimenda ao indivíduo que agiu com culpa, violando uma norma de conduta estabelecida pelo Estado.

1.3.2) FINALIDADE:

A principal finalidade da pena desde a antiguidade é a retribuição, mas ela ao longo dos tempos adquire outras finalidades, se adequando as ideias de humanização e ressocialização dos criminosos.

Destacam-se três teorias para explicar o sentido, a função e a finalidade das penas, são elas: Teoria Absoluta ou Retributiva da pena, Teoria Relativa ou Preventiva da pena e Teoria Mista ou Unificadora da pena.

1.3.2.1) TEORIA ABSOLUTA E RETRIBUTIVA DA PENA:

Para a Teoria Retributiva, como o próprio nome diz, a finalidade da pena é retribuição pura. O mal constitutivo do delito é respondido por outro mal que se impõe ao autor do delito, ou seja, o ato injusto cometido pelo sujeito será retribuído através da pena.

Essa teoria defende ideias liberais, individualistas e idealistas e seus principais representantes são Kant e Hegel .

Kant seguiu uma fundamentação de ordem ética. Ele idealizava que não é digno de cidadania aquele que não está disposto a cumprir a lei, tendo assim, o Estado castigar aquele que descumpriu a imposição legal. Seguindo sua lógica a pena só é aplicada se alguém infringir a lei, não tendo a pena nenhuma utilidade para o condenado e nem para a sociedade. Neste sentido Kant em sua obra *Princípios Metafísicos de la Doctrina del Derecho* dispõe (1978, p.167):

A pena jurídica, poena forensis, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro.

Já Hegel adota uma fundamentação mais jurídica, dizendo que a pena se justifica para que se restabeleça a vigência da “vontade geral” que foi negada quando o sujeito transgrediu a lei. A pena tem a função de retribuir e é aplicada de acordo com a intensidade da transgressão será aplicada a pena, uma nova negação. A pena é uma lesão que tem a finalidade de recuperar o equilíbrio que foi perdido. Dizia que querer um prejuízo por já existir um prejuízo era irracional.

Por ter raízes na aplicação da pena vingativa, a Teoria Absoluta não é aplicável nos dias de hoje, não permite qualquer socialização do delinquente e nem a restauração da paz jurídica da comunidade.

1.3.2.2) TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA DA PENA:

Essa Teoria Relativa tem em vista a prevenção da prática do delito e não a retribuição. Se impõe a pena para que o infrator não volte a infringir a lei.

A finalidade preventiva da pena é baseada na prevenção geral e na prevenção especial. A prevenção geral apresenta dois lados, a concepção negativa vê a pena como um mecanismo de intimidação, ou seja, a simples existência da pena tem a função de prevenir que delinquentes em potencias cometam ilícitos. E a concepção positiva, visa fortalecer a confiança e consciência dos cidadãos no Ordenamento Jurídico e que o Estado tem por objetivo a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a comunidade.

A prevenção especial recai sobre a figura do delinquente, tendo por objetivo que este não cometa mais delitos, ou seja, a pena visa prevenir que o sujeito no futuro cometa

novos crimes, para que não haja reincidência. Assim, na prevenção especial a finalidade não é dirigida a comunidade e sim ao sujeito que delinuiu para que não volte a cometer ilícitos penais. Aqui também há a concepção positiva, que visa a ressocialização do delinquente, sendo a pena um tratamento que incide na personalidade do sujeito. E a concepção negativa que tem a pena como forma de intimidação, visa neutralizar o cometimento de delito futuro por um mesmo sujeito.

1.3.2.3) TEORIA MISTA OU UNIFICADORA DA PENA:

Essa Teoria visa unificar as finalidades de prevenir, punir e ressocializar o delinquente. Cezar Roberto Bitencourt (2008, p.101) é defensor dessa teoria:

A principal finalidade, pois a que deve-se dirigir a pena é a prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores – sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante a ressocialização do delinquente.

A teoria unificadora engloba os melhores aspectos das teorias absolutas e relativas. Para ela a imposição de uma pena depende da justiça de seus ensinamentos e da sua necessidade, para assim, haver a preservação das essenciais condições de vida em sociedade, isto é, a proteção de bens jurídicos.

Se destaca para o entendimento dessa teoria, a teoria dialética de Claus Roxin e a teoria do direito penal mínimo de Luigi Ferrajoli.

Para a teoria dialética de Roxin existem três fases para que se seja analisada a função do Direito Penal, são elas: cominação (ameaça), imposição e execução da pena. A primeira fase se fundamenta na obrigação do Estado em proteger os bens jurídicos relevantes para a sociedade, isso revela o caráter subsidiário do direito penal, assim este só se aplica quando os bens jurídicos se encontram ameaçados. A segunda fase, da imposição da pena deve-se punir o delinquente na medida da sua culpabilidade, sendo essa a forma de harmonizar a sua imposição para a comunidade. Destarte, Claus Roxin (1993, p.40) conclui que:

a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e prestações estatais, por meio de um processo que

salva guarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa.

A terceira fase, da execução da pena tem por objetivo a ressocialização e reintegração do indivíduo delinquente na sociedade.

