

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO DEL CANTONI

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) – POLÍTICA CRIMINAL
INADEQUADA**

**BRASÍLIA
JUNHO 2016**

LEONARDO DEL CANTONI

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) – POLÍTICA CRIMINAL
INADEQUADA**

Trabalho de Graduação apresentado ao
Curso de Graduação em Direito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Me. Flávio Milhomem

**BRASILIA
JUNHO 2016**

LEONARDO DEL CANTONI

Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Política Criminal Inadequada

Trabalho de Graduação apresentado ao
Curso de Graduação em Direito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito

Brasília, 29 de maio de 2016

Prof. Me. Flávio Milhomem
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho buscou analisar qual foi o impacto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), materializado pelas alterações no artigo 52 da Lei de Execução Penal (LEP), no sistema penal brasileiro. O objeto de estudo foi o RDD a luz dos princípios constitucionais da Carta Magna da República Brasileira e sua oposição ao caráter da pena adotado pela LEP. O estudo feito, baseado em uma extensa pesquisa doutrinária, revelou a atual disseminação do direito penal do autor na legislação penal brasileira, sendo a alteração implementada pela lei nº 10.792\03 um exemplo disso.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado. Direito Penal do Autor. Pena. Lei de Execução Penal.

ABSTRACT

This study aimed to analyze what was the impact of the Differentiated Disciplinary Regime (RDD), materialized by the changes in Article 52 of the Law of Penal Execution (LEP), the Brazilian penal system. The study object was the RDD the light of the constitutional principles of the Constitution of the Brazilian Republic and its opposition to the character of the sentence adopted by the LEP. The study , based on an extensive doctrinal research, revealed the current spread of the criminal law of the author in Brazilian criminal law , and the change implemented by Law No. 10.793 \03 an example.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime. Author of Criminal Law. Law of Penal Execution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DIREITO PENAL: AS PENAS, OS DIREITOS E OS DEVERES DO PRESO	9
1.1. Histórico	9
1.1.1. Vingança Divina	10
1.1.2. Vingança Privada	10
1.1.3. Vingança Pública	11
1.1.4. Período Humanitário.....	12
1.2. A Pena.....	13
1.2.1. Definição e Finalidade	13
1.2.2. Escolas Penais.....	14
1.2.2.1. Teoria Retribucionista	14
1.2.2.2. Teoria Utilitarista.....	15
1.2.2.3. Teoria Eclética.....	16
1.2.2.4. Teoria Ressocializadora	17
1.2.2.5. Teoria Adotada pela LEP	17
1.3. Aplicação da Pena	19
1.3.1. Legalidade	20
1.3.2. Anterioridade.....	20
1.3.3. Personalidade	20
1.3.4. Individualidade.....	21
1.3.5. Iderrogabilidade	21
1.3.6. Proporcionalidade	21
1.3.7. Humanidade	22
1.4. As Modalidades Penais	22
1.4.1. Penas Restritivas de Locomoção: Reclusão, Detenção e Prisão Simples	22
1.4.2. As Formas de Cumprimento da Pena	25
1.4.3. As Penas Alternativas	26
1.5. Direitos e Deveres dos Presos	28
2. RDD.....	31

2.1. Estudo das Hipóteses que Justificam a Aplicação do RDD	33
2.2. Constitucionalidade do RDD	34
2.2.1. A Constituição Garantista Brasileira.....	35
2.3. A Inconstitucionalidade do RDD	35
2.3.1. Art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988	37
2.3.2. Art. 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988	39
2.3.3. Princípio da Presunção de Inocência	40
2.3.4. Princípio da Proporcionalidade.....	41
3. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	44
3.1. A Pena para Gunther Jakobs.....	44
3.2. O Cidadão e o Inimigo de Jakobs.....	45
3.3. O Sistema Penal e o Sistema Processual Penal	46
3.4. Direito Penal do Fato e Direito Penal do Autor	47
3.5. O RDD e o Direito Penal do Inimigo	48
3.6. O Direito Penal do Inimigo e o Princípio da Ressocialização da Pena	50
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	55

INTRODUÇÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) é uma sanção disciplinar que surgiu para tentar compensar a incompetência do Estado de evitar, por meio constitucionais, o desenvolvimento do crime organizado dentro e fora das cadeias.

Os precursores na criação e desenvolvimento desse tipo de sanção foram os estados de São Paulo, por meio da resolução SAP/SP 26, e Rio de Janeiro, por meio da criação do regime disciplinar especial de segurança, em resposta a rebeliões e ações de caça e morte de policiais organizadas por grupos criminosos que fizeram de refém toda a população brasileira.

Diante de todo o pânico causado e da pressão da mídia, é promulgada a lei 10.792 de 2003 que cria o Regime Disciplinar Diferenciado e altera o artigo 52 da Lei de Execuções Ficiais (LEP), que passa a estabelecer as circunstâncias e condições para a aplicação do RDD.

Dessa forma, a Lei 10.792 de 2003 é promulgada com o propósito de responder ao clamor por mais segurança da população brasileira, aplicando-se uma medida que não busca reintegrar o preso à sociedade, mas excluí-lo de forma definitiva.

Esse trabalho, embasado em pesquisas bibliográficas, tem como objeto o RDD, as razões de seu surgimento, passando por suas peculiaridades até as suas hipóteses de incidência; além de confrontá-lo com os princípios estabelecidos pela constituição que garantem a todos os indivíduos, presos ou livres, proteção contra o excesso do Estado.

A monografia passará pela origem das penas; o surgimento e desenvolvimento das penas de prisão, os tipos de penas que se estabeleceram no ordenamento pátrio, as teorias relacionadas às penas e pela lei de execução penal.

As razões para o surgimento do RDD, suas peculiaridades, sua eficácia e as circunstâncias que levam o preso a ser inserido em tal regime também serão abordados.

Um ponto crucial a ser tratado é a análise da conformação do regime disciplinar diferenciado aos princípios constitucionais, principalmente o princípio da legalidade, da não culpabilidade e da humanização das penas.

Outro ponto levantado é o fato do regime disciplinar diferenciado ser tratado como uma lesão a determinados direitos do preso e a materialização do direito penal do inimigo, em que se busca punir o indivíduo e não o ato realizado.

Finalmente, se buscará revelar que o RDD é uma perfeita afronta à determinação da lei de execução penal que estabelece que a pena deve buscar a ressocialização do preso e a sua reinserção na sociedade, fato esse impedido por um regime extremamente segregador.

1. DIREITO PENAL: AS PENAS, OS DIREITO E OS DEVERES DO PRESO

1.1 Histórico

A criminalidade não é um acontecimento excepcional na sociedade humana, necessitando ser controlada para que não ponha em risco a própria existência da humanidade, como bem esclarece Cezar Roberto Bittencourt quando diz que “as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem”; e Durkheim, quando estabelece que “o delito não só é um fenômeno social normal, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa”.¹

No nascimento da humanidade, o homem ainda não dominava a ciência e dessa forma não era capaz de explicar os diferentes fenômenos que aconteciam ao seu redor. Em virtude disso, começou a associar os diversos acontecimentos naturais a ações de seres sobrenaturais chamados de deuses. Um bom exemplo vem da mitologia grega, em que os trovões, relâmpagos e chuvas eram fenômenos atribuídos a Zeus que os podia usar como forma de causar destruição, em virtude de algo que o desagradava, ou como forma de ajuda aos seres humanos, no caso da chuva para as plantações.

Nas sociedades primitivas, desastres naturais e pestes eram vistos como retaliação dos deuses devido a ações humanas que os desagradavam. Em virtude disso, a coletividade, visando apaziguar a fúria divina, passou a aplicar punições que resultavam na morte do infrator. Bittencourt ensina que essa pena primitiva “representa um simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente desproporcional, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de justiça.”²

A retaliação às infrações, chamadas por Bittencourt de “vingança penal”, passou por três fases: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

¹ E. Durkheim, *Las reglas del método sociológico*, Espanha, Morata, 1978, p. 83. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

1.1.1 Vingança Divina

A fase da vingança divina foi resultado da forte atuação da religião sobre a vida dos indivíduos, sendo a repressão uma forma de amenizar a fúria da divindade ofendida pelo delito, nomeado de infração totêmica uma vez que os seres sobrenaturais eram chamados de “totens”.

