

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - UERN
CAMPUS DE NATAL - CURSO DE DIREITO

HÉLCIO LEAL NOVAES

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE
FRENTE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

NATAL

2016

HÉLCIO LEAL NOVAES

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE
FRENTE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Esp. Carla Maria Fernandes Brito Barros.

NATAL - RN
2016

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Novaes, Hécio Leal

O regime disciplinar diferenciado e sua inconstitucionalidade frente ao direito penal brasileiro. / Hécio Leal Novaes. - Natal/RN, 2016.

75 p.

Orientador(a): Profa. Esp. Carla Maria Fernandes Brito Barros

Monografia (Bacharel em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1. Regime Disciplinar Diferenciado – Inconstitucionalidade.
2. Garantismo Penal. 3. Direito Penal do Inimigo. I. Brito, Carla Maria Fernandes. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.
- III. Título.

UERN / BC

CDD 340

HÉLCIO LEAL NOVAES

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE
FRENTE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte – UERN –
como requisito obrigatório para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professora Esp. Carla Maria Fernandes Brito Barros
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Professor Me. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Professor Ma. Cláudia Vechi Torres
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

A Deus, fonte de luz e inspiração.

Aos meus familiares e amigos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, inspiração, força e luz que me guiou ao longo de toda a caminhada.

Ao meu filho Daniel Gomes Leal Novaes, pelo amor e carinho, demonstrado nos muitos momentos que estivemos juntos, servindo de inspiração para seguir em frente nos momentos de dificuldade e acreditar na força de um sonho.

Ao meu avô materno, Antônio Rosa Leal, sertanejo forte, guerreiro e trabalhador que em toda uma vida lutou contra todas as dificuldades decorrentes dos problemas climáticos do sertão pernambucano para criar 13 filhos e alguns netos, dos quais sou dos netos. Seu exemplo como homem de caráter, honrado e a forma como sempre honrou seus compromissos, foram fatores determinantes para a formação de meu caráter. O que sou devo ao seu exemplo e história de vida.

Em especial, a professora Carla Maria Fernandes Brito Barros, que me orientou, me acompanhando, estimulando e participando de cada etapa da construção deste trabalho. E mais, despertando em mim o amor pelo Direito Penal, fruto de suas valorosas aulas, cuidadosamente preparadas e ministradas com grande entusiasmo, resultando na produção de grande estímulo em seus alunos por esse importante ramo do direito.

Ao amigo Natércio Rocha de Souza, pelas orientações e muitas horas de estudos partilhadas e também ao meu amigo Gabriel Romualdo Santos, aluno brilhante e que tive o privilégio de dividir o espaço em sala de aula desde o 3º período do curso e por quem tenho grande admiração e respeito. Por toda ajuda prestada no decorrer do curso, meus mais sinceros agradecimentos.

Todo indivíduo normal, que cresce como membro da comunhão civil e vai natural e gradativamente aperfeiçoando seu espírito ao clima ético circundante, aos imperativos da moral prática que o solicitam desde a infância, tem, de regra, a clara intuição do que deve evitar para não se pôr em antítese com o escopo social de coordenação e coadaptação das atividades em comum.

Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal (1977)

Código Penal (1977)

RESUMO

Os criadores do Regime Disciplinar Diferenciado tinham como objetivo o isolamento dos líderes das facções criminosas que exerciam controle dos presídios no Brasil, desarticulando, dessa forma, as ações dessas dentro e fora dos estabelecimentos penitenciários. Trata-se de uma sanção administrativa criada com a pretensão de estimular a disciplina, no âmbito interno dos presídios, coibindo o cometimento de faltas disciplinares de natureza grave no curso da execução penal. Entretanto, passados 14 anos desde sua criação, o Regime Disciplinar Diferenciado nunca alcançou o objetivo que seus idealizadores tinham em mente. As facções criminosas ao invés de controladas ou mesmo extintas, rapidamente se estenderam pelos presídios de todo o país, controlando o tráfico de drogas, orquestrando rebeliões e comandando ataques a agentes de segurança pública, queimando transportes públicos sob ordens que partem das lideranças das facções de dentro dos presídios. Cabe salientar que, além de todos esses problemas relacionados à questão da sua eficácia, a referida sanção disciplinar ainda é alvo de intenso debate no mundo jurídico, no que toca a sua constitucionalidade. Há doutrinadores que defendem sua legitimidade, constitucionalidade de sua aplicação, com base no interesse público existente na necessidade de pacificar a execução penal. Por outro lado, grande parte da doutrina o condena por entendê-lo violador de vários princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da presunção de não culpabilidade, da individualização da pena e, bem assim, por contrariar as bases da responsabilidade penal no sistema clássico que se pauta na conduta, no evento ilícito – direito penal do fato – e repudia as sanções fundadas em características pessoais – direito penal do autor/inimigo -. O trabalho objetiva examinar a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado frente ao Direito Penal brasileiro e para tanto, com supedâneo no método dedutivo e a partir da pesquisa doutrinária bibliográfica e jurisprudencial, tenciona demonstrar a inadequação jurídica do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado. Inconstitucionalidade. Garantismo Penal. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT

The creators of the Differentiated Disciplinary Regime were aimed at the isolation of the leaders of criminal gangs who held control of prisons in Brazil, disrupting thus the actions of those in and out of prisons. This is an administrative penalty created with the intention of stimulating the discipline provisions within the prisons, curbing the commission of disciplinary offenses of a serious nature in the course of criminal enforcement. However, after 14 years since its inception, the Differentiated Disciplinary Regime never reached the goal that its creators had in mind. The criminal gangs rather than controlled or extinguished quickly spread by prisons across the country, controlling drug trafficking, orchestrating riots and commanding attacks on law enforcement officials, burning public transport under orders to leave the leaders of factions inside the prisons. It should be noted that in addition to all these problems related to the question of its effectiveness, that disciplinary action is still subject of intense debate in the legal world, as regards its constitutionality. There are scholars who defend their legitimacy, constitutionality of its application, based on the existing public interest in the need to pacify the criminal enforcement. On the other hand, much of the doctrine condemns by understanding it violates several constitutional principles such as the dignity of the human person, the presumption of not guilty, the individualization of punishment and, also, by counteracting the basis for criminal liability in classical system that is guided in the conduct, the unlawful event - criminal law of the fact - and repudiates the sanctions based on personal characteristics - criminal law of the author / enemy -. The objective of this study is to examine the constitutionality of the Differentiated Disciplinary Regime in relation to Brazilian Criminal Law and, for this purpose, with a view to the deductive method and from the bibliographical and jurisprudential doctrinal research, intends to demonstrate the legal inadequacy of this institute in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Differentiated Disciplinary Regime. Unconstitutionality. Criminal guaranteeism. Criminal Law of the Enemy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPB	Código Penal Brasileiro
DPI	Direito Penal do Inimigo
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
LEP	Lei de Execução Penal
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
RMTP	Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	ASPECTOS HISTÓRICOS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO ORDENAMENTO NACIONAL.....	14
3	A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FRENTE AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	31
3.1	ORIGEM DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SEU PROCESSO HISTÓRICO.....	34
3.2	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO EM COLISÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	40
4	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	49
4.1	DISTINÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL DO FATO X DIREITO PENAL DO AUTOR	51
4.2	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO ENQUANTO PRODUTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	58
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
6	REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou, como não poderia deixar de ser, profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no Direito Público quanto no Privado, repercutindo, inclusive, no âmbito da execução penal, especialmente, por ter entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, e entre seus princípios expressos, a individualização da pena.

Ocorre que, mesmo antes do advento do atual texto constitucional, ainda no ano de 1984, foi criada lei nº 7.210 que veio a regular a execução das penas no país, com o objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, bem como proporcionar condições para a reintegração social do condenado e do internado.

Todavia, em sentido oposto a previsão da Constituição Cidadã de 1988, ao Estado Democrático de Direito e a própria Lei de Execução Penal, surge alguns anos mais tarde, o Regime Disciplinar Diferenciado, que se apresenta como uma expressão do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento, na medida em que confere tratamento juridicamente excepcional e gravoso a determinados custodiados em certas situações, com fundamentos alheios ao direito penal do fato.

A criação do referido regime foi, na verdade, uma resposta ao cenário de violência presente dentro e fora dos presídios brasileiros, como forma de garantir uma repressão mais efetiva, ainda que rompendo com a ordem constitucional.

Isso porque, sendo o Direito Penal brasileiro de essência garantista - fundado nos princípios e garantias previstos na Constituição de 1988, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana - não se coaduna com o Direito Penal do inimigo, enquanto espécie do gênero Direito Penal do Autor, que defende a supressão de garantias e princípios processuais e penais em relação a determinado grupo social, visando à utilização de qualquer meio no combate aos "inimigos do Estado".

Nessa perspectiva, dois seriam os direitos penais e processuais penais dentro de um mesmo ordenamento: um que disciplinaria e reprimiria o cidadão, sendo respeitadas todas as garantias penais e processuais, valendo na integralidade o devido processo legal. E o outro, o do inimigo, em que este seria tratado como fonte de perigo e não como sujeito de direitos.

Em outras palavras, o Direito Penal do cidadão é um direito de todos, ao

passo que o Direito Penal do inimigo é destinado aos “inimigos” do estado.

O trabalho é justificado pela inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado e as consequências danosas que tal diploma normativo, uma vez incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, pode produzir. A ameaça decorrente da relativização de garantias por leis como essa não reside tão somente em seu texto legal, mas, sobretudo, no fato de vir a representar uma tendência, uma ameaça de algo ainda mais danoso.

Assim sendo, a presente monografia tem como objetivo analisar o Regime Disciplinar Diferenciado e sua inconstitucionalidade frente ao Direito Penal brasileiro, incluindo-se aí alguns tratados de direitos humanos, a exemplo das Regras Mínimas Para Tratamento de Prisioneiros da organização das Nações unidas (ONU), a fim de demonstrar a grave violação de garantias fundamentais que ele representa e os problemas que acarreta para os presos, em especial, no que toca à finalidade ressocializadora da pena.

Da mesma forma, busca-se apontar a relação existente entre o Regime Disciplinar Diferenciado e a Tese do Direito Penal do inimigo, do jurista alemão Günter Jakobs, em razão, não apenas das violações supracitadas, mas especialmente, por sê-las aplicadas sob fundamentos contrários ao Direito Penal do Fato.

Para o alcance dos objetivos estipulados utilizou-se os métodos dialético e dedutivo, buscando-se a comprovação da problemática. Assim sendo, a metodologia aplicada promoveu a análise da doutrina, jurisprudência, legislação, leituras de artigos e dissertações de mestrado, bem como a busca em sítios eletrônicos.

O primeiro capítulo abordará os aspectos históricos do Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento nacional, partindo de sua origem através da Resolução SAP-26 no estado de São Paulo, editada pela Secretaria da Administração Penitenciária do estado de São Paulo, apontando ainda a evolução da pena no decorrer da história, que culminou com a criação dos sistemas penitenciários em substituição às penas de suplício, demonstrando a importância da disciplina do detento para a obtenção da progressão de regime, bem como as diversas espécies de sanção disciplinar presente na Lei de Execução Penal.