Com um pouco de divergência da teoria dialética, temos a teoria do direito penal mínimo de Ferrajoli. O autor utiliza-se somente da teoria preventiva geral negativa como a única finalidade para se justificar a imposição da pena, mas não se atendo tanto a prevenção de futuros delitos, mas sim tutelando o delinquente contra as reações informais da sociedade ou até mesmo das reações privadas arbitrárias. Ele defende que o direito penal seja aplicado somente nas hipóteses de estrita necessidade, cumprindo os princípios de um direito penal e processual penal garantista, como a legalidade, ampla defesa e proporcionalidade, ou seja, um direito penal mínimo.

A legislação brasileira não se encontra a adoção específica de nenhuma das teorias, mas podemos dizer pela análise do artigo 1º da Lei de Execução Penal, que destaca a prevenção especial, o artigo 59, *in fine*, do Código penal, que destaca a prevenção e a reprovação, entre outros, que o Brasil adota a Teoria Unificadora.

1.4) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PENA:

Nossa Carta Magna de 1988 introduziu princípios fundamentais para preservar o sujeito contra o poder punitivo do Estado, são chamados de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. A Constituição Federal, em relação à pena, prevê explicitamente os princípios da legalidade, da pessoalidade, da humanidade e da individualização da pena. E implicitamente conseguimos extrair os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.

1.4.1) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

Previsto no artigo 5º inciso XXXIX da Constituição Federal, é consagrado pela máxima “*nullum crime, nulla poena sine lege*” criada por Feuerbac, significando que não há crime sem que lei anterior o defina como tal e não há pena sem prévia cominação legal.

Esse princípio revela uma verdadeira limitação ao poder punitivo do Estado, pois a criação de delitos e de penas só poderá ser criada exclusivamente pela Lei, essa é a fonte única, excluindo a criação por princípios gerais do direito, analogia e costumes.

Há três princípios que decorrem do princípio da legalidade, o primeiro é o princípio da anterioridade ou irretroatividade da lei penal (“*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”), a lei incriminadora deve ser anterior a prática do delito e não pode retroagir se for prejudicar o sujeito; o segundo é o princípio da taxatividade (“*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”) que determina que a norma deve ser clara, compreensível, descrevendo de forma precisa a conduta proibida; o terceiro é o princípio da reserva legal (“*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*” e “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”) somente a lei pode dizer quais condutas serão crimes e quais as sanções serão impostas, excluindo o uso dos costumes para criar crimes e da analogia para condenar e agravar uma pena.

1.4.2) PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE OU RESPONSABILIDADE PENAL:

Consagrado no artigo 5º inciso XLV, da Constituição Federal, e determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, ou seja, a responsabilidade penal somente será daquele que praticou a conduta prevista como proibida, assim não pode ocorrer, por exemplo de se condenar os pais de ato praticado por filho menor de 18 anos, como prevê o código civil para algumas condutas.

1.4.3) PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE:

É um princípio implícito da Constituição Federal vigente e decorre do princípio da pessoalidade.

Tem como ideia principal a responsabilidade objetiva, bastante consagrada no Direito Penal Primitivo, e determinava que o simples resultado já justificava a imposição da pena. O princípio da culpabilidade veio para coibir a responsabilidade penal objetiva, assim é necessário que se comprove o dolo ou a culpa do agente para que a pena seja imposta, para que a conduta seja punida.

A culpabilidade, além de ser contrária a responsabilidade objetiva, é um fundamento da pena, pois o fato típico e ilícito para ser um crime deve também ser culpável, sem os elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) não há crime.

Além desses aspectos, a culpabilidade também é um elemento que permite medir a quantidade da pena que será aplicada ao sujeito, ou seja, as condutas mais reprováveis receberão uma pena maior do que uma conduta que seja menos reprovável.

Assim a culpabilidade constitui uma limitação do *ius puniendi* do Estado na determinação e na individualização da pena do sujeito que cometeu um ilícito.

1.4.4) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

A proporcionalidade está implícita na Constituição Federal, e pode ser extraída de diversas normas constitucionais, como o artigo 1º inciso III, e principalmente do artigo 5º, caput, incisos II, XXXV e LIV.

Este princípio deve ser analisado sob três sentidos, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige que as medidas tomadas se demonstrem efetivas para atingir o fim pretendido, a necessidade determina que só deve haver intervenção em casos que realmente necessitem dessa intervenção e a proporcionalidade em sentido estrito significa que a intervenção deve ser proporcional a gravidade do ato.

Desta maneira o princípio da proporcionalidade em matéria penal, primeiramente, se destina ao legislador, que deve, na criação da norma, levar em consideração que a quantidade da pena seja proporcional a prática do ilícito penal, ou seja, o legislador não pode prever pena em abstrato que não guarde proporção com a gravidade do delito tipificado. E depois se destina ao juiz, este não pode impor penas excessivas ao sujeito, dentro de seu arbítrio ele deve buscar uma pena seguindo critérios objetivos e subjetivos, tornando-a proporcional ao injusto.

1.4.5) PRINCÍPIO DA HUMANIDADE:

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p.139) esse princípio determina:

a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.) como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito.

Assim, o princípio da humanidade visa vedar a aplicação de penas degradantes e cruéis por parte do Estado e constitui uma barreira contra penas perpétuas e de morte, penas que de alguma forma atinjam a dignidade e constituição físico-psíquica do condenado.