A principal característica da sanção nessa fase era a sua severidade, segundo Cezar Robert Bittencourt “Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido.”³

BITTENCOURT, destaca alguns aspectos interessantes dessa fase:

Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. Pode-se destacar como legislação típica dessa fase o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia. Esse era, enfim, o espírito dominante nas leis dos povos do Oriente antigo (além da Babilônia, China, Índia, Israel, Egito, Pérsia etc.)⁴

Dessa forma, a religião tinha uma profunda influência nessa fase, sendo que a pena aplicada tinha o único objetivo de apaziguar a fúria da divindade, tendo como principal destaque a crueldade e a degradação do ser humano.

1.1.2 Vingança Privada

A segunda fase do vingança penal foi marcada pela punição a um indivíduo ou ao grupo a que ele pertencia.

Se a infração fosse cometida por um integrante do próprio grupo, a pena aplicada a ele seria o banimento, ou seja, o indivíduo perderia o direito de viver dentro daquele grupo.

Caso o delito tivesse como autor um integrante de um grupo qualquer, a punição se estenderia ao grupo do infrator, fato que causaria uma guerra

³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

generalizada, Bitencourt explica que: “Quando, no entanto, a violação fosse praticada por alguém estranho ao grupo, a punição era a “vingança de sangue”, verdadeira guerra grupal.”⁵.

As constantes guerras entre os grupos fez surgir leis mais evoluídas e formas alternativas de punição de forma a diminuir a instabilidade. Um desses exemplos foi a lei de Talião, que se buscava estabelecer a severidade da penalidade de acordo com a gravidade do mal causado, segundo Cesar Roberto Bittencourt “Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.”⁶

O grande número de penalidades envolvendo morte e outros tipos de punição físicas fez surgir uma nova forma de penalidade, que ficou conhecida com composição, possibilitando o indivíduo se livrar da pena por meio de um pagamento. Um aspecto interessante dessa forma alternativa de sanção é apontada por Bittencourt, “A composição, que foi largamente aceita na sua época, constitui um dos antecedentes da moderna reparação Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal.”⁷

1.1.3 Vingança Pública

Essa fase surge em virtude de um maior desenvolvimento da sociedade e do surgimento do soberano. As penas buscam agora não mais amenizar a fúria dos deuses, mas de proteger o soberano. O direito busca, mesmo que não totalmente, se separar da religião. Essa característica pode ser percebida tanto na Grécia, quanto na Roma antiga, segundo explica Julio Fabbrini Mirabete:

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da vingança pública. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se à segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

exemplo, governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma, com aplicação da Lei das XII Tábuas.⁸

Mas nessa fase a pena ainda era cruel e severa, como leciona Bittencourt:

Nesta fase, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório.⁹

1.1.4 Período Humanitário

O iluminismo dá início a um período em que se buscou atacar os abusos do Estado limitando os seus poderes e defendendo as prerrogativas do indivíduo.

É nesse período, chamado de período humanitário, que o direito se volta e se atenta para os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas, segundo leciona Mirabete:

É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas entorno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas.¹⁰

Foi nesse período em que Cesar Boneasa, Marquês de Beccaria, escreve a obra “Dos delitos e das penas” que estabelece os postulados básicos do Direito Penal moderno:

1. Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral.** 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 18.

aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis.

2. Só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente.

3. As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos.

4. A prisão preventiva somente se justifica diante de prova da existência do crime e de sua autoria.

5. Devem ser admitidas em Juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados (mortos civis).

6. Não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso.

7. Não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízos de Deus, que não levam à descoberta da verdade.

8. A pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinquente.¹¹

Dessa forma, percebe-se a mudança da mentalidade quanto a pena, que deveria ser agora uma medida que não só tivesse a força de impedir a ocorrência de novos delitos, mas permitir que o infrator fosse recuperado e reintegrado ao convívio social.

1.2 A Pena

1.2.1 Definição e finalidade

A pena tem basicamente duas características: ser uma resposta ao delito cometido e um instrumento para prevenir novas ocorrências.

No caráter preventivo da pena temos envolvidos aspectos gerais e especiais, sendo que o mais importante delas é o especial positivo uma vez que ele estabelece que a pena deve ser um instrumento de ressocialização do condenado, e sobre o assunto Nucci aponta:

É a sanção imposta pelo Estado através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 19.

prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.¹²

Assim, a pena deveria retribuir o mal causado e prevenir a ocorrência de novos delitos, sendo que nesse aspecto estariam envolvidas duas características: a geral e a especial.

A geral teria uma faceta negativa, uma vez que a pena serviria para intimidar, e uma faceta positiva, revelando a existência de um instrumento ativo perante o delito. A característica especial também envolveria um elemento negativo, pois o criminoso seria recolhido para que não continuasse a praticar delitos, e um positivo, pois a pena deveria buscar ressocializar e reintegrar o delinquente à sociedade

1.2.2 Escolas penais

Mirabete estabelece que três correntes doutrinárias trataram da natureza e finalidade da pena: teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas (ou ecléticas).

1.2.2.1 Teorias retribucionistas

As teoria absolutas (de retribuição ou retribucionistas), defendida pela escola clássica, atribuíam à pena um caráter reparatória ao dano causado pelo crime com o mesmo nível de gravidade, ou seja, a pena era uma reação igual e contrária à ação delituosa não tendo qualquer preocupação com o agente causar.

Kant, um dos defensores das teorias absolutas, tinha o seguinte entendimento:

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p.391.

Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais.¹³

Hegel, também componente da escola clássica, explicava que “a pena, razão do direito, anula o crime, razão do delito, emprestando-se à sanção não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica.”¹⁴.

Tal escola foi questionada quanto a falta de preocupação com o agente criminoso, o que acabou por fragiliza-la, como explica Mirabete “A ausência da preocupação com a pessoa do infrator, como acentua Manoel Pedro Pimentel, foi o ponto fraco da referida escola que a tomou vulnerável às críticas mais sérias.”¹⁵

1.2.2.2 Teorias utilitaristas

Nas teorias relativistas (utilitárias ou utilitaristas) o foco não é o ato criminoso, mas o ator do delito. Dessa forma, a pena adquire um novo objetivo que é fazer com que o indivíduo volte a cometer novos crimes, ou seja, a pena tem uma função preventiva, sendo ela geral e especial. Prevenção geral é quando a pena busca coibir a ação criminosa de todos os indivíduos da sociedade (busca coibir o crime de forma genérica), já prevenção preventiva é quando a pena é aplicada sobre o criminoso buscando coibi-lo da pratica um novo crime. Quem bem ilustra essa característica da pena é Jeremias Bentham que dizia:

Jeremias Bentham dizia que a pena é um mal tanto para o indivíduo, que a ela e submetido, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas que se justifica pela utilidade. O fim da pena é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinquente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o.¹⁶

¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 230.

¹⁴ Ibidem, p. 230.

¹⁵ Ibidem, p. 230.

¹⁶ Ibidem, p. 231.

Os estudiosos adeptos dessa corrente estabeleciam que a pena deveria ter uma utilidade que seria, primordialmente, a de recuperação do delinquente e sua readaptação à ao convívio social.

Segundo Raffaele Garofalo, fazendo uma análise sobre a pena:

Garofalo, com base em seu conceito de remibilidade de delinquente, fazia depender desta a necessidade e a medida da pena, cujo fim deveria ser a readaptação do criminoso ao meio social. Entendia que a sanção é o meio de defesa social adaptado à personalidade do delinquente.¹⁷

Uma posição que merece destaque é a de Gian Domenico Romagnosi que dizia que se houvesse o arrependimento, a aplicação da pena não seria necessária, segundo explica Mirabete, “Romagnosi também pregava o fim utilitário da pena afirmando não ser necessária a punição quando se tivesse a certeza moral de que o delinquente não reincidiria.”¹⁸

1.2.2.3 Teorias ecléticas

Essa teoria une os dois aspectos das correntes anteriores, estabelecendo que a pena teria um aspecto retributivo, em que seria uma reação à ação criminosa, mas também teria o aspecto preventivo, uma vez que buscaria ressocializar o infrator, evitando a ocorrência de novos delitos. É o que explica alguns dos adeptos dessa corrente:

Para Pellegrino Rossi, Gulzot e Cousein, a pena deve objetivar, simultaneamente, retribuir e prevenir infração: *punitur quia peccatum est et ne peccetur*. Segundo tal orientação, a pena deve conservar seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação aos autores de crimes, tendo em vista a

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 231.