Posteriormente, no segundo capítulo, será tratado o problema da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, da forma como disciplinado presente no artigo 52 da Lei de Execução Penal- Lei nº 7.210/84,

partindo Constituição Federal de 1988 e falando sobre o confronto entre a Lei 10.792 que criou o Regime Disciplinar Diferenciado, evidenciando os princípios que são violados pelo referido diploma normativo. No primeiro momento, abordaremos o princípio da individualização da pena, tratando também dos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da responsabilidade pessoal, da igualdade e por fim, aquele que é basilar a todo o direito constitucional, o princípio da humanidade.

No terceiro capítulo, relaciona-se diretamente o Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do inimigo, pela disciplina legal e estrutural de privação de Direitos Fundamentais aos custodiados inimigos do Estado, verificando-se as consequências da presença do instituto do referido Direito Penal e os problemas provenientes de sua aplicação, refletidos na impossibilidade de sucesso na ressocialização do preso, bem como os danos decorrentes da medida.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO ORDENAMENTO NACIONAL

A busca do homem, para atender às suas necessidades mais básicas, conquistas e anseios, fez com que este vivesse sempre em estado de associação. No entanto, desde os tempos mais longínquos, já havia a violação das regras de convivência social, tornando a aplicação de uma punição indispensável. A sanção imposta era fruto da crença de que, assim, estariam aplacando a ira dos deuses, a qual consistia, geralmente, na expulsão do infrator de sua comunidade.

Os povos, nesse período, acreditavam em forças sobrenaturais, ligadas a fenômenos da natureza, cujo vínculo da comunidade era dado pelo totem (planta ou objeto que servia como símbolo de um grupo social, o clã). A doutrina aponta uma divisão que representada por três fases: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Em um primeiro momento, ocorre a chamada vingança privada, enquanto método de reação da comunidade ao infrator. Nesse período, não havia nenhuma espécie de administração, voltado à Justiça, bem como ao próprio Estado. A inexistência de regras à época concorria para que a punição infligida ao infrator não guardasse qualquer adequação ao crime praticado por este.

Nisso, afirma Bittencourt:¹ “[...] a pena em sua origem distante representa o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente *desproporcional*, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça”.

No mesmo sentido, aduz Noronha²:

Como se observa nas espécies inferiores, a reação à agressão devia ser a regra. A princípio reação do indivíduo contra indivíduo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, já o conglomerado social colocar-se ao lado destes, consolidando-se a vingança privada, pois até aí, a reação era puramente pessoal, sem a intervenção ou auxílio de estranhos.

Em virtude da falta de proporção na vingança, em que a punição poderia ser aplicada a qualquer parente do ofensor, gerava-se uma contrarreação, levando a um círculo vicioso, resultando, muitas vezes, no extermínio clãs.

¹ BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.139.

² NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

Esses acontecimentos conduziram a sociedade da época a perceber o perigo que esse tipo de vingança oferecia, uma vez que punha em risco à existência da própria sociedade, em razão da desproporcionalidade da vingança. Surge então o Código de Talião³ enquanto instrumento repressivo, delimitador da vingança.

Nas lições de Bittencourt⁴:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a *lei de talião*, determinando a reação proporcional ao mal praticado: *olho por olho, dente por dente*. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. A *lei de talião* foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos). No entanto, com o passar do tempo, como o número de infratores era grande, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função, que o Direito talional propiciava. Assim, evoluiu-se para a *composição*, sistema através do qual o infrator *comprava* a sua liberdade, livrando-se do castigo.

A pena passa por um processo evolucionário, chegando à fase denominada como vingança divina que, decorre da capacidade de impor normas de conduta aos homens e sendo resultado da grande influência exercida pela religião na vida dos povos.

A repressão é então caracterizada pela satisfação dos deuses, as divindades. A punição e o grau de crueldade se davam em virtude da grandeza do Deus que era ofendido e como forma de purgar a alma do “criminoso”.

Acerca desse período insta trazer a lição de Mirabete⁵:

³ Talião: Do latim talio, taliones. Pena que consiste em aplicar, ao delinquente, um castigo rigorosamente proporcional ao dano que causou. Desse modo ao ladrão, cortavam-se as mãos, foi característica principal do Código do rei Hamurabi da Babilônia. Com os hebreus, a Bíblia narra no capítulo XXIII, versículos 23 a25 do livro do Êxodo que a pena deve ser assim: Mas, se houver morte, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, golpe por golpe. É tida como o primeiro passo na contínua tentativa de evoluir no sentido de humanização das penas, pois com ele surge a ideia de proporcionalidade, e notadamente de retribuição, caráter indelével da pena até hoje. SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

⁴ BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 141.

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. ed. 17. São Paulo: Atlas, 2001. p.16.

A fase da vingança divina deve-se à influência decisiva da religião na vida dos povos antigos. O Direito Penal impregnou-se de sentido místico desde seus primórdios, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social. O castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicado pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação. Legislação típica dessa fase é o Código de Manu, mas esses princípios foram adotados na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livros das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel (Pentateuco).

Com a maior evolução social e organização estatal, geradas por adaptações ao longo do tempo, cada povo - conforme o alcance da hegemonia militar, política ou econômica no cenário internacional - impõe sua cultura, com a influência de outros povos, propiciando uma transição da vingança divina à vingança pública.

Embora os gregos se inspirassem no sentimento religioso para caracterizar o crime e a pena, foi através de seus filósofos que lograram romper o elo com a divindade, conforme Bittencourt⁶. Nesse mesmo sentido afirma Noronha⁷: “[...] seus filósofos e pensadores haveriam de influir na concepção do crime e da pena. A ideia de culpabilidade, através do livre arbítrio de Aristóteles, deveria apresentar-se no campo jurídico, após firmar-se no terreno filosófico e ético”.

Em Roma, a pena também passa por um processo evolutivo. De acordo com Noronha⁸, essa teve também caráter religioso, em especial no período da realeza. A vingança que num primeiro momento era entregue ao ofendido, dá lugar posteriormente à vingança pública. Os romanos se distinguem de outros povos ao definir propósito, ímpeto, o acaso, erro, culpa leve e lata e dolo simples e *dolus malus*.

Nessa fase, o Estado seria o ente a ser garantido, representado pelos soberanos, mantendo seu poder sobre os cidadãos e baseando-se em penas desumanas, rigorosas, e corporais, para servir de exemplo aos futuros infratores e fortalecer o Estado, este legitimado para a aplicação da pena. Assim afirma Mirabete⁹:

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da vingança pública. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se a segurança do

⁶ BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 141-142.

⁷ NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 22.

⁸ *Ibidem*. p. 22.

⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. op. cit. p. 36.

príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência em sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma com a aplicação da Lei das XII Tábuas. Em fase posterior, porém, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual, em positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais.

Prosseguindo com a evolução histórica da pena e do próprio direito penal, Bittencourt¹⁰ destaca o Direito Germânico como não escrito e caracteristicamente consuetudinário. Era concebido como ordem de paz, cuja transgressão dessa ordem representava o rompimento daquela. Pelo cometimento de um crime público, qualquer um estava autorizado a matar o agressor.

Assim, Noronha¹¹ destaca: “Característico ainda das leis bárbaras é o relevo do elemento objetivo do crime. Não há grande preocupação com a culpa (sentido amplo), ou com o elemento subjetivo do delinquente; decide o dano material causado”.

Sob a forte influência do Cristianismo, que se estendeu pela Europa, o Direito Penal sofre também sua influência. Bittencourt¹² destaca o ingresso do Cristianismo na monarquia franca no em 496 d.C. Segundo o autor, O Direito Canônico teve caráter disciplinar, no qual a jurisdição eclesiástica se dividia em crimes em razão da matéria e em razão da pessoa. Afirma que este contribuiu sobremaneira para o surgimento da pena de prisão em razão das penitências.

Acerca do período medieval e suas práticas, são imprescindíveis as lições de Mirabete¹³:

No período medieval, as práticas penais entrelaçaram-se e influenciaram-se reciprocamente nos direitos romano, canônico e bárbaro. O Direito Penal, pródigo na cominação da pena de morte, executada pelas formas mais cruéis (fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento etc.), visava especificamente à intimidação. As sanções penais eram desiguais, dependendo da condição social e política do réu, sendo comuns o confisco, a mutilação, os açoites, a tortura e as penas infamantes. Proscrito o sistema de composição, o caráter público do Direito Penal é exclusivo, sendo exercido em defesa do Estado e da religião. O arbítrio judiciário, todavia,

¹⁰ BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 148-149.

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 23.

¹² BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 151.

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. op. cit. p. 18

cria em torno da justiça penal uma atmosfera de incerteza, insegurança e verdadeiro terror.

O suplício¹⁴, espécie de espetáculo público, ocorria em praça pública, onde o condenado era submetido ao flagelo, dor, tortura e tratamento degradante, possível apenas pelo fato de a sociedade da época ainda viver sob o domínio absoluto do rei, auxiliado pela Igreja, o que resultava nas mais variadas formas de aplicação do suplício. Acerca de tal sanção, explica Foucault¹⁵:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes graves, a ser arrebetados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados, outros a serem arrebetados até a morte natural, outros a serem estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados depois de estrangulados, outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outro a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim ter a cabeça quebrada.

Na Idade Moderna, as penas cruéis, tônica na sociedade da época, entram em declínio em razão do fim do Absolutismo e da ascensão dos ideais do Iluminismo¹⁶, os quais serviram de base para a racionalização e caráter humanitário da pena, caracterizando o denominado período humanitário¹⁷ da pena, fazendo a sociedade europeia se conscientizar da relevância de uma justiça penal humanitária.

A partir do Iluminismo ocorre, então, o predomínio da racionalização e humanização das penas, resultando em uma forma mais eficaz da defesa do homem

¹⁴ Suplício. Severa punição corporal ordenada por sentença de justiça; sevícia, tortura. Pena de morte. A execução dessa pena. Dor intensa, violenta ou prolongada no corpo. Sofrimento lancinante causado em um ser humano por crueldade ou com a finalidade de obter confissões ou revelações de crimes, praticados ou não pela pessoa; grande tortura, tormento: “E, mesmo que o prendessem e o pusessem sob os piores suplícios, não iria contar coisa nenhuma, morreria calado, não tinha medo de dor” (JU). Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=Suplicio>> Acesso em: 27 de ago, 2016.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p.30.

¹⁶ Iluminismo: Movimento cultural do século XVIII da Europa, que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade, combatia o conhecimento medieval, bem como o poder Absolutista dos reis. COTRIM, Gilberto. **História Global**. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 266.

¹⁷ Período humanitário da pena: período no qual tem o predomínio do Iluminismo embasado na razão que procura rechaçar as penas de suplícios, propiciando o surgimento das Escolas Penais que posteriormente culminou com os princípios que visam a recuperação do apenado. MIRABETE, Júlio Fabbrini. op. cit. 38-42.

contra o arbítrio do Estado e até da própria sociedade. O movimento iluminista acabou influenciando o Marquês de Beccaria a escrever seu célebre livro “*Dos Delitos e das Penas*”, que propunha a humanização das penas, acarretando na revisão no sistema político e penal do momento histórico, assim como, na abolição do suplício e aceitação da prisão enquanto pena.

Nesse contexto, o isolamento dos clérigos faltosos em suas celas, como forma de meditação, é tomado como inspiração para uma mudança possibilitada pela racionalização do período, operando-se uma transcendência da pena do corpo para o espírito. Tal aspecto foi referência para a construção de prisões para os criminosos, no intuito de retirá-los do convívio em sociedade.