Esse princípio incide tanto na aplicação quanto na execução da pena, visando a ressocialização dos condenados.

1.4.6) PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA:

Consagrado no artigo 5º, XLVI, da Carta Magna, levanta a máxima de que a individualização da pena será regulada por lei, que leva a entender que a pena deve ser mensurada de acordo com o caso concreto.

A individualização da pena elege uma justa e adequada pena, tornando o condenado único e diferente dos demais infratores, a cada infrator cabe a exata pena pelo ilícito que cometeu, ou seja, determina a correspondência entre a ação do agente e a punição por parte do Estado.

Este princípio é aplicado em três etapas, a da criação do tipo penal pelo legislador, que determina parâmetros fixos do máximo e do mínimo que a pena pode chegar, o da fixação da sentença através de um processo denominado trifásico, onde juiz fixa a pena base e depois com as características atinentes ao caso concreto e ao agente determina as agravante ou atenuantes do caso e o aumento e a diminuição da pena.

Assim, a adequação da pena surge do princípio da individualização, pois este não permite que sejam levados em consideração os argumentos de caráter subjetivo do delinquente.

CAPÍTULO 2: DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO:

2.1) CONTEXTO HISTÓRICO DA ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO:

No Estado de São Paulo a população penitenciária excedia a capacidade máxima, em 71 estabelecimentos a capacidade do sistema prisional era de 49.059 presos, mas o número de presos excedia ao limite máximo e chagava a cerca de 59.867. Uma rebelião era iminente, pois os condenados se amontoavam em celas e não tinham proteção mínima.

Localizada no Estado de São Paulo, a unidade de segurança máxima, Casa de Custódia de Taubaté guardava os presos de alta periculosidade e alguns dos líderes das principais facções criminosas existentes no Brasil. Era considerada uma unidade prisional modelo de segurança máxima, pois não havia registrado nenhuma fuga desde sua inauguração, mas perante o contexto citado acima, em 18 de dezembro de 2000 ocorreu uma rebelião que acabou com 9 mortos, sendo que 4 deles foram decapitados e a Casa de Custódia foi totalmente destruída. Essa rebelião já vinha sendo planejada e era prevista no estatuto da facção criminosa “Primeiro Comando da Capital”, o famoso PCC.

Após esse episódio ocorreu um endurecimento das regras disciplinares de regimes diferenciados e houve a transferência de presos para outras prisões, como o Centro de Detenção Provisória de Belém e a já extinta Casa de Detenção e Penitenciária do Estado (Complexo do Carandiru). Mas o que seria uma tentativa de impedir que os presos se rebelassem desencadeou em 18 de dezembro de 2001 o que denominou de “megarrebelião”, pois envolveu em 25 unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária e em quatro cadeias públicas que ficavam sob a responsabilidade da Secretária de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Para tentar conter essas rebeliões adotou-se o regime disciplinar diferenciado em cinco unidades prisionais, quais sejam: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e a Penitenciária I de Avaré, por intermédio da resolução nº 26 de 4 de maio de 2001, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que alegou para tal adoção do regime diferenciado a existência de quadrilhas organizadas no interior dos presídios. A finalidade da resolução era a ressocialização dos presos de acordo com a Lei de Execuções Penais.

Ao final de 2002, ocorreu, no Rio de Janeiro, rebelião semelhante as ocorridas no Estado de São Paulo, no presídio de Bangu I e liderada por Luís Fernando da Costa, o “Fernandinho Beira-Mar”, fazendo que fosse adotado naquele presídio um regime semelhante ao disciplinar diferenciado, chamado de Regime Disciplinar Especial de segurança. Logo após, em 7 de março de 2003, com a resolução nº008, o Rio de Janeiro também adotou o chamado Regime Disciplinar Diferenciado para todo o Estado.

Diante da violência e da força que o crime organizado estava adquirindo dentro dos presídios, da desordem carcerária e da criminalidade que só aumentava, o Governo Federal sentiu a necessidade, apresentou o Projeto de Lei nº 5.073/01, que originou a Lei 10.792/03, que alterou os artigos 52 a 54 da Lei de Execução Penal (Lei 7210/82) e consagrou o Regime Disciplinar Diferenciado:

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

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

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

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

A criação do RDD visou o combate à criminalidade, surgiu uma medida eficaz para combater as organizações criminosas que agem dentro dos presídios.

2.2) CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO:

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma situação especial dentro do regime fechado, ele não é um regime penal, seu caráter é sancionatório em âmbito administrativo, ou seja, se aplica o RDD para aqueles que já cumprem o regime fechado, em cumprimento de pena de reclusão, sendo uma sanção de caráter estritamente administrativo e disciplinar.

Se aplica para aqueles que venham a demonstrar um comportamento perigoso, instigam a indisciplina no interior da unidade prisional, que comandam crimes graves, como o de organização criminosa, seja dentro ou fora do presídio. Para que seja aplicado o RDD o crime deve ser previsto como doloso e deve haver subversão a ordem e disciplina interna, subversão esta que é entendida pela doutrina majoritária como qualquer tipo de tumulto carcerário, quando for somente crime doloso sem subversão a ordem, ou somente subversão sem a presença do crime doloso aplica-se as sanções dos incisos III e IV do artigo 53 da LEP, quais sejam: a suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo.