¹⁸ *Ibidem*, p. 231.

periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros. Seriam essas as denominadas medidas de segurança.¹⁹

1.2.2.4 Teoria ressocializadora

A teoria ressocializadora, uma teoria mais moderna, estabelece que a pena não deve ter um caráter retributivo, mas apenas preventivo sendo que a pena deve apenas busca a reintegração do infrator à sociedade, como explica Miguel Reale Junior:

Adotou-se, como assinala Miguel Reale Junior, outra perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o espado de sua personalidade. Esse posicionamento especialmente moderno procura excluir definitivamente a retributividade da sanção penal.²⁰

1.2.2.5 Teoria adotada pela LEP (Lei de Execução Penal)

Da análise da exposição de motivos da LEP, conclui-se que a pena no Brasil tem dois objetivos: o de retribuição e de prevenção, mostrando a sua conformação com a teoria eclética. Mas nos dias de hoje, a reincidência é alta, o que revela que se dá prioridade ao caráter retributivo da pena ao invés do caráter preventivo, como mostra o relatório de reincidência criminal feito pelo IPEA (Instituto de pesquisa econômica aplicada p.12) em 2015:

Verifica-se, no quadro 1, que as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado. Os números, contudo, são sempre altos (as menores estimativas ficam em torno dos 30%). Esse grave problema

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 231.

²⁰ Ibidem, p. 231.

tem levado o poder público e a sociedade a refletirem sobre a atual política de execução penal, fazendo emergir o reconhecimento da necessidade de repensar essa política, que, na prática, privilegia o encarceramento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas.

QUADRO 1
Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).

Elaboração dos autores.

Os dados acima revelam que, mesmo havendo uma diferença entre os autores sobre o conceito de reincidência, é grande a porcentagem de criminosos reincidentes, aspecto que revela que a pena aplica no Brasil não está cumprindo um dos seus principais objetivos que é o de reintegrar o delinquente à sociedade, preocupando-se mais em punir do que ressocializar.

Em relação a isso, e comprovadas pelos dados apresentados pelo IPEA, precisas são as palavras de Julio Fabbrini Mirabete que diz:

Enquanto se proclama na exposição de motivos da Lei de Execução Penal o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor a comunidade (item14), a realidade demonstra que a pena continua a ser necessária, como medida de justiça, reparadora e impostergável, mas “as suas finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas.”²¹

Dessa forma, alguns doutrinadores tem o entendimento de que as penas têm tido o seu aspecto punitivo priorizado em detrimento ao seu aspecto ressocializador, elemento que resultaria em uma menor taxa de reincidência sistema prisional.

1.3 Aplicação Da Pena

O Direito Penal é a última media a ser aplicada (ultima ratio), ou seja, o Direito Penal será aplicado quando os demais ramos do direito não forem capazes de aplicar a penalidade adequada ao infrator. Devido a esse fato, o direito penal traz consigo um grau maior de severidade que deve ser muito bem dosado, uma vez que o respeito à dignidade da pessoa humana é uma determinação imposta pela nossa carta magna.

Diante disso, afim de assegurar o respeito ao indivíduo e de que o uso do Direito Penal não seja um instrumento de repressão do Estado, a própria constituição federal brasileira determinou certos requisitos a serem cumpridos na aplicação da pena, tornando-se eles características que toda pena deve possuir.

Fernando Capez ensina que a Constituição Federal da 1988 estabelece, nos incisos do artigo 5º, quais devem ser as características essências das penas aplicadas pelo direito penal.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 231 – 232.

1.3.1 Legalidade

A CF 88, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, estabelece “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, segundo Capez, a segunda parte da determinação constituição estabelece que “a pena deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal.”²²

1.3.2 Anterioridade

A primeira parte do artigo 5º, inciso XXXIX, estabelece que só existe crime se a conduta que materializa a infração tiver sido realizada após a edição da lei que cria o delito, ou, nas palavras de Capez “a lei já deve estar em vigor na época em que for praticada a infração penal.”²³

1.3.3 Personalidade

A pena deve ser imposta apenas ao autor da conduta criminosa, sendo tal entendimento extraído da Carta da República.

O artigo 5º, inciso XLV, determina:

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

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 385

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 385

E em virtude disso, Capez ensina, “Assim, a pena de multa, ainda que considerada dívida de valor para fins de cobrança, não pode ser exigida dos herdeiros do falecido.”²⁴

A única pessoa que poderá ser apenada por uma conduta é aquela que a praticou, tal fato materializa uma caracterização da pena que é chamada de personalidade.

1.3.4 Individualidade

A constituição estabelece que a pena deve levar em consideração todas as características e circunstâncias relacionados ao autor da infração penal. Capez ainda acrescenta, “a sua imposição e cumprimento deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado.”²⁵

1.3.5 Inderrogabilidade

Característica da pena criada pelos incisos XLVI e XLVII do artigo 5º da Carta magna, ela é explicada da seguinte forma “salvo as exceções legais, a pena não pode deixar de ser aplicada sob nenhum fundamento. Assim, por exemplo, o juiz não pode extinguir a pena de multa levando em conta seu valor irrisório.”²⁶

1.3.6 Proporcionalidade

A pena não pode ser severa ou excessiva, devendo estar em equilíbrio com o crime praticado. Nas palavras de Capez, “a pena deve ser proporcional ao crime praticado (CF, art. 5º, XLVI e XLVII)”²⁷. Dessa forma, a pena cominada deve estar em equilíbrio com o crime praticado.

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 385.

²⁵ Ibidem, p. 385.

²⁶ Ibidem, p. 385.

²⁷ Ibidem. p. 386.

1.3.7 Humanidade

A CF 88 determina que aquele que prescreve a pena não pode, no momento de sua cominação, perder as características que diferem o homem dos demais animais como a compaixão e benevolência (humanidade). Assim, mesmo diante daquele que desrespeita uma regra basilar da sociedade, algumas penas; como banimento, cruéis, trabalhos forçados, perpétuas e de morte (exceto em caso de guerra); não podem ser impostas. Explicado por Fernando Capez nessas palavras “não são admitidas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, perpétuas (CP, art. 75), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII).²⁸

1.4 As Modalidades Penais

A grande variedade de crimes e o grau de sua gravidade, fizeram surgir diferentes modalidades de penais, ou tipos de pena, para se respeitar o princípio da proporcionalidade.

1.4.1 Penas restritivas de locomoção: reclusão, detenção e prisão simples

Será dado ênfase as penalidades aplicadas sobre aqueles que comentem crimes, ou seja, reclusão e detenção, pois é sobre os autores de crimes (condenados ou não) que se aplica o RDD, sendo que a pena de prisão é voltada às contravenções, mesmo provocando restrição à liberdade de locomoção do indivíduo.

Inicialmente; na Grécia, em Roma e na Idade Média; a prisão, ou pena que afeta a liberdade de locomoção do indivíduo, não era vista como pena, mas como uma medida que visava conter o indivíduo criminoso até que se realizasse o seu julgamento, sendo estabelecida a sua pena. A prisão tinha um caráter de custódia (guarda), buscando evitar que a pessoa fugisse da punição. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 386.

Porém, durante vários séculos, a prisão serviu de depósito de contenção e custódia — da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução.²⁹

A mudança da visão da prisão como custódia começa com o direito canônico. A prisão, chamada de prisão eclesiástica, era vista como um meio para que se fizesse o clérigo indócil repensasse as suas atitudes e se arrependesse. A pena adquirir nesse momento um cará ter educador e não meramente punitivo.

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. Recolhiam os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda.³⁰

O Direito canônico fornece as primeiras ideias do que veria a se tornar a prisão moderna, em que a pena de prisão seria uma forma de reeducar o infrator.

No século XVI, na Inglaterra, a quantidade de mendigos era enorme e os crimes cometidos por eles só aumentavam. A pena de morte não poderia ser aplicada devido a sua grande quantidade ao menor grau de gravidade dos delitos. Diante disso, surgem as chamadas “houses of correction” aonde se prendiam os infratores com dois objetivos: inibir a ocorrência de novos delitos e a sua reeducação por meio de trabalho e disciplina. Bitencourt, tratando do assunto, ensina:

A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade.³¹

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 506.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 508.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 511.

As penas de prisão continuaram até hoje, mas a muito tempo, desde a revolução francesa e o desenvolvimento do iluminismo, essa medida tem sofrido severas críticas quanto ao fato de não inibir a ocorrência de delitos e muito menos de reeducar os delinquentes, o que tem levado ao desenvolvimento de novos tipos como as penas restritivas de direitos e as penas de multa.

Desde a Reforma Penal brasileira de 1984, o Direito Penal adotou as penas privativas de liberdade, sendo um gênero que possui como espécies a reclusão e a detenção.

A diferença básica entre as duas espécies de penas restritivas de liberdade é que a pena de reclusão é aplicada aos crimes mais graves enquanto que a detenção é aplicada aos menos graves. Mas existem outras diferenças que justificam a existência dessas duas modalidades, que segundo Bitencourt são:

Limitação na concessão de fiança

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nas infrações punidas com detenção ou prisão simples (art. 322 do CPP), nunca nos crimes punidos com reclusão, em que, quando for o caso, a fiança deverá ser requerida ao juiz.