O período humanitário da pena - tendo no Iluminismo, Voltaire, Montesquieu e Rousseau como seus maiores representantes - fez fortes críticas aos excessos da legislação penal, pregando a proporcionalidade desta ao crime praticado, levando em consideração as circunstâncias pessoais do delinquente, grau de malícia.

Isso tudo, segundo Bittencourt¹⁸, porque o Iluminismo representou uma tomada de posição cultural e espiritual de parte significativa da sociedade, tendo no uso da razão a orientação para o progresso da vida em todos os aspectos. Coincidindo com o liberalismo, a pena deixa de ser uma forma de vingança, passando a ser vista como método apto a desenvolver no delinquente o temor, de modo a levá-lo a não mais cometer novos delitos.

A Sociedade Liberal persistiu na implantação do encarceramento enquanto forma de pena, como modalidade para punição dos crimes, em que os condenados ficam reclusos, com o direito de ir e vir, mas cerceados por força de uma sentença penal. Tal fundamento foi retirado dos ideais da Revolução Francesa, a qual contribuiu diretamente para a formulação e construção dos sistemas penitenciários. É nesse contexto que surgem, por várias partes do mundo, os sistemas penitenciários, entre os principais encontram-se os sistemas pensilvânico¹⁹, o auburniano²⁰ e o sistema progressivo (inglês).

¹⁸ BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p.158.

¹⁹ Sistema Pensilvânico ou Celular. Criado em 1776 nos Estados Unidos com o fim de aplicar o solitary confinement (confinamento solitário) aos condenados. O isolamento foi imposto apenas aos mais perigosos, aplicando-se a mais rigorosa lei do silêncio, a meditação e a oração. BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p.148-151.

²⁰ Sistema Auburniano. Foi criado com o objetivo de superar as limitações e defeitos do regime celular. A prisão de Auburn foi criada em 1816 nos Estados Unidos. De acordo com uma origem de 1821, os prisioneiros foram divididos em três categorias: a primeira composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, sendo destinados ao isolamento contínuo; na segunda os incorrigíveis,

Destaca-se aqui o sistema progressivo, o qual inspirou o legislador brasileiro e cujas raízes repousam na diminuição progressiva do rigor do cumprimento da pena em paralelo aos méritos do condenado.

Nele, o comportamento do apenado, caracterizado pela sua boa ou má conduta, é refletido em seu aproveitamento na realização das atividades laborativas desenvolvidas no curso da execução, para fins de concessão da progressão. Com relação a esse regime comenta Bittencourt²¹:

A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um dos privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador.

A progressão atende a uma das finalidades da pena, cuja consagração se encontra na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, a ressocialização do condenado conforme seus artigos 5º e 6º²²: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Mediante a aplicação desse instituto fica evidente que a pena não tem como finalidade a vingança ou meramente a retribuição, senão a recuperação daquele que infringiu a lei penal.

Nesse sentido, a Lei de Execução Penal, ao ser elaborada pelos legisladores, teve como objetivo a promoção, mediante a aplicação da pena, da ressocialização dos apenados; tendo a prevenção da reincidência criminal como foco. Entre outros dispositivos, ela prevê a progressão de regime de cumprimento da pena. Desse modo, o preso tem a oportunidade de, gradativamente, retornar ao convívio social.

sendo isolados por apenas três dias por semana e tendo permissão para trabalhar; a terceira categoria era imposto apenas o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalhar juntos durante o dia. Pelo fato de as celas serem pequenas e escuras resultou em grande fracasso com aqueles que foram isolados continuamente. Muitos morreram, uns enlouqueceram e outros alcançaram o perdão. Uma Comissão investigadora de 1824 recomendou o trabalho em comum entre os reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite. Um dos pilares desse sistema foi o trabalho. Houve críticas ao sistema auburniano pela aplicação de castigos cruéis e excessivos. BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p.151-156.

²¹ BITTENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p.159.

²² San José, Costa Rica. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 01 de set, de 2016.

Assim, o condenado que obedecer aos requisitos legais poderá passar de um regime mais rigoroso para outro que seja menos rigoroso (do regime fechado para o semiaberto e deste para o regime aberto).

Visando-se ao cumprimento dessa finalidade, a legislação brasileira adotou dois critérios para a progressão de regime. É preciso que o detento cumpra dois requisitos para fazer jus à progressão: um requisito objetivo e outro subjetivo. Como requisito objetivo o detento precisa cumprir pelo menos 1/6 da pena. Já o requisito subjetivo prevê a necessidade de bom comportamento a ser comprovada pelo diretor do estabelecimento (art. 112 da LEP).

A progressão de regime se mostra necessária por vários motivos. Primeiro, uma vez que uma das funções da pena é a ressocialização e o retorno do detento ao convívio na sociedade, é preciso que este seja preparado, gradativamente, de acordo com a observação do seu comportamento. Em segundo lugar, manter o indivíduo preso por muito tempo tem demonstrado ser ineficaz, uma vez que ao invés de transformar o sujeito, a prisão termina sendo capaz de tornar um sujeito em uma pessoa ainda mais perigosa. Isso porque, o trabalho no estabelecimento, um direito garantido em lei e atividade para recuperação, é escasso.

Uma vez que a disciplina é indispensável para obtenção da progressão de regime, torna-se salutar tratar das sanções administrativas, ressaltando um pouco a origem da Lei 7.210/84, conhecida como Lei das Execuções Penais, que do ponto de vista histórico, representou um importante avanço legislativo em virtude do momento político em que o país vivia, como o final do governo autoritário e a iminência de um renascimento democrático. A lei trouxe o que havia de mais moderno no tocante às execuções penais e políticas criminais.

A lei é norteadada por inúmeros princípios constitucionais relacionados à execução da pena, conforme será visto com maiores detalhes no próximo capítulo, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e de sua finalidade ressocializadora, etc., nesse sentido, dispõe em seu art. 1º²³ que “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”.

²³ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 01 de ago, de 2016.

No capítulo IV, seção III, a Lei de Execuções Penais, trata da disciplina. Uma vez que o Brasil adota o sistema progressivo de cumprimento da pena, denotando a importância do bom comportamento do preso para a conquista dos diversos benefícios previstos na lei. O mérito do apenado é a essência do próprio sistema, pois é a partir da análise do comportamento do apenado que se concederá a ele os benefícios ou se aplicará sanções disciplinares para os casos de cometimento de faltas disciplinares.

A seção I, no artigo 44 da LEP²⁴ diz que “a disciplina consiste na colaboração com a ordem na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”. Prevê ainda estarem sujeitos a essa tanto o condenado a pena privativa de liberdade, quanto à restritiva de direitos, assim como também o preso provisório.

O artigo 45 da referida lei traz algumas vedações, quanto à aplicação de sanção disciplinar, como aquela que possa colocar em perigo a integridade física e moral do apenado; o emprego de cela escura, bem como a aplicação de sanções coletivas. O artigo 46 anuncia que o condenado ou denunciado será cientificado das normas disciplinares no início da execução da pena. A LEP estabelece também em seu artigo 39 o rol de deveres do preso, constituindo a violação a um dever também como um ato de indisciplina.

As faltas disciplinares são classificadas em leves, médias e graves, recebendo uma gradação, aplicando-se a sanção de acordo com a gravidade de cada falta praticada. Com relação às faltas leves ou médias, sua previsão e rol de punições correspondentes podem ter sua previsão em lei estadual ou mesmo no regulamento carcerário de cada presídio.

No caso das faltas de natureza grave, a competência legislativa é federal, com disciplinamento feito por meio da Lei de Execução Penal e do Decreto 6.049/2007 que regulamenta o funcionamento dos presídios federais.

Os artigos 50 a 52 da LEP apresentam um rol de condutas que constituem falta grave como, o ato de incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; a posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outro; provocar acidente de trabalho; descobrir as condições impostas no regime aberto; posse de aparelho telefônico, rádio ou similar (art. 50). Descumprir,

²⁴ *Ibidem.*

injustificadamente, restrição imposta; retardar o cumprimento da obrigação imposta; ia inobservância dos deveres previstos no art. 39, I e II da LEP.

Por fim, o art. 52 apresenta as hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, mediante a prática de crime doloso que constitui falta grave. As hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado assim como as diversas consequências decorrentes deste serão analisadas, no próximo capítulo deste trabalho monográfico.

A seção III do capítulo IV da Lei de Execução Penal traz as espécies de sanções disciplinares e a competência para sua aplicação. O artigo 53 apresenta as espécies de sanções administrativas, tendo em seu rol o Regime Disciplinar Diferenciado como um dos tipos de sanção disciplinar, conforme vemos a seguir:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

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

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

A advertência verbal é uma espécie de admoestação recebida pelo condenado. Visto que estabelece uma sanção menos severa, sua cominação legal é da competência da legislação local (art. 49, caput, da Lei de Execução Penal), para as faltas disciplinares que possuem natureza leve. Um exemplo disso é a Resolução SAP-144 da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Em seu artigo 82²⁵, § 1º descreve a natureza da advertência verbal da seguinte forma: “a advertência verbal é punição de caráter educativo, aplicável às infrações de natureza leve e, se couber, nas de natureza média”. A competência para aplicação é do diretor do estabelecimento e será feita por ato motivado. Deverá constar no prontuário do condenado e terá interferência na apuração quanto ao seu mérito quando da ocasião do pedido de benefícios.

²⁵ BRASIL. RESOLUÇÃO SAP-144. Dispõe sobre o regimento padrão das unidades prisionais do Estado de São Paulo. Diário Executivo. São Paulo, SP, 30 jun. de 2010. Disponível em: http://www.sifuspep.org.br/files/u1/ovo_Regimento_interno_nas_unidades_prisionais.pdf. Acesso em: 25 de ago. de 2016

A repreensão constitui também em um tipo de admoestação feita ao condenado e que se diferencia da advertência verbal pelo fato de que deve ser feita por escrita. A exemplo da advertência, a repreensão também consta no rol de sanções disciplinares previstas na Resolução SAP-144. Assim, o art. 82, § 2º apresenta a seguinte definição: “a repreensão é sanção disciplinar, revestida de maior rigor no aspecto educativo, aplicável em casos de infração de natureza média, bem como para os reincidentes de infração de natureza leve.” A sanção é imposta por ato motivado do diretor do presídio e deverá constar no prontuário do condenado, para fins de apuração de seu mérito.

No caso da suspensão ou restrição de direitos, a sanção em exame está reservada às faltas de natureza grave e está ligada à suspensão ou restrição dos direitos à proporcionalidade na distribuição do trabalho, recreação, descanso do preso; visita do cônjuge, companheira; contato com o mundo exterior por meio de correspondência, leitura e escrita. A sanção é imposta por ato motivado do diretor do estabelecimento, não podendo exceder trinta dias, exceto se for consequência da inserção no Regime Disciplinar Diferenciado (Conforme o artigo 58 da Lei de Execução Penal).

Outro tipo de sanção disciplinar é o isolamento na própria cela ou em local adequado. Sendo destinada às hipóteses de prática de falta grave, constitui sanção severa, conforme o parágrafo único do art. 57 da LEP.

Sua aplicação deve obedecer à previsão do artigo 88 da LEP, o qual determina a salubridade de ambiente adequado, cela com aparelho sanitário e lavatório e área mínima de seis metros quadrados. Vincula-se a um ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, não podendo exceder a trinta dias, salvo se imposto em razão do Regime Disciplinar Diferenciado (art. 58 da LEP), quando sua aplicação será sempre comunicada ao juiz da execução (art. 58, parágrafo único).