O RDD tem duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição de sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada, o recolhimento é em cela individual, o preso tem o direito a visitas semanais de pelo menos duas pessoas adultas, crianças não entram na contagem, com duração de duas horas e direito a banho de sol por duas horas diárias.

Podem ser submetidos ao RDD os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros que apresentem riscos para a ordem e a segurança da unidade prisional ou da sociedade e também os presos provisórios ou condenados suspeitos de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilhas ou bando.

Para que o preso seja incluído no regime disciplinar diferenciado é necessário o requerimento circunstanciado do Diretor do estabelecimento prisional ou de outra autoridade administrativa, sendo que cabe ao Juiz da Execução a decisão de o preso vai cumprir ou não o regime, deve haver manifestação do Ministério Público e da defesa, decisão deve ser prolatada em no máximo 15 dias.

É permitido a autoridade administrativa isolar o preso preventivamente por até 10 dias, é o chamado Regime Disciplinar Diferenciado Preventivo, enquanto aguarda a decisão do juízo da execução, assim se o juiz decidir por manter o preso no regime, o tempo já cumprido preventivamente será detraído.

2.3) O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

2.3.1) O DIREITO PENAL DO INIMIGO:

A ideia do direito penal do inimigo foi primeiramente desenvolvida por Günther Jakobs em 1985 e foi baseada nos pensamentos de Kant, Fichte, Rousseau e Hobbes.

Kant defendida o pensamento de que aqueles que não agiam como cidadãos, ajudando preservar a paz dentro da sociedade, deviam ser tratados como inimigos e ser excluídos do “estado comunitário legal”.

Já Rousseau dizia que o qualquer malfeitor que fosse contra os direitos sociais, da coletividade, deixaria de ser membro permanente do Estado, pois a atitude desse ser o faria entrar em guerra com o mesmo. O pensamento de Fichte se assemelha ao de Rousseau na medida em que defende que quem deixa de ser prudente, voluntária ou imprevisivelmente, conforme o contrato cidadão, perde seus direitos como cidadão e como um ser humano.

Hobbes defende que mesmo o delinquente mantém o status de cidadão, mas aqueles que cometem os crimes chamados de alta traição, como se rebelar contra o Estado devem ser castigados como inimigos.

Inspirado nas ideias acima, para Jakobs, aquele que pratica atos delitivos, reiteradamente ou que ponham em risco a existência do Estado devem ser considerados inimigos, existindo assim dois direitos penais, um para os não cidadãos, “não pessoas”, os inimigos considerados uma fonte de perigo a ser combatida, e um para os cidadãos, aqueles que necessitam de reeducação.

O direito penal do inimigo é, assim, um direito excepcional, onde a regra é o direito penal do cidadão, e se legitima na prevalência do direito à segurança da sociedade sobre as liberdades individuais.

Assim, afirma Jakobs (2007,p.37):

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

2.3.2) CARACTERÍSTICAS DO RDD QUE EXPRESSAM O DIREITO PENAL DO INIMIGO:

Partindo da perspectiva de que o RDD tem por objetivo excluir o preso, que comete crime doloso e atenta contra a ordem e disciplina interna da unidade prisional, do convívio com os demais encarcerados, podemos dizer que dentro do cárcere esse preso é um inimigo, e sua exclusão permite alcançar a segurança tanto para os outros presos como para a sociedade.

Passamos a identificação dos pontos legalmente previstos que fazem o Regime Disciplinar Diferenciado ser uma manifestação do Direito Penal do Inimigo.

O primeiro diz respeito à submissão do preso ao regime, como já visto, ele deve ter cometido um crime previsto como doloso e que ocorra subversão da ordem ou disciplina interna, assim impõe ao “inimigo” uma punição severa, rigorosa, não há menção na lei exigindo condenação anterior por tal prática e nem que o crime doloso é capaz de causar um distúrbio na ordem e disciplina do presídio, ficando a decisão ao arbítrio da autoridade administrativa e do juiz da execução, facilitando assim o enquadramento dos inimigos.

O segundo ponto é sobre o regime disciplinar poder abrigar presos provisórios ou definitivos, desde que apresentem “alto risco” para a unidade prisional ou para a sociedade, leva-se em consideração a identidade do preso e não os fatos que ele cometeu, deixando a decisão de quem é considerado perigoso para o judiciário, demonstrando-se assim mais uma incidência do direito penal do inimigo.

Um terceiro ponto é identificado na previsão que sobre aquele em que se recair fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, poderá ser submetido ao RDD.

Destarte, a manifestação do direito penal do inimigo é visualizada no regime disciplinar diferenciado na aplicação de uma pena mais dura, restringindo direitos fundamentais que o “preso-inimigo” possui, por causa de seu grau de periculosidade.

2.3.3) O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

O objetivo principal do Regime Disciplinar Diferenciado é excluir o preso, considerado inimigo, do convívio comum dentro do presídio, uma vez que ele perturba a ordem e a disciplina, só com a sua exclusão é possível garantir a segurança dentro da unidade prisional e até mesmo da sociedade.

O RDD é imposto pela periculosidade do agente e não só por causa dos atos que ele praticou, mas por aquilo que ele representa que é um inimigo.