Espécies de medidas de segurança

Para infração punida com reclusão a medida de segurança será sempre detentiva; já para autor de crime punido com detenção, a medida de segurança poderá ser convertida em tratamento ambulatorial (Art. 97 do CP).

Incapacidade para o exercício do pátrio-poder, tutela ou curatela

Somente os crimes punidos com reclusão, praticados pelos pais, tutores ou curadores contra os respectivos filhos, tutelados ou curatelados, geram essa incapacidade. Na hipótese de prática de crimes punidos com detenção, nas mesmas circunstâncias, não gerarão os mesmos efeitos. No entanto, a incompatibilidade fática justificará a busca através de ação própria no juízo competente (família e sucessões ou da criança, infância e juventude).

d) Prioridade na ordem de execução (arts. 69, caput, e 76, ambos do Código Penal): executa-se primeiro a reclusão e depois a detenção ou prisão simples.

e) Influência decisiva nos pressupostos da prisão preventiva (art. 313,1, do CPP).³²

Existem outros elementos que podem ser usados para diferenciar a pena de reclusão e detenção, revelando que existem muitos elementos envolvidos na cominação dessas duas espécies de penas.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 517.

1.4.2 As formas de cumprimento da pena

As penas privativas de liberdade podem ser cumpridas de três formas diferentes, sendo que essas diferentes formas de execução são chamadas de regimes de cumprimento de pena. O CP, em seu artigo 33, §1º, estabelece que os regimes de cumprimento são o regime fechado, regime semiaberto e o regime aberto.

A lei penal determina que o tipo de regime a ser cumprido pelo condenado vai depender da quantidade de pena estabelecida na condenação, sendo tal assunto tratado pelo artigo 33, §2º do CP que determina

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

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Um aspecto importante é que a pena não deve ser apenas uma contrapartida ao mal causado pelo infrator, mas também uma forma de incentivar o indivíduo a se readaptar à sociedade. Em virtude disso, surge o chamado regime progressivo de cumprimento da pena.

A LEP determina que:

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

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Guilherme de Souza Nucci destaca a importância e o objetivo do aspecto reeducador do regime progressivo:

O objetivo da pena, fundamentalmente, é reeducar a pessoa humana que, cedo ou tarde, voltará ao convívio social, de modo que a progressão é indicada para essa recuperação, dando ao preso perspectiva e esperança. Deve o merecimento ser apurado no caso concreto, contando, em alguns casos, com a avaliação da Comissão Técnica de Classificação (composta pelo diretor do presídio, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social), concededora do processo de individualização da execução penal (arts. 5º a 9º, LEP).³³

A progressão de regime é fundamental para a reeducação do condenado, uma vez que possibilita a diminuição do rigor da pena a medida em que o condenado se mostra arrependido e disposto a seguir as regras da sociedade.

1.4.3 As penas alternativas

Como uma forma de se evitar as penas de detenção e reclusão, a muito criticadas pela sua ineficiência, surgiram as chamadas modalidades alternativas. O primeiro país a apresentar penas alternativas foi a Rússia com a chamada “prestação de serviço à comunidade” e posteriormente vieram a Inglaterra, a Alemanha, Bélgica e o Principado de Mônaco.

No Brasil, o artigo 59, inciso IV, do CP permite ao juiz estabelecer uma outra espécie de pena, pena alternativa, em substituição a pena privativa de liberdade, sendo que as penas alternativas se resumem em duas: penas restritivas de direito e multas.

As penas restritivas de direito, na verdade, englobam penas pecuniárias e penas que restringem parcialmente a locomoção do apenado. Com relação as penas que limitam parcialmente a locomoção temos como exemplo a prestação de serviço à comunidade e a limitação do fim de semana. Já em relação às penas pecuniárias tem-se como exemplo a perda de bens e valores.

Existem requisitos objetivos e subjetivos que devem ser observados para que ocorra a aplicação das penas restritivas de direito.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. 391. p.404.

Os requisitos objetivos são: quantidade da pena (crimes dolosos cuja pena não ultrapasse quatro anos e crimes culposos independe da pena) e modalidade de execução da conduta criminosa (sem violência ou grave ameaça à pessoa).

Os requisitos subjetivos são: réu não reincidente específica em crime doloso (em crime culposos a reincidência não impossibilita a substituição) e a suficiência da substituição penal (a pena substituta deve manter os objetivos de reação e prevenção de crimes). Nesse caso Bitencourt observa que:

Na verdade, aqui, como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser, na expressão de Jescheck, prudencial, e diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados.³⁴

Outra forma de pena alternativa é a pena pecuniária, muito bem definida por Guilherme de Souza Nucci como “sanção penal consistente no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, previamente fixada em lei, destinada ao Fundo Penitenciário.”³⁵.

A fixação da pena em duas fases: primeiro se estabelece o número de dias (de 10 a 360 dias) e depois se atribui um valor pecuniário a um dia da punição (de 1\30 anos do salário mínimo até 5 vezes o salário mínimo) de acordo com a situação financeira do condenado. Para a dosimetria da pena, Nucci explica que

Pensamos, em suma, que a pena de multa, no tocante ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade. Se apenas a sanção pecuniária for aplicável, o juiz segue o critério trifásico do art. 68 do CP, para, depois, estabelecer o valor do dia-multa.³⁶

Ainda, no que tange ao valor dos dias multa, explica o doutrinador:

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 560.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. 391. p.448.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. 391. p.449.

Não se pode esquecer o peculiar fator determinado pela lei para a fixação da pena de multa: o magistrado deve atentar principalmente para a situação econômica do réu (art. 60, caput, CP). Verificando-se que a sua situação financeira é consistente e elevada, deverá ter o valor de cada dia-multa estabelecido em valores superiores a um trigésimo do salário mínimo. Se, feito isso, continuar insuficiente, pode o juiz elevar o número de dias-multa.³⁷

É preciso destacar que existe um cisão doutrinária quanto a previsão legal (artigo 49, § 2º do CP) de correção monetária do valor da multa.

Os opositores à atualização destacam que o fato do valor variar provocaria a ocorrência de uma pena indeterminada (o condenado não saberia o quanto deveria pagar) e que tal fato provocaria uma dupla penalidade, pois tanto o salário mínimo quanto os índices de correção monetária variam. Nucci, discordando de tal pensamento revela o seguinte entendimento:

Tais fundamentos, com a devida vênia, não convencem. Era primeiro lugar, é preciso destacar que a correção monetária não é pena, mas uma simples atualização do valor da moeda. Não se está “aumentando” a penalidade aplicada ao réu, sem que ele saiba quanto exatamente vai pagar. Ao contrário, a sanção é fixada em dias-multa com base no salário mínimo da época do fato, de modo que a atualização monetária pode ser feita por qualquer pessoa, não se constituindo em algo imponderável. Por outro lado, se o valor do salário mínimo é o vigente à época do fato, é preciso destacar que não há “atualização sobre atualização”, mas uma única: a partir da data do fato em diante. Não variam, ao mesmo tempo, o salário mínimo e a correção monetária.³⁸

A corrente divergente entende que a correção monetária é uma simples atualização monetária, não resultando assim em um aumento de pena.

1.5 Direitos e Deveres Dos Presos

Para se entender o impacto que o RDD causou ao regime de cumprimento de pena e o tamanho do desrespeito aos direitos garantidos ao preso pela própria lei de execução penal, é preciso conhecer quais são os direitos e deveres atribuídos ao preso pela legislação brasileira.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. 391. p.449.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. 391. p.452.

A LEP estabelece quais são os deveres do preso em cumprimento de pena. Basicamente, os deveres do preso são respeito à disciplina imposta pela instituição prisional e às regras de boa convivência com outros presos e funcionários das prisões.

O artigo 39 da lei 7.210 de 1984 enumera de forma exaustiva os deveres dos condenados:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.

A grande contradição percebida em meio aos artigos da lei de execução penal, quanto a função reeducadora e ressocializadora da pena, instaurada pelo RDD, se apresenta quando são arrolados pela própria lei os direitos do indivíduo em cumprimento de pena.