O Inciso V trata da última e mais severa espécie de sanção disciplinar, o Regime Disciplinar Diferenciado. Cumpre esclarecer que diferente daquilo que alguns afirmam, esse não constitui um quarto regime de cumprimento de pena, senão uma espécie de sanção disciplinar. Em sua criação, a intenção do legislador

foi no sentido de manter a ordem e a segurança interna do ambiente prisional, conforme afirma Mirabete²⁶:

O regime disciplinar diferenciado, que não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.

Trata-se, portanto, de mais uma espécie de punição disciplinar, constituindo-se na mais drástica dentre aquelas previstas no art. 53 e tem por finalidade prevenir e diminuir a criminalidade, objetivando tornar os infratores indivíduos disciplinados, amenizando os conflitos, no âmbito do cárcere.

Para tanto, a referida sanção prevê o isolamento do preso por até trezentos e sessenta dias, podendo ser repetida por nova falta grave de mesma espécie, sendo limitada a 1/6 da pena, o recolhimento daquele em cela individual, o qual fará jus também à saída do isolamento celular por duas horas diárias para banho de sol, tendo direito, semanalmente a visita de duas pessoas, não contando crianças.

O Regime Disciplinar Diferenciado poderá ser aplicado também aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a disciplina e ordem internas, bem como a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Da mesma forma, estão sujeitos aqueles sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A legitimidade para se requerer a inserção do detento no regime é a autoridade administrativa, portanto o diretor do estabelecimento. O requerimento deverá ser circunstanciado, a ser elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa, alegando os motivos que condicionam a inserção do apenado no Regime Disciplinar Diferenciado, devendo a infração ter sido cometida no interior do estabelecimento prisional. Além disso, é vedado ao Ministério Público o requerimento de inclusão do preso no RDD, uma vez que lhe falta previsão legal.

²⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei n.7210. São Paulo: ed. Atlas, 2007. p. 149.

Para que a medida seja aplicada, essa fica restrita à decisão judicial que será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, sendo prolatada no prazo máximo de quinze dias. Pode, entretanto, a autoridade administrativa submeter o apenado ao isolamento preventivo do preso por até dez dias e, a depender do caso o próprio magistrado pode decretar a inclusão do detento preventivamente, se que seja feita a oitiva do Ministério Público e da defesa.

Visando uma melhor compreensão acerca do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, torna-se indispensável buscar melhor entendimento de sua origem.

A criação da Lei nº 10.792/03 trouxe uma série de modificações ao Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689/41) e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). As alterações que modificaram o Código de Processo Penal foram inseridas, especialmente, no capítulo que trata do interrogatório do acusado. Essas inovações tratam da possibilidade de intervenção do defensor no ato processual, algo não previsto na redação original, podendo formular perguntas e participar ativamente; prevê que o interrogatório seja realizado no estabelecimento onde o acusado se encontra; prevê o direito de o acusado permanecer calado quando lhe forem formuladas perguntas; prevê ainda o direito que assiste ao acusado de permanecer silente e não responder quando lhe forem formuladas perguntas.

Fato é que a atuação na questão penitenciária há muito é pautada pelo abandono de direitos humanos, assim como a falta de interesse em dotar os estabelecimentos penais com condições possam propiciar a viabilidade de manter custodiados presos provisórios ou já sentenciados. O período que antecedeu a criação do Regime Disciplinar Diferenciado foi marcado pela intensificação da violência no âmbito das práticas disciplinares, caracterizadas pelo emprego de “técnicas” ainda presentes à época como os castigos físicos em celas insalubres e escuras, caracterizando verdadeiras masmorras, assim como a tortura como modalidade cotidiana e recorrente na prisão.

O Centro de Readaptação Penitenciária Anexo à Casa de Custódia de Taubaté foi criado em 15 de junho de 1985, um dos mais cruéis e obscuros presídios do sistema penitenciário de São Paulo, popularizado pelo nome de “Piranhão”. Teve como justificativa para sua criação a carência de local que abrigasse os presos considerados altamente perigosos no sistema. Não era um estabelecimento de segurança máxima, recebendo tanto os presos de altíssima periculosidade quanto também aqueles com problemas de indisciplina. Tratar indistintamente essas duas

questões, segurança e disciplina, tem sido um erro grave, no âmbito da administração prisional e na formulação de políticas voltadas ao sistema penitenciário brasileiro.

Grande parte do mundo tem presídios com diferentes graus de segurança, advindas da aplicação do princípio da individualização da pena. A separação de indivíduos condenados de acordo com os crimes cometidos, assim como o grau de envolvimento com organizações criminosas, tem sido aplicada como critério a nortear sua adoção, o que tem sido unânime nesses países.

Assim, a revelia da previsão da LEP, em verdadeira exceção, o “Piranhão” se consolidou como um dos mais cruéis estabelecimentos prisionais do país. Relatos dão conta da truculência no tratamento dispensado, como a violência expressa através de espancamentos, tortura física e psicológica e pelo severo isolamento, com escassas horas para banho de sol semanal (isolamento absoluto de 23 horas).

O Primeiro Comando da Capital (PCC), ligado diretamente aos eventos que culminaram na criação do Regime Disciplinar Diferenciado, surge nesse contexto de violência prisional, já que teria sido fundado em 1993, mediante um “pacto” de seus fundadores, cuja maior diretriz seria a melhoria das condições carcerárias por intermédio de uma guerra contra os principais responsáveis pelas torturas e pelos maus tratos sofridos, especialmente no “Piranhão”.

Em 18 de dezembro de 2000, ocorreu uma rebelião na Casa de Custódia de Taubaté (vulgo “Piranhão”), penitenciária de segurança máxima e que abrigava presidiários de alta periculosidade e líderes de organizações criminosas. Esta foi organizada por chefes do Primeiro Comando da Capital (PCC), principal facção criminosa no estado. A rebelião causou a destruição completa da unidade prisional e a morte de nove detentos. A destruição do espaço físico levou a administração do presídio a remover, temporariamente, os presos para o Centro de Detenção Provisória de Belém e para a Casa de Detenção e Penitenciária do Estado.

Mediante a reforma da Casa de Custódia de Taubaté, os presos foram realocados para a mesma, incluindo até mesmo os líderes que haviam comandado a rebelião. Ocorre que dez deles encontravam-se isolados em outros presídios. Esse fato gerou enorme revolta nos presos, que, diante do rigor da medida, tendo como objetivo reivindicar o retorno de seus líderes, promovendo a maior rebelião penitenciária da história do país. Essa envolveu ao todo 28 mil presos, 25 unidades prisionais e 4 cadeias públicas no estado de São Paulo.

Esses fatos serviram para demonstrar o crescimento desenfreado das facções criminosas, nos grandes e médios presídios de São Paulo. Diante disso, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo criou a Resolução SAP-26 em 04 de maio de 2001, instituindo o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), prevendo o isolamento dos detentos cujo comportamento necessite de tratamento mais específico, especialmente, líderes e integrantes de facções criminosas.

O objetivo da medida era estabelecer controle disciplinar no interior do cárcere e foi inicialmente aplicada em cinco unidades prisionais: Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias de Iaras e Penitenciária I de Avaré. Previa que o detento era recolhido por 180 dias na primeira inclusão e trezentos e sessenta dias nas outras, com o direito a uma hora diária de banho de sol e duas horas de visitas por semana.

Entretanto, outros eventos concorreram para criação e adoção o Regime Disciplinar Diferenciado, no Brasil, enquanto sanção disciplinar. Fernandinho Beira-Mar, alcunha de Luís Fernando da Costa, líder do Comando Vermelho, contando com o apoio de outra facção criminosa conhecida como Terceiro Comando, organizou e liderou um ataque para assassinar o chefe da facção criminosa Amigo dos Amigos (ADA), rival de sua facção.

O fato ocorreu no dia 11 de setembro de 2002, no estado do Rio de Janeiro, e as ordens partiram de dentro do Presídio de Segurança Máxima Bangu I, local onde Fernandinho cumpria pena por tráfico de drogas e outros crimes. O ataque gerou grande repercussão nacional e resultou nas mortes de Ernaldo Pinto de Medeiros, conhecido como Uê, que teve o corpo carbonizado; de Wanderley Soares, conhecido por Orelha; Carlos Alberto da Costa, o Robertinho do Adeus e Elpídio Sabino, o Robô. Todos esses eram integrantes do ADA²⁷ (Amigos do Amigos).

O Regime Disciplinar Diferenciado foi editado sob o argumento da necessidade de ser assegurada a disciplina e a ordem do sistema prisional. Antes mesmo da criação da referida lei a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo criou, mediante a Resolução nº 59, de 19 de agosto de 2002, disciplinou o Regime Disciplinar Especial (RDE), com aplicação no Complexo

²⁷ Ada, Amigos dos Amigos. Facção criminosa que surgiu dentro dos presídios do Rio de Janeiro entre os anos de 1994 e 1998, se aliando ao Terceiro Comando, visando diminuir o poderio do Comando Vermelho. Foi fundado por Ernaldo Pinto de Medeiros, o Uê. Disponível em: <<http://www.procurados.org.br/page.php?id=20>>. Acesso em: 31 de ago, 2016.

Penitenciário de Campinas- Hortolândia, o qual contava com sete unidades prisionais. O Regime Disciplinar Especial era destinado aos presos da região de Campinas, condenado e provisórios, conforme prevê A Resolução SAP-59²⁸ em seu art. 2º:

O RDE destina-se a presos provisórios e condenados da região de Campinas, cuja conduta, no convívio carcerário, esteja subsumida em uma ou mais das seguintes hipóteses:

I - Incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina;

II - Tentativa de fuga;

III - Participação em facções criminosas;

IV - Posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa;

V - Prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento.

O Regime Disciplinar Especial previa a inclusão do detento, com a duração máxima de trezentos e sessenta dias, na qual seriam observadas as seguintes regras, presentes no art. 6º da Resolução SAP-59²⁹ “conhecimento dos motivos de inclusão no RDE; cela coletiva de oito pessoas; saída da cela para banho diário de uma hora de sol;”. São algumas das regras constantes na referida resolução, cuja ocupação das vagas dependia de autorização a serem fornecidas pelo coordenador dos presídios da região central, mediante a elaboração, de lista dos nomes dos presos, feita pelos diretores das unidades prisionais envolvidas. A lista deveria indicar a hipótese em que cada detento se enquadra e a justificativa da inclusão. Depois da ocupação inicial, a inclusão no Regime Disciplinar Especial dependia de petição fundamentada do diretor da unidade que fez a requisição ao coordenador geral, com decisão do secretário adjunto.

Nesses termos, se evidencia que o RDD, assim como foi com a criação do referido RDE em São Paulo, é produto de uma demanda repressiva no âmbito da execução penal, de uma necessidade de contenção e pacificação. Entretanto, esse

²⁸ BRASIL. RESOLUÇÃO SAP-59. **Institui o Regime Disciplinar Especial no Complexo Penitenciário de Campinas** – Hortolândia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-ago-20/secretaria_cria_regime_disciplinar_presidios_sp> Acesso em: 01 set. 2016.