A manifestação do direito penal do inimigo pode ser vista na previsão legal das hipóteses em que incide o regime, que é a prática de crime doloso que cause subversão a ordem ou disciplina do presídio, pois não há necessidade de o sujeito ser condenado pela prática do crime doloso, ficando a decisão de colocar o preso sob esse regime ao arbítrio do juiz da execução, pois o que importa é punir o inimigo e não garantir seus direitos fundamentais. Assim, o caput do artigo 52 da Lei de Execução Penal é uma expressão do Direito Penal do Inimigo.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 52, da Lei de Execução Penal, também são expressões do direito penal do inimigo. O parágrafo primeiro prevendo que o regime pode ser imposto tanto a presos definitivos como provisórios, desde que sejam considerados de alto risco para a unidade prisional ou para a sociedade, demonstra uma intenção de separar as pessoas não pelos fatos cometidos, mas sim por suas identidades, cabendo as instituições jurídicas determinar quem é perigoso e quem não o é, abrindo caminho assim para a incidência do direito penal do inimigo.

Já o parágrafo segundo determina que podem ser submetidos ao regime, aqueles sobre os quais recai fundada suspeita de envolvimento ou participação, de qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, o que também expressa o direito penal do inimigo na legislação brasileira na medida em que não se preocupa em ter certeza do envolvimento do indivíduo, só a mera suspeita já é requisito para a inclusão do inimigo do regime disciplinar.

Dito isto, é possível perceber que o regime disciplinar diferenciado e o direito penal do inimigo estão ligados um ao outro, pois ambos pretendem que o preso considerado perigoso, considerado inimigo seja encarcerado, a manifestação do direito penal do inimigo se dá na medida em que há uma previsão de uma pena mais rígida das demais previstas, que

restringem seus direitos e garantias fundamentais devido a periculosidade que o preso apresenta.

Aplica-se uma pena diferenciada para quem tem comportamento diferenciado, o que configura a expressão do Direito Penal do Inimigo no Regime Disciplinar Diferenciado, ademais o direito penal do inimigo pode ser muito bem aplicado em legislações anti terroristas, na criminalidade e na delinquência sexual, por isso no Brasil é notória sua influência na legislação para combater o crime organizado que cresce e amedronta a sociedade.

CAPÍTULO 3: A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Desde sua criação o Regime Disciplinar Diferenciado é alvo de críticas e divergência na doutrina quanto sua constitucionalidade, principalmente no que tange à aplicação dos princípios constitucionais da pena.

Deve ser feita uma análise de forma que prevaleça o interesse social sobre o interesse individual, relativizando-se, assim, os princípios constitucionais, eles não podem ser considerados absolutos, o contexto social reflete nos princípios constitucionais individuais.

Aqueles que julgam o RDD inconstitucional fundamentam suas ideias na violação aos princípios e garantias individuais do homem, principalmente aqueles aplicáveis a pena e à recuperação do preso.

O regime não pode suprimir os direitos fundamentais, isso o tornaria inconstitucional, o que ele deve fazer é disciplinar e compatibilizar os direitos com os perigos sociais que o preso pode trazer para a sociedade.

Passamos a análise do regime frente aos princípios.

3.1) O RDD E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE:

A maior parte das críticas diz que há uma violação direta ao princípio da humanidade, que dispõe que ninguém será submetido à tortura, a tratamento desumano ou degradante e não incidir penas cruéis, conforme o artigo 5º, incisos III e XLVII da CF/88, pois deixar o preso isolado em uma cela por 360 dias, podendo chegar a 1/6 da pena fere esse princípio.

Entretanto, em opinião contrária, a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984, define o que se entende por tortura, que é o ato em que se inflige a uma pessoa dor ou sofrimento considerado graves, tanto físicos como mentais e que possui a finalidade de obter uma confissão ou uma informação, ou de castigar e intimidar a pessoa afetada ou pessoas próximas a ela.

Não se considera tortura se a dor ou o sofrimento forem consequência exclusiva de sanções legítimas, ou a ela inerentes ou incidentais.

Nesta óptica, o regime disciplinar diferenciado é legítimo e constitucional.

3.2) O RDD E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

O princípio da legalidade preceitua que não há crime sem lei anterior que o defina, como já visto anteriormente. Sendo a única fonte de direito penal, para se proibir ou impor uma conduta, a Lei.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado por meio de uma Medida Provisória. A Constituição Federal prevê que a competência de legislar sobre o Direito Penal é da União. As normas do regime tem natureza mista, contendo normas de direito penal e normas de direito processual penal, pois há interferência na liberdade do indivíduo, mas isso se dá pelo juízo da execução.

É notória, que, não é possível a instituição do regime por medida provisória, pois esta é transitória e perde sua eficácia quando o Congresso Nacional não transforma a medida em lei, se ela continuasse a vigorar ocorreria instabilidade jurídica. Além disso, a edição de medida provisória sobre matéria de direito penal, processo penal e processo civil foi vedada pela Emenda Constitucional nº32/01.

Já a utilização de Lei Ordinária Federal para instituir o regime é mais aceita, porque não há reservas à Emenda Constitucional ou Lei Complementar. Assim, a Lei 10792/03, que é uma lei ordinária, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, é constitucional em seu aspecto formal, pois legalizou as normas disciplinadas por resolução administrativa.