A lei estabelece que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38 do CP). Nas palavras de Mirabete, "... a prisão não deve impor restrições que não sejam inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade."³⁹

Os direitos do preso estão elencados no art. 41 na lei 7.210/84, sendo eles resumidos nos seguintes dizeres de Mirabete:

Prevê-se na Lei de Execução Penal o direito à assistência material (fornecimento; de alimentação, vestuário, instalações higiênicas e serviços que atendam às suas necessidades pessoais), de saúde (de caráter preventivo e curativo, incluindo atendimento médico,

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 248.

farmacêutico e odontológico); jurídica (assistência jurídica nos estabelecimentos penais); educacional (instrução escolar e formação profissional do preso e do internado); social (amparo do preso para prepará-lo ao retorno à liberdade); religiosa (liberdade de culto e participação dos serviços organizados no estabelecimento penal, além da posse de livros de instrução religiosa etc.), não se descuidando da assistência ao egresso (orientação e apoio para a reintegração à vida em liberdade, concessão de alojamento e alimentação pelo prazo de dois meses etc.).⁴⁰

Mirabete mostra que, apesar do indivíduo ser condenado, os direitos que conservam a sua característica humana não são desrespeitados cumprindo-se a determinação constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 248.

2. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD

A aplicação da lei de execução foi um grande problema para o sistema penitenciário brasileiro desde a sua entrada em vigor em 1985, fazendo com que os direitos nela assegurados não fossem respeitados. Tal situação é tratada por Bitencourt que explica

Com efeito, poucos anos após a entrada em vigor da Lei de Execução Penal — janeiro de 1985 —, a doutrina começou a reclamar que os direitos e garantias assegurados no referido diploma legal não estavam sendo aplicados no cotidiano forense; acrescentava — parte da jurisprudência de nossos tribunais — que referida Lei era moderna e avançada demais, e não havia estrutura adequada para aplicá-la corretamente, além da dificuldade de fiscalizar seu cumprimento.⁴¹

Diante das grandes reclamações opostas à revolucionária LEP, começou-se a desenvolver movimentos que buscavam reformar a lei para facilitar a sua aplicação, mas, na verdade, tal medida buscava esconder a falência do sistema do sistema penitenciário brasileiro como bem aponta o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

Antevendo esse "golpe reformador", começamos a denunciá-lo em dezenas de congressos e seminários de direito penal de que participamos sobre as verdadeiras intenções de ditas reformas: além de representar a confissão do fracasso do Poder Público na tentativa de melhorar o sistema penitenciário brasileiro, havia o objetivo dissimulado de alterar a Lei de Execução Penal, para afastar a crítica contundente sobre a falência da pena de prisão e a violação dos direitos dos apenados assegurados no referido diploma legal.⁴²

Como resultado desse maléfico movimento reformador, surge a lei 10.792/2003 que altera a LEP e cria o Regime disciplinar diferenciado (RDD).

O novo texto legal, enfim, ficou com a seguinte redação:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 541.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 541.

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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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.

É preciso destacar que o regime disciplinar diferenciado não é uma nova espécie de regime cumprimento de pena, mas uma medida disciplinar aplica àquela que se encontra encarcerado seja provisória e definitivamente, como ensina Julio Fabbrini Mirabete:

O regime disciplinar diferenciado, criado pela Lei nº 10.792, de 1º - 12-2013, que alterou a Lei de Execução Penal, não é um novo regime de cumprimento de pena, em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto. Constitui-se em um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, ao qual poderão ser submetidos os condenados ou presos provisórios, por deliberação judicial, como sanção disciplinar, pelo prazo máximo de 360 dias, ou como medida preventiva e acautelatória nas hipóteses de presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou que representem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade (art. 52, §§ 1º e 2º, da LEP).⁴³

Basicamente, o RDD poderá ser aplicado em três situações: diante da prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, presos que apresentam alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e quando houver fundas suspeitas de

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 242.

envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

2.1 Estudo das hipótese que justificam a aplicação do RDD

O primeiro caso estabelecido pela lei determinar que será aplicado o RDD ao preso que praticar crime doloso e cuja consequência provoque a subversão da ordem ou disciplina. Mas é preciso destacar que a aplicação do regime disciplinar não depende apenas do cumprimento desses dois requisitos, é preciso que magistrado seja convencido da necessidade da aplicação dessa medida.

O grande problema com que o juiz das execuções criminais se depara é definir o que seria a subversão da ordem ou disciplina interna, palavras dotadas de um alto grau de subjetividade. Mas Bitencourt tenta definir o que seriam tais institutos:

Necessariamente deverá, a nosso juízo, ocasionar concretamente, no interior do estabelecimento prisional, profunda alteração da ordem ou da disciplina, de molde a substituir, os monitores, coordenadores e guardas penitenciários, a ponto de os detentos estarem obtendo o controle da penitenciária. É, digamos, um estado de emergência, pois somente excepcionalidade dessa natureza poderia justificar uma violência tão absurda como o questionado RDD.⁴⁴

É preciso destacar que a decisão do juiz deve ser fundamentada e com previa audiência do Ministério Público e Defesa, sendo garantidos ao preso o direito de defesa e contraditório.

A segunda situação que justifica a aplicação da medida disciplinar diferenciada está materializada no §1º do Art. 52, sendo ela aplicada aos presos (provisórios ou condenados) que sejam um risco para a ordem e segurança da prisão e sociedade.

Mais uma vez o juiz se vê diante de expressões como: alto risco, ordem e segurança que possuem grande carga subjetiva.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 545.

Parece ainda, que existe uma contradição entre o *Caput* do Art. 52 e o §1º. O *caput* estabelece cumulativamente dois requisitos para a aplicação do RDD: ter cometido crime doloso e cujo resultado tenha provocado problemas de disciplina dentro da cadeia. O parágrafo primeiro dá a entender que outros presos (condenados ou provisórios) que apenas apresentam risco para a segurança da instituição e da sociedade, sem terem cumpridos os requisitos determinados pela cabeça do artigo, podem ser objeto do RDD. Com o objetivo de tentar acabar com essa aparente contradição, Cesar Roberto Bitencourt explica que:

A única possibilidade, que nos parece razoável, para salvar o texto legal, é estender a interpretação do *caput* do art. 52, para conjugá-la com essa previsão de seu parágrafo primeiro, nos seguintes termos: quando da prática do fato definido como crime doloso, no interior da penitenciária, não decorrer a "subversão da ordem ou disciplina internas", mas se constatar que, in concreto, prisioneiros envolvidos, nesse fato, "apresentem alto risco para a ordem e a segurança" do estabelecimento penal ". Dessa forma, pelo menos, há um fato definido como crime doloso, como exige a previsão legal, como causa, de "alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal", como efeito. Assim, pode-se evitar a abstração contida no referido parágrafo, se for examinado isoladamente.⁴⁵

Por último, mas não menos importante, os que são suspeitos de participarem de organização criminosas, quadrilha ou bando também podem ser alvo dessa medida disciplinar.

Nesse ponto, parece que o princípio constitucional da presunção de inocência foi simplesmente deixado de lado, uma vez que o indivíduo já é condenado ao regime disciplinar diferenciado diante de uma mera suspeita de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando.

2.2. Constitucionalidade do RDD

Para se fazer uma análise constitucional do RDD, é preciso lembrar, inicialmente, do momento em que a Lei de execução penal entrou em vigor no nosso país. A lei 7.210 entrou em vigor em nosso país em 1984, ou seja, antes do nascimento da Constituição cidadã que surge em 1988.

⁴⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 546.

A Constituição Brasileira de 1988, logo em seu nascimento, estabelece no *caput* do seu artigo primeiro que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Tal fato possui em grande repercussão sobre os processos estatais, uma vez que a ação estatal se torna limitada à lei e à obediência a um regime democrático.

Diante disso, a lei de execução penal deve ser interpretada em conformidade com os direitos e garantias estabelecidos pela Carta Magna aos condenados, que limita o poder do Estado e garante a finalidade de reintegração do apenado.

Tal entendimento é ratificado por Paulo Lúcio Nogueira que defende que:

Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade.⁴⁶

2.2.1 A constituição garantista brasileira

A constituição brasileira é garantista, ou seja, tal aspecto determina, basicamente, que os direitos e garantias dos indivíduos, que se encontram positivados na constituição devem ser preservados e respeitados pela norma infraconstitucional. Isso também se aplica aos presos uma vez que o preso também é um indivíduo.

2.3 A inconstitucionalidade do RDD

Para se falar em proteção e defesa da constituição é necessário entender o que é a supremacia constitucional. A supremacia constitucional se verifica pelo fato de se reconhecer na constituição um tipo peculiar de lei ou um tipo peculiar de norma. Começa-se a ter a supremacia constitucional (superioridade hierárquica) a partir do momento em que se passa a aceitar que qualquer norma que se choque

⁴⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 07.

com a constituição deverá ser invalidada e retirada do ordenamento jurídico. Essa colocação da constituição no topo do ordenamento jurídico é uma visão recente, surgindo a partir do século XIX.