²⁹ FUOKAWA, Nagashi. **Sistema Penitenciário**. Jus Brasil. Artigo Científico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-ago-20/secretaria_cria_regime_disciplinar_presidios_sp> Acesso em: 01 set. 2016.

tipo de medida não pode ser implementada a revelia dos ditames constitucionais, legais e principiológicos que constituem o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, qualquer lei ao ser criada deverá guardar uma relação de conformidade e compatibilidade com todo o ordenamento e principalmente com a Constituição, sob pena de ser declarada inconstitucional.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FRENTE AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Inúmeros acontecimentos - a partir da Segunda Guerra Mundial, com milhões de mortos e em especial o extermínio de milhões de judeus pelo regime nazista, sob a égide de um direito positivista, que representou um rompimento com os direitos humanos – culminaram com a criação da ONU³⁰ e posteriormente, em 1948, a Declaração dos Direitos Universais do Homem³¹, influenciado decisivamente para que a dignidade da pessoa humana representasse a esperança de reconstrução dos ordenamentos jurídicos, no pós-guerra.

Nesse movimento de redemocratização dos Estados, ocorre uma reaproximação entre a ética e o direito e uma retomada dos valores jusnaturalistas que se transformarão nos princípios que teremos nos textos constitucionais do pós-guerra.

³⁰ ONU, Organização das Nações Unidas é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais. Foi fundada em 24 de outubro de 1945. Sua sede fica na cidade de Nova Iorque, Estados Unidos. Em seu preâmbulo, a Carta das Nações Unidas – documento de fundação da Organização – expressa os ideais e os propósitos dos povos cujos governos se uniram para construir as Nações Unidas: **“Nós, os povos das Nações Unidas, decididos:** a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade; e para tais fins: a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos; Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adaptaram a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.” É a maior organização internacional, cujo objetivo principal é criar e colocar em prática mecanismos que possibilitem a segurança internacional, desenvolvimento econômico, definição de leis internacionais, respeito aos direitos humanos e o progresso social. Atualmente, conta com 192 países membros, sendo que cinco deles (Estados Unidos, China, Rússia, Reino Unido e França) fazem parte do Conselho de Segurança. Este pequeno grupo tem o poder de veto sobre qualquer resolução da ONU. (grifo nosso). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conheça a ONU**. Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em : 12, set de 2016.

³¹ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em :12, set de 2016.

Todos esses acontecimentos exigiram do Estado o desenvolvimento de políticas visando à criação de medidas que garantissem o usufruto, por parte dos cidadãos, das respectivas liberdades individuais, oriundas da nova realidade jurídica.

Assim, um grande número de países, a exemplo da Alemanha, França, Portugal, Espanha, promoveram a criação de novas constituições para que pudessem incluir em seus textos aquilo que está previsto no texto normativo da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Acerca desses eventos comenta Piovesan³²:

[...] No âmbito do Direito Constitucional ocidental, serão adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Brasil não foi diferente, e seguindo as Cartas Magnas ocidentais do pós-guerra, expressou uma abertura quanto aos princípios ou suas diretrizes orientadoras e os direitos fundamentais como se infere da Constituição de 1946 que trouxe consigo várias garantias dentre elas o princípio da ubiquidade da Justiça, a soberania dos vereditos do júri e a individualização da pena além de restauração do *habeas corpus*.

No entanto, décadas após a Carta de 1946, passamos a conviver com a sua violação devido à instalação de um Regime Ditatorial perpetrado em 1964, o qual, em seguida, trouxe a estagnação de direitos.

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 surge após um período no qual o país esteve dominado pela Ditadura Militar, em que inúmeros direitos dos cidadãos foram sistematicamente violados, tentando por todos os meios consolidar o processo democrático posto antes em 1946.

³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87-88.

A promulgação da Carta Magna representou enorme avanço normativo, com a inserção em seu texto de uma infinidade de direitos/garantias individuais, tendo a dignidade da pessoa humana como o princípio basilar para os demais e fundamento da república, devendo ter sua efetividade perseguida por todo o sistema normativo brasileiro, que alçou os direitos e garantias fundamentais, inclusive, ao status de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4).

Conforme afirma Sarlet³³ a ideia de dignidade da pessoa humana enquanto valor intrínseco ao ser humano está conectada ao pensamento clássico do ideário cristão – vez que Antigo e o Novo Testamento da Bíblia trazem referência à criação do homem como imagem e semelhança de Deus - o que veda sua consideração enquanto objeto.

Para Kant³⁴ (quando a dignidade da pessoa humana deixa seu viés religioso e assume a ideia mais próxima do que se conhece hoje a seu respeito) a capacidade de autodeterminação constitui em atributo singular de seres racionais, sendo assim, o fundamento da dignidade da pessoa humana. O homem, por ser racional, existe como um fim em si mesmo, não podendo ser coisificado ou servir como meio para a realização de vontades que sejam alheias à própria vontade.

Nesse sentido, o texto constitucional consagra, não apenas as liberdades político-ideológicas, como também consolida o Estado Democrático de Direito, com ampla prioridade as garantias e direitos fundamentais, que resultam de um profundo e extenso processo histórico, no qual se busca salvaguardar os direitos dos cidadãos contra qualquer espécie de abuso por parte do Estado.

A Constituição Federal de 1988 constitui um dos textos legais mais completos e avançados do mundo. Seu objeto contempla os mais diversos assuntos, desde o federalismo enquanto sistema político, o presidencialismo enquanto forma de governo, contemplando os anseios de diversos grupos, desse os mais dominantes até aqueles considerados minoritários.

Contudo, mesmo a Carta de 1988 representando um enorme avanço legislativo para o Estado brasileiro, garantir o exercício dos direitos nela previstos é, ainda, um grande desafio.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

³⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. (col. "A Obra-Prima de Cada Autor"). Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 62-66.

A esfera penal é, sem sombra de dúvidas, aquela que melhor evidencia essa realidade, vez que o Estado não consegue tratar a criminalidade e ao mesmo tempo fazer valer os mandamentos garantistas da Constituição Federal.

As falhas são verificadas em todas as fases da persecução penal, desde o inquérito policial, com procedimentos investigatórios inapropriados, processos com grande duração, além de um enorme e vergonhoso número de encarceramentos provisórios, culminando com uma execução penal desastrosa.

3.1 ORIGEM DOS DIREITOS E GARANTIAS FUDAMENTAIS E SEU PROCESSO HISTÓRICO

As raízes dos direitos individuais remontam o aparecimento do princípio das leis fundamentais³⁵ do reino, limitadoras do poder do monarca, juntamente com um conjunto de princípios que se passou a chamar de humanismo.

Como resultado dos princípios, surgem posteriormente os chamados pactos, os forais e as cartas de franquias. O mais famoso dos documentos veio a ser a *Magna Carta inglesa*³⁶ (1215-1225), vindo depois nesse país a *Petition of Rights*³⁷ (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act*³⁸ (1679), assim como o *Bill of Rights*³⁹ (1688). Entretanto, Silva⁴⁰ afirma que as declarações de direito como conhecemos modernamente só aparecem no século XVIII, como resultados das revoluções americana e francesa.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 151.

³⁶ Magna Carta. Foi assinada em 1215, tornando-se definitiva apenas a partir de 1225. Não tem natureza constitucional, sendo, sobretudo, uma carta feudal, feita com o objetivo de proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens que eram livres. Entretanto os homens livres dessa época eram muito poucos, de modo que a carta nada fazia a favor da maioria. No entanto é um símbolo das liberdades públicas, constando nela o esquema básico para o desenvolvimento constitucional inglês. *Ibidem*. p. 152.

³⁷ *Petition of Rights* ou Petição de Direitos. Como o próprio nome indica, era um documento dirigido ao monarca em que os membros do Parlamento da época pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos do rei. A petição constituiu em um meio de transação entre o Parlamento e o rei, tendo este cedido, porquanto o Parlamento já detinha o poder financeiro. O rei não poderia gastar sem a autorização do Parlamento. *Ibidem*. p. 152-153.

³⁸ *Habeas Corpus Amendment Act*. Reforçou as reivindicações de liberdade, sendo a mais sólida garantia de liberdade individual. Suprimiu as prisões arbitrárias. *Ibidem*. p. 153.

³⁹ *Bill of Rights* ou Declaração de Direitos. Considerado o documento mais importante, é decorrente da Revolução Inglesa de 1688, onde se firmou a supremacia do Parlamento e a imposição de abdicação do rei Jaime II e a declaração dos monarcas Guilherme III e Maria I, cujos poderes foram então limitados pela declaração. Daí resulta a monarquia constitucional, servindo de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e América nos Séculos XVIII e XIX. *Ibidem*. p. 151.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 151.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, uma das treze colônias inglesas da América, é apontada como sendo a primeira declaração de direitos fundamentais, datada de 12 de janeiro de 1776, sendo assim anterior à Revolução Francesa e a Declaração de Independências dos Estados Unidos da América. Sobre o seu conteúdo Silva⁴¹ faz um importante comentário:

Vê-se que, basicamente, a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia evidencia em seu texto a preocupação pela limitação de poderes do Estado, visando um governo democrático, por acreditarem na existência da igualdade de direitos naturais entre os homens. Essa declaração foi seguida pela Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1787, a qual inicialmente não continha uma declaração de direitos, sendo então introduzida no momento de sua ratificação pelas treze colônias independentes.

Os direitos fundamentais têm raízes e evolução a partir dos acontecimentos narrados anteriormente e inspirados nas declarações supracitadas. Entretanto, os chamados direitos e deveres individuais e coletivos, classificados pela doutrina em gerações ou dimensões de direitos encontram seu fundamento filosófico, sobretudo, nos lemas da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, os quais guardam total relação com as três primeiras gerações ou dimensões de direitos, conforme veremos a seguir.

Os direitos de 1ª geração ou dimensão marcam a mudança de um Estado autoritário para um Estado de Direito, denotando o respeito às liberdades individuais, em resposta ao abuso estatal. Isso tudo é evidenciado com as constituições escritas e são, caracteristicamente, frutos do pensamento liberal-buguês, predominante no século XVIII. Exigem uma abstenção e não uma prestação do Estado. Daí possuírem um caráter negativo.

⁴¹ *Ibidem*, p.153.

O valor da liberdade se traduz nas chamadas liberdades públicas e aos direitos políticos, em outras palavras, direitos civis e políticos. Nas liberdades públicas encontram, de acordo com Tavares⁴²: “a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência”, fazendo parte ainda dessa geração “liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de escolha da própria profissão, a livre disposição sobre a propriedade e etc”. Por outro lado para Tavares⁴³ as liberdades políticas:

(...) referem-se à participação do indivíduo no processo do poder político. As mais importantes são as liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições.

Conforme se vê, os direitos e garantias fundamentais são fruto de um processo social e histórico e foram ampliados em cada nova geração ou dimensão (conforme a doutrina mais atual, que considera essa expressão mais apropriada, na medida em que uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da dimensão anterior), visando proteger o ser humano em todos os aspectos inerentes a condição humana.

Os direitos de 2ª geração ou dimensão têm inspiração e são impulsionados pela Revolução Industrial, a partir do século XIX. As péssimas condições de trabalho a que os trabalhadores eram submetidos culminam em movimentos, como foi o cartista na Inglaterra e na Comuna de Paris (1848), visando à normatização de assistência social e por melhores condições de trabalho. Corresponde ao lema da igualdade defendida na Revolução Francesa e aos direitos sociais, culturais e econômicos, assim como aos direitos coletivos.

Importantes textos normativos marcaram a presença de tais direitos como a Constituição do México de 1917; a Constituição de Weimar de 1917, na Alemanha; o

⁴² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 502.

⁴³ *Ibidem*. p. 502.