É necessário ressaltar que a aplicação do regime não configura a imposição de duas penas para o mesmo fato, é uma pena imposta por uma infração administrativa, são sanções de duas espécies distintas, não violando o princípio *non bis in idem*, são infrações a ordenamentos jurídicos diversos, o de direito penal e o de execução penal.

Diante do exposto, resta dizer que está superada qualquer dúvida quanto a legalidade formal da instituição do regime pela Lei Federal nº 10.792/2003.

3.3) O RDD E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

O princípio da igualdade encontra respaldo no artigo 5º, caput, da CRFB, é um dos principais princípios do nosso ordenamento e diz que todos são iguais perante a lei, que não há diferença de qualquer natureza entre nacionais e estrangeiros, sendo garantidos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança.

A máxima que rege esse princípio é definida pela expressão: os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais devem ser tratados desigualmente. Isso significa que o que o princípio não visa proibir a diferenciação entre as pessoas, mas sim que o fator que as diferencia não seja razoável, não atenda ao interesse público e não seja arbitrário.

Há vários regimes diferenciados dentro da execução penal, que se pautam nas características pessoais de cada encarcerado, assim aqueles que são submetidos ao RDD merecem um tratamento diferenciado dos demais justamente por terem um comportamento diferente dos presos comuns, que não oferecem perigo a unidade prisional e nem a sociedade. Impõe-se esse tratamento diferente com a finalidade de preservar a ordem e a manutenção da unidade prisional.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 59 prevê que o juiz deverá analisar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Desta maneira o legislador abriu espaço para diferenciar os vários tipos de presos, para manter a ordem nos presídios e determinar as medidas mais adequadas para a recuperação do infrator.

É necessário um sistema que submeta indivíduos com periculosidade diferentes a regras diferentes, se assim não fosse o criminoso continuaria delinquindo mesmo de dentro da prisão. Assim, podemos perceber que o RDD é constitucional segundo o princípio da igualdade.

3.3.1) O RDD E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS:

O princípio da individualização das penas estabelece que a pena deve ser adequada às características do agente para que seus fins sejam alcançados. É um reflexo do princípio da igualdade.

O momento de individualização da pena que nos interessa é o que ocorre na execução, e que consta no art.5º da Lei de Execução Penal, que estabelece que para a individualização da execução penal leva-se em consideração os antecedentes e personalidade do condenado, assim cada preso é submetido ao regime que a ele é adequado para o cumprimento da pena com a finalidade de ressocialização e recuperação do sujeito.

No que se refere aos presos de alta periculosidade para os presídios, a individualização da pena como reflexo do princípio da igualdade serve para separa-los dos presos comuns e impedir a prática de condutas criminosas na unidade prisional, utilizando

regras diferenciadas daquelas que normalmente são seguidas nesses locais. Para indivíduos diferentes deve-se impor penas e tratamentos desiguais.

Há regras específicas para cada regime de cumprimento de pena que para ser aplicados levam em consideração as características e o grau de nocividade de cada preso, mas há situações que elas não se demonstram suficientes para evitar que os presos continuem cometendo crimes mesmo dentro dos presídios. Desta forma, não é inconstitucional tratar os indivíduos com periculosidade elevada para o meio carcerário e para a sociedade de forma mais rígida, a pena é individualizada conforme essa sua característica.

Além do mais, o regime disciplinar diferenciado não é um regime de cumprimento de pena, e sim uma sanção administrativa. A sanção disciplinar não visa a recuperação do preso e sim a preservação da unidade prisional e da sociedade, buscando conter que o perigo que aquele preso representa continue trazendo prejuízos.

O regime deve ser entendido como um instrumento que auxilia a individualização da pena, considerando constitucional, na medida em que as regras diferenciadas aplicadas a cada preso individualmente está em conformidade com o princípio da igualdade, considerando-os na medida de suas diferenças, utilizando a individualização da pena para ajustar o comportamento dos presos perigosos a sanções que são compatíveis com as suas desigualdades.

3.5) O RDD E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

O Regime disciplinar diferenciado é utilizado para situações excepcionais, em que é necessária tal sanção para aqueles que se enquadram nas hipóteses do artigo 52 da Lei de Execução Penal, ou seja, não são sanções impostas aos presos comuns e sim aqueles que tem uma conduta que acarreta em uma reprovabilidade maior.

O regime segue o princípio da proporcionalidade, pois é necessário, adequado, já que outras medidas previstas não se mostram suficientes para a manutenção da ordem na unidade prisional e da segurança pública e proporcional, pois pondera-se os direitos que são suprimidos do preso com a finalidade de garantir a ordem pública.

Aplica-se essa sanção disciplinar aqueles que são considerados de alta periculosidade para a ordem prisional e para os cidadãos, e que não devem conviver com a população carcerária comum, pois mesmo encarcerados continuam comandando organizações criminosas exteriores ao cárcere.

Considerando-se o princípio da proporcionalidade, não deve ser analisado somente a legitimidade do objetivo que o legislador teve ao implementar o RDD no ordenamento, mas sim deve ser analisada a necessidade da utilização do regime, bem como sua razoabilidade, sua ponderação entre a restrição imposta e os objetivos buscados.