Se encarar a constituição como norma é coisa recente, encará-la como uma norma parâmetro do controle de constitucionalidade e coisa mais recente ainda.

Estabelecer a constituição como norma parâmetro é utilizá-la como norma que irá servir de referência para análise de todas as demais normas do ordenamento.

A ideia de que a constituição é norma e a ideia de que a constituição é a norma de referência que invalida todas as demais são requisitos necessários para se chegar à jurisdição constitucional no sentido amplo e ao controle de constitucionalidade no sentido estrito.

O bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de todas as normas expressas ou implícitas que servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Hoje, no Brasil, se reconhece que a norma parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade não é apenas a constituição federal propriamente dita, usando-se também os princípios constitucionais implícitos (como o princípio da proporcionalidade), as emendas constitucionais (EC) e, depois da EC 45, os tratados que têm força de emenda constitucional (aprovados nos termos do Art. 5º, §3º).

A ideia da constituição como norma obrigatória e não como mera declaração de intenções (conselhos) deu origem a uma jurisdição constitucional como um mecanismo de proteção da constituição contra atos de hierarquia menor.

O controle de constitucionalidade é prioritariamente um controle normativo (comparar as determinações constitucionais com uma lei ou ato normativo infraconstitucional qualquer) é por esse motivo que as leis funcionam como norma objeto do controle de constitucionalidade e a constituição é o que a doutrina chama de norma parâmetro do controle de constitucionalidade.

O RDD se mostra inconstitucional a partir do momento em que ele vai de encontro a importantes princípios constitucionais. É preciso lembrar que a doutrina vem entendendo que princípios como uma espécie de norma, segundo explica Pedro Lenza:

A doutrina vem se debruçando sobre a importante e complexa distinção entre regras e princípios, partindo da premissa de que ambos são espécies de normas e que, enquanto referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia, especialmente diante da ideia da unidade da Constituição.⁴⁷

2.3.1 Art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988

O Art. 5º, inciso XXXIX, da CF 88 introduz o Princípio da legalidade sendo voltado para o Direito Penal. Tal princípio pode ser usado como parâmetro para se determinar a constitucionalidade das expressões de caráter subjetivo que infestam o Art. 52 da LEP, mais precisamente os seus parágrafos 1º e 2º. Tal princípio estabelece que para uma conduta para ser considerada um tipo penal necessária uma lei que venha antes da ação realizada determinando claramente qual conduta é considerada criminosa.

Cezar Bitencourt, ao interpretar o princípio da legalidade, leciona que tal norma constitucional impede que as leis penais (incluídas as leis de execução penal) sejam formadas por expressões que não tenham o seu significado claro ou bem determinado. Bitencourt até entende que um certo grau de subjetividade da lei é aceitável, uma vez que isso é necessário para adequá-la melhor às realidades da sociedade, mas o que não pode haver é um exagero, ameaçando a limitação imposta ao poder de punir do Estado e à segurança jurídica. Como ele mesmo explicar nas seguintes palavras:

Não se desconhece que, por sua própria natureza, da ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. O tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente “conceitos que necessitam de complementação valorativa”, isto é, não descrevem efetivamente a conduta proibida requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal. Não se desconhece, no entanto, que o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos

⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativas, de outro lado, além do que a indeterminação será inconstitucional.⁴⁸

Dessa forma, como a LEP, nos termos de seu artigo 52, parágrafos primeiro e segundo, pode ter definido claramente qual a conduta criminosa que materializaria as expressões legais “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento” e “fundada suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”. Ora, a lei não define claramente a conduta que é considerada de “alto risco” e muito menos que conduta materializaria a expressão “fundada suspeita” deixando isso nas mãos do poder estatal, deixando claro o desrespeito ao princípio da legalidade.

Esse também é o entendimento de Bitencourt, quando comentou sobre a subjetividade que envolve o RDD usando as seguintes palavras:

Mais recentemente, a Lei n. 10.792/2003, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. A tipicidade legal exige que a norma contenha a descrição hipotética de comportamento proibido com alguma precisão, como forma de impedir o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma punição legal sem uma correspondente infração penal. É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” ou “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” (art. 52, §§ 1º e 2º), sem declinar que “tipo de conduta” poderia criar o referido “alto risco” ou caracterizar “suspeitas fundadas”, como sugere aquele diploma legal.⁴⁹

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41-42.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

2.3.2 Art. 5º, incisos III, da Constituição Federal de 1988

O art. 5º, inciso III da CF introduz um dos princípios mais importante do direito brasileiro, sendo ele o princípio da dignidade da pessoa humana. E mais, esse inciso determina a aplicação desse princípio à execução penal.

Tal princípio é um dos elementos que demonstram que o RDD, mesmo que seja uma medida disciplinar, é flagrantemente inconstitucional, tal conclusão pode ser extraída do ensinamento de Cezar Bitencourt sobre o princípio da dignidade da pessoa humana nos seguintes termos:

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade. Segundo Zaffaroni, 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.”⁵⁰

O Regime Disciplinar Diferenciado estabelece que o preso, submetido a esse regime, deve ficar isolado da massa carcerária, ficar recluso a sua cela por um período de 22 horas e ter um número restrito, ou seja, o condenado fica praticamente isolado, sendo excluído da sociedade e provocando a sua dessocialização.

O Brasil adotou o caráter dúplice da pena, ou seja, ela ao mesmo tempo deve ser uma retribuição ao mal causado pelo delinquente, mas, ao mesmo tempo, a pena deve buscar moldar e reintegrar o infrator ao convívio social, como fica bem claro no Art. 1º da LEP, nos seguintes termos: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

Dessa forma, o RDD se mostra tanto ilegal, pois vai de encontro ao que determina a própria lei de execução penal, quanto inconstitucional como explica Bitencourt:

Com efeito, o regime disciplinar diferenciado — instituído pela Lei nº 10.792/2003 viola o objetivo ressocializador do sentenciado, vigente na sociedade contemporânea desde o Iluminismo. A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu primeiro artigo, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal.⁵¹

O RDD, dessa forma, antes de ser inconstitucional, vai de encontra a Lei de Execução Penal, uma vez que apenas busca punir o delinquente e não adequá-lo às normas da sociedade.

2.3.3 Princípio da presunção de inocência

Nos primórdios do direito penal, a responsabilidade criminal era objetiva, ou seja, o indivíduo era responsabilizado pelo crime se o resultado de sua conduta fosse criminoso, independentemente da sua vontade de materializar o resultado criminoso.

Nos dias de hoje, a culpabilidade como elemento do crime surge, justamente, para evitar que a responsabilidade penal seja objetiva, como bem explica o Cezar Bitencourt:

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se; a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade, como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.⁵²

Tal princípio foi materializado pela Constituição Federal de 1988 No artigo 5º, inciso LVII assegura: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” E essa determinação que torna o RDD inconstitucional.

A responsabilidade penal, no Brasil, é subjetiva, ou seja, é preciso se provar a existência de dolo ou culpa para que seja atribuído um crime a um indivíduo. A LEP, em seu artigo 52, estabelece:

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 (...).

Ao se ler o artigo 52, é possível notar a clara inconstitucionalidade pelo desrespeito ao princípio da presunção de inocência, pois o indivíduo pode ser submetido ao RDD pelo mera suspeita, da “prática de fato previsto como crime doloso” sem que haja uma condenação, pois é ela que irá determinar a ocorrência a ocorrência de dolo ou culpa.

2.3.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito que pode ser extraído da leitura do Art. 5º, XLVI da CF 88, como explica o Guilherme de Souza Nucci:

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46.

A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. Fixa o art. 5º, XLVI, as seguintes penas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.⁵³

O princípio surge como um direito fundamental de primeira geração, ou seja, busca evitar que o Estado abuse do poder a ele atribuído, caracterizando um Estado de Direito, limitado pelas determinações legais, em substituição ao Estado autoritário. Tal característica pode ser baseada nos ensinamentos do professor Paulo Gonet Branco:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.⁵⁴

A proporcionalidade, ao ser aplicada sobre a pena, estabelece que a penalidade deve ser a justa e adequada retribuição ao crime cometido, nem mais nem menos. É o que explica Luís Régis Prado:

Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio — abstrato (legislador) e concreto (judicial) — entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada.⁵⁵

Diante disso, fica clara a inconstitucionalidade do RDD por desrespeitar o princípio constitucional implícito do Art. 5º, XLVI. A LEP, em seu artigo 58, estabelecia, até a lei 10.792\2003, que o isolamento de um preso não poderá passar de 30 dias, mas a alteração legal permitiu que o RDD determinasse um isolamento

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. 391. p.89.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 267.