Tratado de Versalhes de 1919 (OIT- Organização Internacional do Trabalho). No Brasil, a Constituição de 1934.

A 3ª geração ou dimensão corresponde aos chamados direitos transindividuais, que como a expressão indica, transcende aos interesses individuais e se preocupa com a proteção da humanidade, sendo caracterizado pela altíssima carga de humanismo e universalidade. Um rol exemplificativo de Karel Vasak identifica como integrantes dessa dimensão o direito ao desenvolvimento; direito à paz; ao meio ambiente; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

Alguns doutrinadores ainda apontam uma 4ª dimensão, decorrentes dos avanços da Engenharia Genética, colocando a existência humana em risco por conta da manipulação do patrimônio genético. Para Bonavides⁴⁴, a 4ª dimensão é resultante da globalização dos direitos fundamentais, correspondendo à universalização no campo institucional e são compostos de direitos à democracia; à informação e ao pluralismo.

Para Bonavides⁴⁵, existe ainda uma 5ª dimensão de direitos e que corresponde ao direito à paz. Para ele o direito à paz deve ser tratado em dimensão autônoma e afirma que essa é o axioma da democracia participativa, o supremo direito da humanidade.

Nesse contexto, deve-se compreender que um ordenamento jurídico é composto de normas, princípios e regras, como ainda dos valores que as inspiram (o que levou o legislador a editar determinada norma). E que, como bem ressaltou Bobbio⁴⁶, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”.

Dessa relação, surge a ideia de Sistema Jurídico, enquanto expressão de unidade sob uma ideia de conhecimentos variados, ou um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios.

Piovesan⁴⁷ apresenta a seguinte definição:

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 569

⁴⁵ *Ibden*, p. 593.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 2006. P. 14

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 100.

[...] acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmoniosa a todo o sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional.

Quanto à organização do sistema, insta destacar a teoria da pirâmide de Kelsen⁴⁸, segundo a qual as normas de um ordenamento não compõem um mesmo plano, podendo ser representadas mediante uma pirâmide onde, as normas inferiores encontram sua validação nas normas superiores, e assim sucessivamente, chegando à constituição, a qual encontra seu fundamento de validade na norma fundamental⁴⁹, responsável por trazer unidade a todo o sistema.

Desse modo, ainda que uma norma inferior encontre validade com aquela imediatamente superior, deve ainda estar em total consonância com todas as outras que a sucedem. E no tocante a validade das normas e sua relação com a norma fundamental Kelsen⁵⁰ afirma:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental forma um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é norma fundamental desta ordem.

Nesse sentido, o conceito de unidade e estrutura unificada é trazido pela norma fundamental, possibilitando dizer o que pertence ou não a determinado sistema e conseqüentemente aquilo que será válido ou não diante deste.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 155.

⁴⁹ Norma Fundamental. Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. *Ibidem*. p.135.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 135.

É que, ao proceder a uma interpretação sistemática, em um Estado Democrático de Direito (o qual pressupõe a limitação do poder pelas leis e que este poder é subordinando a soberania popular) como o nosso, o primeiro preceito a ser interpretado é o que o legitima, a Constituição, para então compreender as regras que irradiam do sistema.

Para Bastos⁵¹, existem três postulados a serem seguidas pelo intérprete, e que, nas palavras do referido autor deverão ser consideradas em conjunto, nos seguintes termos: “a interpretação, portanto, deverá para se considerar atividade válida, respeitá-los no seu todo, não podendo proceder a escolha de um ou outro”⁵².

O primeiro postulado é o da “Supremacia da Constituição”, pelo qual a Constituição é a norma superior em qualquer situação; como segundo postulado, a “Unidade da Constituição”, ou seja, o texto constitucional há de ser interpretado como um todo, de modo a evidenciar o caráter sistêmico do ordenamento; por fim, como último postulado, o da “Maior efetividade possível”, segundo o qual o dispositivo constitucional deve ser interpretado da maneira que confira a maior eficácia possível.

A noção contemporânea de interpretação é fortalecida pela doutrina do neoconstitucionalismo, contando como Konrad Hesse como um de seus expoentes, e que adota o conceito normativo de Constituição, no sentido de concretizá-la, em que a solução para o caso concreto é retirada do texto constitucional.

Nesse sentido, Streck⁵³ afirma que uma baixa interpretação constitucional resulta em injustiças e prejuízo dos direitos fundamentais:

Uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição - naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos sociais.

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. P. 08.

⁵² *Ibidem*. p. 170.

⁵³ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 209.

Assim, ao tratar de sistema jurídico, a interpretação pressupõe, inicialmente, uma correta interpretação e compreensão do texto constitucional e em segundo lugar que, as demais regras só possuirão sentido se criadas, interpretadas e aplicadas conforme a Carta Magna, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Desse modo, deve-se entender que o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo sido estabelecido por uma lei ordinária ocupa, no ordenamento brasileiro, uma posição de sujeição frente aos princípios constitucionais, eis que não é possível se cogitar da validade de uma norma sem que esta se compatibilize com a Lei maior do sistema jurídico que integra.

3.2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO EM COLISÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante de uma crescente criminalidade, muitas vezes incrementada a partir dos próprios presídios, a Sociedade Contemporânea passou a exigir mudanças e avanços, nos mais diversos aspectos relacionados à segurança, controle de crimes e formas de punição quando do cometimento de infrações.

Assim, no afã de responder os reclamos sociais, a criação do Regime Disciplinar Diferenciado por intermédio da Lei 10.792/2003 trouxe sérias modificações à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), dentre elas: a transferência da atribuição para emitir parecer sobre progressão de regime, concessão de livramento condicional, indulto e comutação das penas, da Comissão Técnica de Classificação para o diretor do estabelecimento prisional; e a introdução do Regime Disciplinar Diferenciado no rol de sanções disciplinares.

Das alterações apresentadas, interessa a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado em razão do contexto de sua edição e das consequências de sua aplicação.

Conforme apresentado no capítulo anterior deste trabalho, o Regime Disciplinar Diferenciado foi instituído após uma série de rebeliões ocorridas no estado de São Paulo, culminando com o episódio denominado “megarrebelião”, em 18 de fevereiro de 2001, por meio da Resolução nº 26⁵⁴, de 04 de maio de 2001, que previa o isolamento de presos provisórios e condenados, considerados perigosos,

⁵⁴ SIGNIFICADOS. **Significado de globalização**: o que é globalização. Disponível em: < <https://www.significados.com.br/globalizacao/>> Acesso em: 12, out. de 2016.

por até 180 dias. Esse tempo era previsto para a primeira internação e, nas demais seria de trezentos e sessenta dias.

O estado do Rio de Janeiro, por sua vez, utilizou o modelo adotado em São Paulo para instituir o Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDE) através da Resolução SEJGAG nº 13, de 12 de setembro de 2002.

Todavia, somente com a edição da referida Lei nº 10.792/03, o Regime Disciplinar Diferenciado foi instituído e ganhou alcance de âmbito nacional, tendo sido incluído no inc. V do artigo 53 da LEP, referente às sanções disciplinares e disciplinado no artigo 52 da LEP⁵⁵, conforme veremos *in verbis*:

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

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

II - recolhimento em cela individual.

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

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

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

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

Já no caput e incisos do supracitado artigo, quando afirma a possibilidade de ser aplicado a presos provisórios e estabelece como características: (I) duração por trezentos e sessenta dias, podendo haver repetição até um sexto da pena e estabelece como características: (II) recolhimento em cela individual (III); visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (IV)

⁵⁵ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 01 de ago, de 2016.

e direito a duas horas diárias de banho de sol, se evidenciam sérios vícios de inconstitucionalidade.

É que a previsão de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado aos presos provisórios viola o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade (artigo 5º, LVI), pois a imposição de uma sanção tão gravosa a um preso preventivo (que poderá ter, ao final do processo, sua inocência provada), é, claramente, desproporcional e irrazoável.

Sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o princípio da não culpabilidade encontra previsão não somente na Carta Magna, senão também na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁶ de 1948, a qual em seu artigo 11 diz que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

De igual modo, o Pacto Internacional de San José da Costa Rica⁵⁷, criado em 1966, afirma que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

A culpabilidade não é presumida, impondo-se, inclusive, à inversão do ônus da prova ao MP ou a parte acusadora, como destaca Novelino⁵⁸:

A comprovação inequívoca da culpabilidade do acusado compete ao Ministério Público, não cabendo ao réu demonstrar a sua inocência. Para que tenha validade ético-jurídica, o juízo condenatório deve sempre apoiar-se em “elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações inequívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*”.

⁵⁶ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Op. Cit., Acesso em :12, set de 2016.

⁵⁷ SAN JOSÉ, Costa Rica. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 22, set. de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 21 de set, de 2016.

⁵⁸ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 532.

Demais disso, quando se parte para análise das características da sanção disciplinar, propriamente ditas, se verifica uma manifesta violação de outros princípios constitucionais, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui, como dito, fundamento de ser da república, irradiando luzes para todo o ordenamento.

Isso porque, a duração excessivamente longa da penalidade, que não encontra qualquer similar no nosso ordenamento, além de desproporcional e gravosa, fere violentamente o art. 5, inc. III da CF e o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Costa⁵⁹, “[...] o isolamento deprime ou excita o espírito anormalmente, podendo causar psicoses carcerárias e, ao invés de arrependimento, pode causar desespero e insensibilidade [...]”. Muitos doutrinadores posicionam-se pela inconstitucionalidade do RDD que, segundo eles, constitui uma penalidade desumana e degradante para o apenado.

Nesse sentido, encontra-se a posição da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Rocha Assis Moura⁶⁰ ao afirmar que o Regime Disciplinar Diferenciado fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, indo ainda de encontro à proibição constitucional de que os presos sejam submetidos a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (art. 5º, III, da CF).

E prossegue, a ministra, afirmando que o RDD também viola a garantia do respeito à integridade física e moral do preso, previsto no artigo 5º, XLIX, da CF, vez que o isolamento do preso pelo período de 22 horas diárias, por trezentos e sessenta dias, sem o prejuízo de sua repetição pelo cometimento de nova falta de mesma espécie, podendo chegar ao limite de até 1/6 da pena aplicada, constitui em verdadeiro castigo físico e moral.

Merece destaque, ainda, a seguinte jurisprudência da 1ª Câmara Criminal do TJ-SP⁶¹:

⁵⁹ COSTA, Amanda Maciel. **Regime Disciplinar Diferenciado: aspectos históricos e críticos.** Artigo Científico. Direitonet. 2013. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8147/Regime-disciplinar-diferenciado-aspectos-historicos-e-criticos> Acesso em: 13 set. 2016.

⁶⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16652/1/Notas_Inconstitucionalidade_Lei_10.792.pdf> Acesso em: 25 set. 2016.

⁶¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus. nº 8939153500.** 1º Câmara de

Habeas Corpus nº 983.915-3/5-00 - São Paulo. Imperante: Bel. Luís Henrique Marques. Paciente: Priscila Rodrigues de Souza. Voto nº 9048 - Relator MARCO NAHUM. Habeas Corpus. Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Inconstitucionalidade. Ofensa a princípios fundamentais constantes da Constituição Federal. Ordem concedida. Alega ausência de contraditório no procedimento disciplinar que acabou por punir a paciente, assim como a inconstitucionalidade do referido regime de execução de pena (fls. 02/05). Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento, para adotar "*medidas estigmatizantes e inculcadoras*" próprias do "*Direito penal do Inimigo*", o referido "regime disciplinar diferenciado" ofende inúmeros preceitos constitucionais. Trata-se de uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF), cruel (art. 5º, XLVII, da CF), o que faz ofender a dignidade humana (art. 1º, III, da CF). Por fim, note-se que Estado Democrático é aquele que procura um equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do homem. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a consequente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao Estado Democrático.