Desta maneira, é possível visualizar a devida proporcionalidade nos meios utilizados pelo regime para restringir temporariamente os direitos dos presos devido a gravidade da infração cometida, trata-se de uma situação excepcional que necessita de um tratamento diferenciado.

A busca pela ordem social e carcerária justifica os meios mais rígidos utilizados, ressaltando-se que os princípios constitucionais não são ilimitados, podendo encontrar barreiras, e até mesmo mitigação quando assim for necessário e razoável utilizar-se de mais rigidez.

Assim o regime disciplinar diferenciado se mostra proporcional na medida em que o regime adotado para o cumprimento de pena não se demonstrar suficiente para impedir que os sujeitos continuem delinquindo depois de presos, causando transtorno para a sociedade e para a ordem carcerária.

Em decisão proferida pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, do STJ, no Habeas Corpus de Nº 40.300 - RJ (2004/0176564-4) pondera pela constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado e em seu relatório diz:

O sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção[...]Por fim, 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 ora combatido Regime Disciplinar Diferenciado.

3.6) O RDD E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

A dignidade de pessoa humana é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil e está prevista no art.1º, inciso III da CRFB. A dignidade é um valor inerente a pessoa humana, considerado um mínimo que não deve ser vulnerado e que o ordenamento jurídico deve proteger, se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida.

Grande parte dos princípios se fundamenta no princípio da dignidade humana, como o princípio da vedação do tratamento desumano ou degradante, da humanização das penas.

Pela grande importância dada a esse princípio, até os condenados por cometimento de ilícitos penais devem ter seus direitos fundamentais, que não forem afetados pela sentença de condenação resguardados, pois apesar de infratores ainda são cidadãos e seus direitos à vida, à integridade física e moral, à liberdade de consciência e de convicção religiosa, entre vários outros não podem ser mitigados pois tornariam os regimes de cumprimento de pena inconstitucionais.

Não configura uma ameaça ao princípio da dignidade humana a aplicação do RDD, isso ocorre pelo regime ser uma medida excepcional que atende a uma necessidade especial do cenário carcerário. O que ocorre é uma restrição e não uma supressão de direitos necessária, proporcional e razoável para se manter a ordem carcerária e social.

Também no Habeas Corpus de Nº 40.300 - RJ (2004/0176564-4), o relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, fala que o princípio da dignidade não é ignorado pelo regime:

O Regime Disciplinar Diferenciado é previsto, portanto, como modalidade de sanção disciplinar (hipótese disciplinada no caput do art. 52, da LEP) e, também, como medida cautelar (hipóteses dos §§ 1º e 2º da LEP), caracterizando-se pelas seguintes restrições: permanência do preso em cela individual, limitação do direito de visita e redução do direito de saída da cela, prevista apenas por 2 (duas) horas.

Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, per se, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação.

É notável que as condições do preso que se encontra no regime disciplinar diferenciado são infinitamente melhores do que aquelas a que se submetem os presos comum. As penitenciárias brasileiras enfrentam diversos problemas de estrutura, com celas pequenas que apresentam uma superlotação, acarretando problemas de higiene, saúde física e

psicológica, de alimentação, entre diversos outros. Enquanto os presos que se submetem ao RDD apresentam condições melhores, pelo fato da cela ser individual as condições de higiene são melhores, há assistência médica mais acessível, ficando um psicólogo à disposição daquele preso de alta periculosidade, por ele estar em isolamento.

Não deve-se considerar isso como uma justificativa para a constitucionalidade do regime, mas com o exposto verifica-se que o princípio da dignidade humana é menos presente para os presos comuns do que os presos em regime disciplinar. Mas é notável que os estabelecimentos existentes para o cumprimento desse regime possui condições muito mais dignas que garantem a aplicação dos princípios constitucionais fundamentais.

Desta foram verificamos que o RDD não afronta o princípio da dignidade humana, uma vez que não vai contra a existência do preso como ser humano, ele apenas faz restrição de alguns bens em detrimento de um bem maior que é a sociedade.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto no presente trabalho, após a discussão dos princípios constitucionais referentes às penas para análise da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, chega-se ao entendimento de que o RDD é um instrumento utilizado pelo Estado que está aparado pela lei e possui eficácia, não contrariando a Constituição de 1988.

O Estado, no decorrer do tempo, não se preocupou em proporcionar aos presos condições dignas para sua ressocialização, acreditando que apenas o encarceramento, a retirada do delinquente da sociedade seria eficaz para que o indivíduo não voltasse a infringir o ordenamento novamente e para a paz social. Mas o que ocorre é que os presos continuam a comandando o crime de dentro das prisões.

Não se pode admitir que os interesses de um indivíduo, considerado “inimigo” do Estado, cuja conduta coloca em risco a sociedade e se volta contra a ordem jurídica, se sobreponha aos interesses da sociedade. Assim o RDD apresenta-se como um instrumento efetivo no combate ao crime organizado, pois a sua aplicação tem sido uma das únicas formas de se combater as organizações criminosas atuantes dentro e fora dos presídios.