⁵⁵ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 122

de 360 dias, prorrogáveis até 1/6 da pena aplicada, podendo inclusive ser aplicada em caso de nova falta grave. Dessa forma, a medida aplicada pelo RDD, cerca de 12 vezes superior à que era aplicada anteriormente, se torna desproporcional ao se constatar a elevada punição.

3. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA EXECUÇÃO PENAL

O fato do Regime Disciplinar Diferenciado possibilitar o indivíduo ser penalizado sem um julgamento, baseado apenas em suas condutas anteriores, e tratá-lo como um elemento a ser excluído da sociedade leva a conclusão de que o RDD é uma aplicação, no Brasil, do Direito Penal do Inimigo idealizado por Gunther Jakobs.

3.1 A pena para Gunther Jakobs

Gunther Jakobs entende que o Direito Penal é um ramo do direito composto por dois elementos: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão.

A sociedade, para Jakobs, seria composta por cidadãos e inimigos. E para cada um desses indivíduos, a pena teria uma função e um significado diferente.

Para o cidadão, a pena seria uma resposta à conduta não desejada pela sociedade e cujo objetivo seria o de reprimir essa conduta, segundo explica o Juarez Cirino dos Santos:

(...) a pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir.⁵⁶

Para o inimigo, a pena seria convertida em uma medida de segurança voltada não só para a repressão da conduta, mas também para a prevenção de condutas criminosas, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

(...) a pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir.⁵⁷

⁵⁶ SANTOS, Juarez Ciro dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.02.

⁵⁷ SANTOS, Juarez Ciro dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual.** Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.02.

3.2 O cidadão e o inimigo de Jakobs

Rousseau entendia que todos autores de crimes seriam inimigos da sociedade, mas Günther entendia que autores de crimes seria um gênero que possui como espécies os criminosos e os inimigos, aspecto importante e destacado por Juarez:

(...) JAKOBS, contudo, não classifica como inimigos todos os autores de crimes: declara preferir as ideias mais moderadas de KANT e de HOBBS, que distinguiriam entre *criminosos* e *inimigos*, permitindo classificar os criminosos em (a) autores de fatos normais (punidos como *cidadãos*) e (b) autores de fatos de alta tração (punidos como *inimigos*).⁵⁸

Cidadão, para Günther Jakobs, seria aquele indivíduo praticaria crimes comuns que materializam condutas indesejáveis pela sociedade, mas que não colocariam a existência da sociedade em risco. Assim, ele poderia ser titular de direitos, uma vez que poderia ser regido pelas regras da sociedade.

O inimigo seria um delinquente que cometeria crimes que colocariam em risco a existência da comunidade, uma vez que o seu objetivo seria aniquilar a sociedade, não sendo assim capaz de respeitar os limites impostos pela sociedade, justificando a perda da titularidade de direitos. Juarez Cirino dos Santos leciona nesse sentido

a) o cidadão é autor de crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social; b) o inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.⁵⁹

⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.05.

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.05.

3.3 O sistema penal e o sistema processual penal

O Günther Jakobs propõe um tratamento diferenciado aos criminosos cidadãos e os inimigos da sociedade, tanto na esfera do Direito Penal material quanto na esfera do Direito Processual Penal, sendo chamado de duplo sistema de imputação.

No diz respeito à punição no direito material, o criminoso cidadão seria punido pelo fato criminoso por ele praticado (direito penal do fato), em quanto que o inimigo do Estado, buscando aplicar a visão da coação preventiva, seria alvo de uma medida de segurança (não uma pena) pela alta probabilidade, devido a suas características pessoais, de vir a praticar uma ação que colocaria em risco a existência da comunidade (direito penal do autor). Como se pode concluir dos dizeres abaixo

(...) o sistema penal seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado de autores definidos como cidadãos, por um lado, e por um Direito Penal preventivo da medida de segurança pelo perigo de fato futuro de autores definidos como inimigos(...).⁶⁰

Já quanto ao procedimento, tratado pelo direito processual, também haveria um tratamento diferenciado entre as duas diferentes classes de criminosos.

Ao cidadão criminoso, seriam mantidas a garantidas do devido processo legal, caracterizando o processo acusatório,

No que tange ao inimigo, deferentemente, seria aplicado o rito do processo inquisitório, marcado pela supressão da garantia constitucional do devido processo legal (presunção de inocência, ampla defesa etc.), devido ao fato de Jakobs considerar que esse rito seria aplicado em uma circunstância de guerra em que se procuraria defender a sociedade. Nos termos de Juarez Ciro dos Santos:

(...) o sistema processual penal seria cindido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o cidadão, acusado com as garantias constitucionais do processo legal devido (ampla defesa,

⁶⁰ SANTOS, Juarez Ciro dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.10-11.

presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado.⁶¹

Nesse momento é importante destacar importante crítica feita pelo jurista quanto ao sistema de formal de Günther Jakobs

A tese da desigualdade formal perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na desigualdade real da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a igualdade formal de uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo – precisamente o que JAKOBS rejeita. Entre outros problemas da proposta, teríamos o seguinte: quando o Estado Democrático de Direito precisa ser instituído ou desenvolvido na América Latina e no Terceiro Mundo – ou consolidado nos países centrais do sistema político-econômico globalizado –, a proposta do direito penal do inimigo promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo.⁶²

Dessa forma, o tratamento desigual seria uma afronta aos ideais que surgiram com a revolução francesa de 1798.

3.4 Direito penal do Fato e Direito Penal do Autor

A classificação do indivíduo em cidadão e criminoso se embasa, segundo Günther Jakobs, na sua personalidade, se o indivíduo desobedece uma determinação legal, mas se existe na sua personalidade uma probabilidade de respeito às regras da sociedade, uma vez que seus crimes não buscam colocar em risco a sua existência, ele tem uma personalidade de cidadão, ou seja, ele é considerado como um membro da sociedade.

⁶¹ SANTOS, Juarez Ciro dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.11.

⁶² SANTOS, Juarez Ciro dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.12.

Caso o criminoso, tenha um histórico de crimes severos que colocaram em risco a sociedade, ele é considerado um excluído, um inimigo da sociedade, justificam a retirada da titularidade de direito da pessoa, ou seja, o inimigo é punido pela sua reputação e não pelo fato criminoso.

Sobre esse assunto, o professor Souza leciona:

A divisão da clientela do sistema penal na dicotomia cidadão/inimigo funda-se no conceito de personalidade, como indicado: na linguagem de JAKOBS, sujeitos com comportamentos contra-fáticos eventuais, mas capazes de satisfação das expectativas normativas, teriam personalidade de cidadãos; sujeitos incapazes de satisfação das expectativas normativas teriam personalidade de inimigos, perdendo o atributo humano de pessoa (ou sujeito de direitos) e justificando o tratamento processual como inimigo, um animal objeto de extermínio pela guerra¹⁹. Em outras palavras, JAKOBS apresenta a criminalidade econômica, sexual, organizada ou terrorista como argumentos para negar o direito penal do fato e, no lugar dele, reinstaurar um direito penal do autor, mediante a noção de personalidade criminosa que identificaria o caráter do inimigo em Direito Penal (...).⁶³

Diante disso, é que se interpreta que o criminalista alemão desenvolve o direito penal do autor, ou seja, o indivíduo é punido não pelo ato realizado, mas pela personalidade que possui, fundamentada no histórico dos atos por ele praticado. É preciso lembrar que o que se tem empregado é o chamado direito penal do fato, em que o criminoso é punido pelo fato antijurídico por ele praticado, sendo a personalidade atuante, apesar de muitos autores defenderem a sua inconstitucionalidade por ser uma outra forma de se aplicar o direito penal do autor, na dosimetria da pena.

3.5 O RDD e o Direito Penal do inimigo

O regime disciplinar diferenciado pode ser visto como uma clara introdução e aplicação do direito penal do inimigo ao ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo na lei de execução penal a punição pela característica do autor e não pelo ato antijurídico por ele praticado. Assim, o indivíduo não tem direito a um devido processo legal, sendo-lhe aplicado uma pena sem julgamento e fruto do histórico

⁶³ SANTOS, Juarez Ciro dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016. p.13-14.

criminal que ela possua, sendo jogado em uma jaula e tratado como um mero animal e não como cidadão.