No que toca as hipóteses de cabimento do RDD, previstas nos parágrafos do art.52, se verifica que, além dos princípios e normas supramencionados, o RDD fere ainda o princípio da individualização da pena, garantia constitucional que conta com previsão expressa no artigo 5º, LVI da CF de 1988⁶².

Esse princípio garante a isonomia material na Lei de Execução Penal em todos os seus estágios, sendo importante ferramenta jurisdicional pela busca em se garantir uma pena justa.

Em sua redação, o referido inciso prevê que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras medidas, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação social alternativa; d) suspensão ou interdição de direitos".

De acordo com a doutrina, a individualização da pena segue três fases distintas, sendo elas, a fase legislativa, a judicial e por fim a administrativa que ocorre no momento de cumprimento da pena. Na fase legislativa, é onde o doutrinador descreve o tipo penal, estabelecendo as sanções adequadas para cada conduta delitiva, indicando os limites mínimo e máximo das mesmas, bem como as circunstâncias de aumento e diminuição de pena.

Direito Criminal. Relator: Marco Nahum, São Paulo, 05/07/2006. Disponível em <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 19 de set, 2016.

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25, set. de 2016.

A fase judicial se dá no momento da cominação da pena, sendo observado pelo juiz, para fins de aplicar a sanção de acordo com a previsão legal instituída na fase anterior⁶³, mediante a utilização pelo magistrado de todos os instrumentos fornecidos pelos autos em que corre a ação penal.

A fase administrativa é o último estágio da individualização da pena, efetuado no decorrer de sua execução, quando caberá ao Estado zelar de modo singular por cada prisioneiro, seja em uma penitenciária ou mesmo em um sistema alternativo, a fim de que seja possível o total cumprimento das finalidades da pena, quais sejam, retribuição, prevenção geral, especial e, principalmente, a ressocialização.

Apesar do exposto, o RDD não prevê em seu texto normativo qualquer critério a ser utilizado para se fazer diferenciação quanto ao tratamento a ser dispensado aos presos submetidos ao regime.

O fato é que um preso provisório sobre o qual recaiam as chamadas “fundadas suspeitas” previstas no § 2º do art. 52 da LEP, receberá o mesmo tipo de sanção aplicada a alguém que por acaso venha a cometer um homicídio dentro do presídio. Sendo, ambos, presos isolados em cela individual, tendo amplamente mitigado o direito ao banho de sol, visitas, não podendo ainda exercer qualquer trabalho.

Fica evidente que o art. 52 da LEP é de imensa imprecisão, não especificando hipóteses concretas, as quais caberiam à aplicação da sanção disciplinar, sendo extremamente vagas as seguintes prescrições: “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (parágrafo primeiro) e recaia fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando” (parágrafo segundo).

Trata-se de norma punitiva, indevidamente, aberta, que não delinea com precisão a conduta específica capaz de representar perigo para a sociedade ou local prisional.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 75, explicita: Por isso desenvolve-se em três estágios: a) fixação do *quantum* da pena; b) estabelecimento do regime de cumprimento da pena; c) opção pelos benefícios legais cabíveis (penas alternativas, *sursis*). Para a escolha do montante da pena, o magistrado se baseia no sistema trifásico: a.1) elege a pena-base, com fundamento nos elementos do art. 59 do Código Penal; a.2) aplica as agravantes e atenuantes possíveis (arts. 61 a 66 do Código Penal); a.3) finaliza com as causas de aumento e diminuição da pena.

Outro ponto no qual esse princípio da individualização da pena é desconsiderado é no período de isolamento diário de vinte e duas horas, eis que se torna quase impossível a avaliação desses presos com fim de aferir o eventual grau de ressocialização ou mesmo para fins de concessão de benefícios legais.

Além disso, os presos submetidos ao RDD ficam impossibilitados de exercerem qualquer atividade laborativa em decorrência do citado isolamento, sendo impedidos, indiscriminadamente, de realizar aquela que é uma das atividades que os individualizam (eis que levam em conta as aptidões pessoais de cada um) e das mais importantes ferramentas no processo de ressocialização. Perdendo, ainda, a possibilidade de remir sua pena, pelo trabalho, nos termos do art. 126 da LEP.

Esse é sem dúvida, ao lado da dignidade da pessoa humana e da função ressocializadora da pena, um dos princípios mais violados pelo sistema carcerário brasileiro, na qual os presos são mantidos em locais que, muitas vezes, ultrapassam o dobro ou mesmo o triplo de vagas para aquele local, gerando um cenário que remete ao período medieval em que pessoas eram mantidas em masmorras.

A falta de estrutura, somada aos abusos cometidos por alguns profissionais que atuam na área prisional, torna ainda mais evidente a incompatibilidade do RDD com o respeito ao princípio da individualização da pena e com o objetivo maior da Lei de Execução Penal prevê, previsto em seu artigo primeiro: “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”.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte jurisprudência⁶⁴:

EMENTA: Pena privativa de liberdade (sentido e limites). Crimes denominados hediondos (Lei nº 8.072/90). Execução (forma progressiva). um. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso. dois. Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade

⁶⁴ JUSBRASIL. **Jurisprudência**. Revista Jus Brasil. Ementa. STJ - HC: 101739 DF 2008/0052669-9, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2010). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19155568/habeas-corporus-hc-101739-df-2008-0052669-9>>. Acesso em: 30, set. de 2016.

de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830. três. É disposição eminentemente proibitiva e eminentemente excepcional a lei dos crimes denominados hediondos; portanto, proposição prescritiva de interpretação/exegese estrita. quatro. Em bom momento e em louvável procedimento, o legislador de 1984 editou proposição segundo a qual "a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso". 5. Juridicamente possível, assim, a adoção, em casos que tais, da forma progressiva. Ordem de habeas corpus concedida a fim de se assegurar ao paciente a transferência para regime menos rigoroso. (HABEAS CORPUS Nº 47.468 – DF (2005/0145452-9) RELATOR: MINISTRO HELIO QUAGLIA BARBOSA, 6º turma, Documento 2237546 – EMENTA/ACORDÃO – Site certificado – DJ: 06/03/2006.

Fica assim evidente a violação da finalidade ressocializadora da pena pelo RDD, ao passo em que retira a possibilidade de convivência do preso com outras pessoas, o direito/dever ao trabalho, impossibilita a remissão, e acima de tudo, o confinamento em cela individual provoca diversos problemas nos presos submetidos a tais condições, agravando, ainda mais, todos os problemas inerentes ao encarceramento no sistema prisional brasileiro.

Além de violar inúmeros princípios constitucionais, o RDD vai também de encontro aos Tratados de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, bem como as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros (RMTP) das Nações Unidas, a exemplo da regra de número 31⁶⁵ RMTP que assim dispõe: "As penas corporais, a colocação em "segredo escuro" bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares". Contrastando com aquilo que ocorre com a aplicação do RDD.

A violação fica, ainda, mais evidente, frente à regra número 32 que estabelece:

- 1) As penas de isolamento e de redução de alimentação não devem nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o recluso e certificado, por escrito, que ele está apto para as suportar. 2) O mesmo se aplicará a outra qualquer sanção que possa ser prejudicial à saúde física ou mental do recluso. Em nenhum caso devem tais sanções contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.
- 3) O médico deve visitar diariamente os reclusos submetidos a tais sanções e deve apresentar relatório ao diretor, se considerar necessário pôr fim ou modificar a sanção por razões de saúde física ou mental.

⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras Mínimas Para o Tratamento de Prisioneiros.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

O texto exposto demonstra claramente a incompatibilidade do RDD com as RMTM, deixando manifesta sua inconstitucionalidade frente a esse documento. Além disso, o RDD ainda vai de encontro a DUDH que em seu art. 5º estabelece a proibição de penas cruéis, tortura e de tratamentos degradantes.

Merecendo destaque o fato de que o artigo 4º da constituição ainda enumera os princípios a regerem as relações exteriores do Brasil, reforçando o compromisso do país em efetivar o direito internacional e que por meio da emenda constitucional nº 45/04, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, inserindo o § 3º⁶⁶ no artigo 5º da Constituição, se estabeleceu que os tratados de direitos humanos assumiriam posição de extrema importância perante o ordenamento jurídico brasileiro, reforçando a feição de nossa constituição com relação ao respeito e proteção dos direitos humanos. Eis a redação do aludido parágrafo:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Posto isso, resta evidente os vícios de inconstitucionalidade que o Regime Disciplinar Diferenciado apresenta em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente frente à Constituição Federal de 1988, violando vários princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da não culpabilidade, da individualização da pena, além de ser contrário ao Direito Penal brasileiro, caracteristicamente garantista. Sendo, ainda, contrário aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Portanto, fica demonstrado o caráter desumano e degradante da sanção em tela, além de se poder relacioná-la com o “Direito Penal do Inimigo”, conforme se fará no capítulo que segue.

⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 15 out. 2016.

4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em um mundo marcado pela velocidade dos acontecimentos e altíssimo grau de desenvolvimento tecnológico da Sociedade Contemporânea - sobretudo nas áreas da indústria; genética; biotecnologia; informática e comunicação, e, em meio a tudo isso - o ritmo acelerado das transformações socioeconômicas, com consequências imprevisíveis, alçaram a segurança a uma posição de destaque, em que se espera uma posição do Estado no sentido de oferecer uma resposta frente aos problemas produzidos pelo fenômeno da globalização⁶⁷.

Nesse contexto, se tem potencializado o risco de resultados não esperados e pretendidos, não previstos, fazendo crescer as dúvidas, incertezas e perigos e com isso, também cresce a demanda social por segurança, dada à dificuldade social em acompanhar a velocidade das transformações, suas causas e entender os acontecimentos que tem influenciado sua realidade. Acerca do assunto, Silva Sánchez⁶⁸ fala da insegurança enquanto marca da sociedade pós-industrial:

[...] Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os “novos riscos” – tecnológicos e não tecnológicos – existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.

⁶⁷ “**Globalização** é um conjunto de **transformações** na ordem política e econômica mundial visíveis desde o final do século XX. Trata-se de um fenômeno que criou pontos em comum na vertente **econômica, social, cultural e política**, e que conseqüentemente tornou o mundo interligado, uma **Aldeia Global**. O processo de globalização é a forma como os mercados de diferentes países interagem e aproximam pessoas e mercadorias. A quebra de fronteiras gerou uma **expansão capitalista** onde foi possível realizar transações financeiras e expandir os negócios - até então restritos ao mercado interno - para mercados distantes e emergentes. O complexo fenômeno da globalização teve início na Era dos Descobrimentos e se desenvolveu a partir da Revolução Industrial. Foi resultado da **consolidação do capitalismo**, dos grandes avanços tecnológicos (Revolução Tecnológica) e da necessidade de expansão do fluxo comercial mundial. As inovações nas áreas das Telecomunicações e da Informática (especialmente com a *Internet*) foram determinantes para a construção de um mundo globalizado”. (grifos no original). SIGNIFICADOS. **Significado de globalização:** o que é globalização. Disponível em <:https://www.significados.com.br/globalizacao/>. Acesso em: 12 out. 2016.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**, trad. Luiz de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

Diante dessa insegurança causada, os indivíduos buscam no Estado respostas e soluções que visem diminuir os resultados desses fenômenos. Nisso, o Estado passa a ocupar uma posição de referência quanto à ordem, disciplina, prevenção e – principalmente - à segurança, e, é nesse cenário que um dos principais instrumentos da gestão pública desponta para o atendimento das demandas, o Direito Penal, exigindo deste maior êxito na sua missão de proteger os bens jurídicos socialmente mais relevantes, haja vista que o Direito Penal atua como instrumento mantenedor da paz social, por meio da limitação das liberdades individuais, visando ao bem da coletividade.