Os defensores da inconstitucionalidade do RDD acreditam que este vai contra os princípios constitucionais penais, questionando, principalmente a proibição de penas cruéis, degradantes e desumanas, a tortura e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O trabalho desenvolvido destacou a importância e a necessidade da medida, demonstrando sua legitimidade nos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Ficou claro que com a aplicação do regime não há supressão de direitos, mas sim a compatibilização do exercício dos direitos previstos com o perigo que esses indivíduos apresentam para a sociedade.

A restrição de direitos desses presos encontra previsão na própria Lei de Execução Penal em seu artigo 3º, quando diz que aos presos são garantidos todos os direitos não atingidos pela sentença, o que já demonstra que os direitos fundamentais elencados na Carta Magna encontram limitação diante de situações que exigem que assim o seja, devendo as garantias fundamentais serem sopesadas para que não haja a prática de ilícitos ainda maiores.

O Regime Disciplinar Diferenciado é aplicado quando perante um caso concreto se demonstra necessário, ressaltando assim seu caráter constitucional obedecendo ao princípio da proporcionalidade, tanto quando utilizado como sanção como quando utilizado como cautela.

Nessas situações também fica garantido o devido processo legal ao preso, uma vez que o regime não é aplicado de forma arbitrária, o Ministério Público e o defensor do preso são chamados a se manifestar e posteriormente o magistrado decide se inclui o preso ou não no RDD.

O comportamento dos presos submetidos ao regime justifica a restrição temporária de seus direitos, a medida se aplica na proporção e na razoabilidade com a falta cometida pelo indivíduo, este é o meio necessário a se atingir o fim a que se pretende, visto que outras medidas se demonstraram insuficientes para manter a ordem prisional.

As pessoas devem ser tratadas na medida de sua desigualdade, assim o tratamento distinto imposto ao preso submetido ao RDD não apresenta ofensa a igualdade, pois aqueles que apresentam características para cumprir o regime diferenciado não estão dentro do padrão esperado e devem ser tratados diferentemente dos outros.

A dignidade humana é preservada no regime, uma vez que é garantida a assistência médica, psicológica e social ao preso, sua alimentação é a mesma dos demais e na maior parte dos presídios de segurança máxima encontram-se bibliotecas garantindo ao preso acesso à educação e à cultura. O preso não é privado de seus direitos e sim esses são restritos pelo tempo que durar o encarceramento no regime.

Em comparação aos outros regimes o RDD se demonstra muito mais cuidadoso com os presos, pois o controle do Estado com o preso submetido ao regime diferenciado é intenso devido as restrições de direitos maiores que a daqueles que se encontram em cárcere comum. O Estado se preocupa em não restringir ainda mais os direitos humanos além dos adequados para que o regime seja cumprido.

O Sistema Penitenciário Brasileiro se encontra em decadência, com penitenciárias em situações caóticas, celas lotadas além de sua capacidade, um espaço físico mínimo abrigando mais do que a quantidade adequada, fazendo com que os presos vivam amontoados, o ambiente é propício a todo tipo de violência física e psicológica, nesse casos é que há violação ao direito dos presos e não no regime disciplinar diferenciado, onde as condições do delinquente são infinitamente superiores ao dos outros.

É importante ressaltar que a medida não tem por objetivo a ressocialização do preso e sim a finalidade de disciplinar o preso e que sua imposição não impede a progressão do regime, a lei não a veda, e, assim, não há que se falar que o regime diferenciado contraria a humanização das penas.

O regime se torna eficiente na medida que retira o preso considerado perigoso para a ordem prisional e para a sociedade, do meio carcerário, permitindo assim que os

demais presos não sejam influenciados, facilitando o progresso de ressocialização. E também a eficiência pode ser verificada quando ocorre a desestabilização das facções criminosas, pois com o isolamento do preso do mundo externo impede que eles comandem o crime organizado de dentro das penitenciárias.

É certo que o RDD se demonstra eficaz no controle da ordem penitenciária e na desestruturação das facções criminosas, ele não irá resolver todas as questões que envolvem os problemas do Sistema Penitenciário Brasileiro, mas é uma medida comprovadamente constitucional que poderá auxiliar na reestruturação do sistema.

Conclui-se que o RDD é um mal extremamente necessário, constitucional e legal para se impedir e prevenir que a disciplina no interior dos presídios seja descumprida. Torna possível a segregação dos presos de alta periculosidade que pretendem ou possam desestabilizar o sistema prisional, não sendo ato discricionário do Diretor do Estabelecimento Prisional a inclusão do preso no regime, a própria lei é quem determina quais os presos que deverão se submeter a ele, não há qualquer ofensa a direitos fundamentais que possam impedir a eficácia e a aplicabilidade do regime disciplinar diferenciado.

BIBLIOGRAFIA:

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

BORTOLOTTI, Gilmar. Regimes diferenciados, igualdade e individualização. Disponível na Internet: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/gilmar_bortolotto.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2012.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 de jul. de 1984

BRASIL. Lei nº 10792, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2 de dez. de 2003

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 09 de maio de 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009;

JUNIOR, José Paulo Baltazar. A Constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. Disponível na Internet: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm. Acesso em 27 de setembro de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004;

NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de Processo e Execução Penal. 5ªed. São Paulo: Editora RT;

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 4 ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 3.ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. HC nº. 40.300 (2004/0176564-4 - 22/08/2005). Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 07 jun. 2005. DJ de 22.08.2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.