Levando em consideração que o direito penal do inimigo torna o indivíduo uma coisa ou animal, uma vez que ele não é mais sujeito de direito, está-se indo de encontro ao princípio da humanidade aplicado ao direito brasileiro, como expõe Guilherme de Souza Nucci

Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: a) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão dos casos feita no Código Penal Militar); b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e morai do preso (art. 5º, XLDC).⁶⁴

O Brasil adotou claramente o Direito Penal do Fato e não o Direito Penal do autor uma vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, sendo esse tipo de Estado caracterizado pela exclusão do direito penal do autor, nos dizeres de Bitencourt "(...) o regime disciplinar diferenciado, própria de um direito penal de autor, proscrito nos Estados Democráticos de Direito."⁶⁵

Mas a adoção do RDD traz um retrocesso as conquistas humanitárias feitas nos últimos séculos, tentando introduzir o direito penal do autor, como explica Bitencourt

Com efeito, à luz do novo diploma legal, percebe-se que às instâncias de controle não importa o que se faz (direito penal do fato), mas sim quem faz (direito penal de autor). Em outros termos, não se pune pela prática de fato determinado, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal de autor. Nesse sentido, merece ser destacada a percuciente lição de Paulo César Busato, *in verbis*: "... o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam,

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. 391. p.85.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 544.

isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal do fato por um modelo de Direito penal de autor”.⁶⁶

Em síntese, quando se aplica o regime disciplinar diferenciado a um preso, baseado em meras suposições, sem a aplicação de um devido processo legal e das demais garantias constitucionais, está-se aplicando no Estado Democrático de Direito brasileiro o Direito Penal do Inimigo, pois o delinquente está sendo punido pela sua reputação e não pelo ato que tenha praticado.

3.6 O Direito Penal do inimigo e o Princípio da Ressocialização da Pena

A lei de execução penal estabelece que um objetivo importante da pena não é só retribuir o mal causado, mas de reintegrar o condenado a sociedade, como se observa no artigo primeiro da lei “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Dessa forma, busca-se fazer com a pena seja um instrumento modelador do novo caráter do indivíduo de forma a fazer com que as regras da sociedade sejam incorporadas e respeitadas pelo apenado.

Schimdt observa que:

O fundamento ressocializador da pena deve restar legitimado, obrigatoriamente, sobre um válido interesse estatal (em nome da sociedade) de tentar a recuperação de alguém ainda que contra a sua vontade. Afirmar-se que a sanção penal deve reeducar – ao menos nos termos de nossa Lei de Execução Penal - requer a admissão de que o Estado, quase que como um pai em relação ao filho, possa impor ao condenado uma moral social que se reputa correta. Nesse sentido é que a defesa social autoriza a imposição cogente, ao apenado, de valores sociais positivos apresentados

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 543.

como *conditio sine qua non* para um convívio “digno” em sociedade.⁶⁷

É importante destacar que a lei de execução penal, assim como todas as leis de um Estado regido por uma lei maior, deve seguir as determinações constitucionais e dessa forma respeitar as garantias por ela materializada. Dessa forma, o poder do Estado de ressocializar o interno deve ser limitado, ou seja, a ressocialização deve ser espontânea e não imposta.

O RDD não cumpre com a determinação imposta pela própria lei, uma vez que ele não busca reinserir o preso na sociedade, além de ser uma afronta aos direitos e garantias constitucionais. A reforma da LEP, materializada pelo RDD, busca, na verdade, esconder a falha das autoridades em garantir os direitos constitucionais do preso como aponta Bitencourt

(...) a reforma da Lei de Execução Penal, não pretendia tornar exequíveis os preceitos contidos na lei a ser alterada e modernizá-los, como alguns incautos imaginavam, mas, ao contrário, desejava, ardorosamente, suprimir determinados direitos e garantias, que a linguagem oficial chama de “benefícios penitenciários”, ou seja, era uma reforma para piorá-la, pois, assim, o Poder Público não seria mais criticado por descumprir os direitos do cidadão condenado, parodiando a velha parábola evangélica, segundo a qual “se Maomé não vai à montanha, a montanha vai a Maomé!”. Em outros termos, ao invés de o governo melhorar a sua política penitenciária, para adequar-se aos preceitos legais — muitos deles inclusive insculpidos na própria Carta Magna —, adota a posição inversa: já que não pode ou não quer atender a tais mandamentos, simplifica tudo: não mudar a política penitenciária para atender às previsões da Lei de Execução Penal, mas muda referida lei — piorando-a, isto é, suprimindo aqueles preceitos que já vinha descumprindo — para, assim, adequá-la à sua péssima administração penitenciária, caótica, desumana e altamente criminógena, ou seja, uma verdadeira fábrica produtora de delinquentes.⁶⁸

Em resumo, é claro que a aplicação do regime disciplinar diferenciado não busca materializar a determinação legal de se reintegrar o condenado à sociedade,

⁶⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 209.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 541.

o objetivo é evitar a saída do preso, trancando-o na cela e jogando a chave fora, como se pode concluir do ensinamento de Schimdt

A conclusão possível, se se analisar o objetivo do RDD, é notória: reduzir ao máximo as possibilidades de saída do sistema carcerário – restrição do output. Logo, se o sistema progressivo da pena, ao menos no aspecto ideal, foi edificado em nome da perspectiva da reabilitação, o sistema que se inaugura com o RDD fixa claramente a noção de inabilitação. A propósito, não há nada mais inabilitador do que a rigorosa submissão às técnicas de deterioração físico-psíquica engendradas pelo modelo previsto no RDD, no qual a cela do isolamento celular assume a nítida feição de sepulcro.⁶⁹

O preso é visto como um inimigo a ser excluído, segundo o RDD, o que materializa, assim, o direito penal do inimigo na lei de execução penal brasileira.

⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 281.

CONCLUSÃO

A medida disciplinar, RDD, veio com o objetivo de sanar as graves falhas que permeiam o sistema prisional brasileiro, agravadas ainda mais pela administração ineficiente das autoridades públicas, que acabaram por perpetuar as condições desumanas e inconstitucionais dos apenados.

O regime disciplinar diferenciado nada mais é do que a continuidade do desrespeito à constituição e à condição humana. Na busca de evitar que a prisão não impedisse o criminoso de continuar as suas atividades ilícitas, a administração pública estabeleceu um regime maculado pelo desrespeito à constituição, desrespeitando a condição de pessoa de seu objeto. O Estado, se utilizando do ensinamento de Nicolau Maquiavel, estabelecido em seu livro “O Príncipe”, que leciona que qualquer meio seria aceitável para se alcançar um determinado fim, buscou dar uma resposta à sociedade que cobrava uma atitude diante da anarquia e insegurança que se instaurou no país, devido a ações criminosas praticadas pelo crime organizado, mais precisamente o PCC, no mais rico estado da federação brasileira.

A medida disciplinar diferenciada possui vícios que se chocam desde determinações legais, estabelecidas na LEP, até preceitos constitucionais, como o princípio da legalidade, que uma clara consequência do Estado de Direito, estabelecendo que o indivíduo só estaria proibido de fazer algo se a lei assim determinasse. Fato esse que não é abarcado pela lei 10.792 de 2003, uma vez que é permeada por expressões de caráter subjetivo, acabando com a moldura normativa da lei que impede que seus intérpretes, como os juízes, cometam abusos e barbáries contra qualquer cidadão, seja ele preso ou não.

Um outro aspecto que pode ser levantado é desrespeito ao princípio penal, e constitucional, da presunção de inocência em que uma pessoa não poderia ser apenada diante de uma mera suspeita de conduta criminosa. Tal regime permite que, mesmo na ausência de uma sentença penal, o preso possa ser alvo de uma penalidade mais gravosa, baseada em uma simples suspeita.

A própria execução do regime se revela desumana, uma vez que o suspeito é isolado da massa carcerária e com direito a somente suas horas de banho de sol, situação que pode causar danos psíquicos severos.

A ressocialização, ou seja, a procura pela reintegração do condenado à sociedade é outra finalidade, determinada pela LEP, desrespeitada pelo RDD, pois como é possível a reintegração por meio do isolamento? Assim, o regime disciplinar diferenciado não obedece a determinação legal da pena como sendo também um instrumento ressocializador.

Dessa forma, pode-se concluir que o regime mais severo de cumprimento de pena, chamado de RDD, faz com que o preso seja visto como um inimigo da civilização a ser eliminado. Isso é um atraso para o sistema penal brasileiro, uma vez que o objetivo da reintegração é extinto para dar lugar a uma medida cruel que busca saciar a sede de vingança da sociedade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Alexandre dos Santos *et alii*. **Reincidência Criminal no Brasil**. IPEA, Rio de Janeiro, 2015. In: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, arts, 1º a 120 do CP**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: fevereiro 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal.** In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.