A preocupação da sociedade com os riscos produzidos tem levado também a um direcionamento de demanda pela tutela de novos bens jurídicos, ocorrendo uma mudança de enfoque no Direito Penal e em sua atuação, passando da repressão, após a ocorrência do dano, para a prevenção de riscos.

Assim, verifica-se o surgimento de um fenômeno denominado hipertrofia do Direito Penal, o qual se caracteriza pela expansão e inflação na produção legislativa, voltada à criminalização, cada vez maior, de condutas delitivas.

Nesse sentido, tem ocorrido também a supressão das garantias processuais e relativização dos princípios constitucionais penais. Conforme explica Silva Sánchez⁶⁹:

A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, “lugar natural” clássico – o direito de polícia -, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior clareza demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, a angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização”. [...] E é fato que, em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece mesmo razoável que a busca de elementos de orientação normativa – e, dentre eles, o Direito Penal ocupa um lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva. Com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal *malgré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade.

⁶⁹ *Ibidem*. p.41.

Nessa sociedade voltada a uma grande preocupação com a prevenção de riscos, a escolha dos tipos penais tem se orientado para a criação de tipos penais de perigo abstrato, os quais dispensam qualquer análise quanto a real exposição do bem a perigo, eis que esse foi presumido pelo legislador, e se tem verificado uma sintomática alteração nas bases do Direito Penal clássico.

4.1 DISTINÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL DO FATO X DIREITO PENAL DO AUTOR

A doutrina costuma dividir em dois polos distintos o Direito Penal. De um lado, estando o Direito Penal do fato, adotado por nosso ordenamento para caracterizar o crime e responsabilizar o “criminoso” e no outro polo encontra-se o Direito Penal do autor.

Para o Direito Penal do fato, não há interesse no histórico ou mesmo nos antecedentes do indivíduo, para fins de configuração do crime. Busca-se a relação concreta entre o fato ocorrido e o descrito na norma penal, sendo desconsiderada a personalidade do autor desse fato.

Ao agente é imposta a responsabilidade subjetiva pelo ilícito cometido, nos limites da sua culpabilidade, como se pode extrair das lições de Capez⁷⁰:

A culpabilidade é vista como a possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com as circunstâncias, podia e devia agir de modo diferente. Funda-se, portanto, na possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado. Sem isso, não há reprovação e, por conseguinte, punição. Sem culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*), e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullum crimen sine culpa*).

É também um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal e nas palavras de Capez⁷¹ “[...] costuma ser definida como juízo de sensurabilidade e reprovação, exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito [...]” e

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 1, parte geral**. ed. 19. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 318.

⁷¹ *Ibidem*. p. 317.

prossegue o autor⁷² ao afirmar que “em síntese, só *haverá culpabilidade se*: o agente for imputável; se dele for exigível conduta diversa...”.

Assim, tendo o ordenamento jurídico brasileiro consagrado o Direito Penal do fato, não é possível que seja tipificado ou mesmo sancionado o caráter ou o modo de ser do indivíduo, não julgando sua pessoa, mas, tão somente, os atos desta. A culpabilidade recai sobre o comportamento do indivíduo.

Para o Direito Penal do fato, enquanto corolário do princípio da culpabilidade, ninguém será culpado de forma geral, senão apenas com relação a determinado fato ilícito que tenha cometido através de uma conduta comissiva ou omissiva. Uma vez que a culpabilidade refere-se a um fato determinado, tem-se o respeito à autonomia da vontade do autor, constituindo um juízo sobre a relação do autor com o fato realizado concretamente, em nada se relacionando com sua personalidade, nem mesmo com qualquer ação futura.

Nesse sentido, temos a seguinte afirmação de Prado⁷³:

O delito só existe enquanto ação humana (Direito Penal do fato) e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude (Direito Penal do autor), mormente em uma sociedade livre e democrática, em que vige o primado da lei e do respeito inarredável aos direitos e garantias fundamentais do homem. Ademais, o simples querer ou pensar, sem qualquer exteriorização, sequer pode ser objeto de consideração no campo penal: cogitationis poenam nemo patitur.

Portanto, é pela prática de um fato que o Direito Penal atribui culpa ao autor de conduta delitiva a partir do momento que este produz um resultado com uma ação ou omissão. Nisso, o Direito Penal do fato, revela-se garantista, respeita os direitos humanos e oferece ao autor da conduta todos os meios de defesa.

O Direito Penal brasileiro é um direito garantista, com base nos princípios do Estado Democrático de Direito previstos na Constituição Federal de 1988. É no trabalho de Luigi Ferrajoli em que são encontradas as bases do garantismo penal.

De acordo com o autor⁷⁴:

⁷² *Ibidem*. p. 324.

⁷³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1.** ed. 7. Ver. ,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 300

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano político se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

O direito penal do autor, de modo oposto, volta-se para personalidade do autor para configurar o crime. Seus elementos são de ordem subjetiva e o delito é constituído com base no modo de ser do agente, como sintoma de sua personalidade. A criminalização recai sobre a personalidade e não sobre a conduta do autor do ilícito. Assim, o seu fim é detectar os autores antes mesmo do acontecimento da conduta. Nisso, o direito atua de forma antecipada e de modo preventivo.

Acerca da penalização da conduta e fazendo um contraponto com o direito penal do autor, Zaffaroni⁷⁵ faz a seguinte observação:

[...] o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação.

Para o Direito Penal do autor, o delito é caracterizado pelo modo de vida do agente, estando a pena ligada à sua suposta periculosidade, não se castigando o ato, senão a atitude interna do agente. Esse indivíduo é tido assim como perigoso e nocivo para a sociedade, devendo ser então punido, neutralizado.

Acerca do conceito de Direito Penal de autor Zaffaroni⁷⁶ aduz:

⁷⁴ FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. ed. 3. , São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGRILLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1- parte geral. ed. 9. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.111.

⁷⁶ *Ibidem*. p.110.

Ainda que não haja um critério unitário do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e o reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc.

Conforme se vê, a penalidade não recai sobre a conduta delitiva, senão sobre seu autor. Nesse sentido, o que importa para esse direito não é o ato delitivo, mas a personalidade do agente. Há uma criminalização da má vida ou do que se chama estado perigoso, na qual indivíduos são selecionados como portadores de certos estereótipos: prostitutas, dependentes químicos, ladrões, homicidas.

Para essa teoria, a criminalização deverá incidir sobre a personalidade do autor em razão de sua periculosidade, necessitando de repreensão que neutralize ou mesmo venha a eliminar eventual descumprimento futuro da norma. Isso porque, o delito representa apenas um indicativo de uma mentalidade criminoso, justificando a pena.

Em importante artigo no qual demonstra as antigas raízes do Direito Penal do autor, um dos maiores penalistas do Brasil expõe de modo brilhante a barbárie perpetrada pelo regime nazista, sob a égide de um direito legalista e desprovido de valores humanos. Os diversos crimes cometidos pelo regime demonstra claramente a face desumana e violenta dessa teoria. Assim são as palavras de Gomes⁷⁷:

Ha sessenta anos decretava-se o fim da II Guerra Mundial. O nazismo pretendia dominar o mundo por mil anos, mas não resistiu a doze (1933 a 1945). Qual a principal lição que aprendemos? A humanidade não tolera o horror e o holocausto! Seis milhões de judeus morreram (dos quais, 1,5 milhão de crianças); três milhões de homossexuais, ciganos, comunistas, deficientes físicos, negros e testemunhas de Jeová também foram dizimados. O mais chocante: tudo foi feito com base na lei!

Acerca de todo o horror perpetrado pelo regime nazista, o qual contou com um positivismo legalista, incapaz de por freios ao legislador, prossegue o ilustre

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Nazismo, Holocausto e Direito Penal de Autor**. LFG. Artigo. Científico. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050509143941197>. Acesso em: 09 out. 2016.

autor⁷⁸ e afirma que [...] “Se a norma for injusta e aberrante não se lhe pode dar cumprimento. Mas no tempo do nazismo vivia-se ainda sob o império do Estado liberal. Confundia-se lei com Direito. [...]”.

O Direito Penal do autor não é uma teoria recente do Direito Penal. Pelo contrário, remonta ao período da Santa Inquisição, na Idade Média, quando pessoas eram presas, condenadas aos mais variados tipos de morte. Tudo isso corria sob o argumento de que estariam atentando contra a Santa Igreja e seu Direito Canônico.

Não havia contraditório, ampla defesa e muito menos ainda o devido processo legal. O sistema processual inquisitivo data dessa época, caracterizado pela inexistência de qualquer separação entre as funções processuais de acusação, defesa e de julgamento, concentrando-se todas as funções nas mãos do magistrado (o juiz inquisidor).

O alemão Günther Jakobs - penalista e professor da Universidade de Bonn para o qual a pena funciona enquanto método de luta contra o crime - desenvolveu o Direito Penal do Inimigo, espécie do gênero Direito Penal do autor, destinado aos criminosos que atentem contra o Estado.

A doutrina de Jakobs recebeu influência da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann⁷⁹, orientando-se pelos critérios da prevenção geral, em que aponta como principal função do Direito Penal o império do sistema, a afirmação normativa.

Assim, a função do direito é reafirmar a existência da norma, a qual existe em favor da estabilização do sistema social. Nisso, a culpabilidade configura ausência de fidelidade ao direito, justificando a imposição da pena.

Nesse sentido, Jakobs dividiu o Direito Penal em dois sistemas distintos. De um lado o Direito Penal do Cidadão, cuja aplicação se dá em condições normais da sociedade e têm por postulado os princípios do democrático Direito Penal do *fato* e da *culpabilidade*. Do outro lado, o Direito Penal do Inimigo⁸⁰, voltado para os

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Niklas Luhmann foi um sociólogo alemão, considerado um dos autores mais produtivos do século XX. Nasceu em 1928. Desenvolveu a teoria dos sistemas, apontada como responsável por dirigir qualquer aspecto da vida social. Para ele, a medida que o universo é constituído por uma infinidade de elementos e esses se relacionam uns com os outros, há relações mais estreitas e duradouras, ao passo que outras são mais distantes ou passageiras. Quando na relação entre si os elementos adquirem autonomia, formando então um sistema, cuja noção está estreitamente ligada a noção de ambiente. Essa teoria é utilizada também para o estudo do direito. Segundo Luhmann, o sistema jurídico é composto pela legislação e a jurisdição. EBIOGRAFIA. **Niklas Lumann**. 2016. Disponível em: < https://www.ebiografia.com/niklas_luhmann/>. Acesso em: 13 out. 2016.

⁸⁰ O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais), em sua ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e tráfico

indivíduos que se negam a cumprir com o pacto social, renunciando a condição de cidadão e recebendo como consequência um discricionário *Direito Penal do autor* e da *periculosidade*.

O Estado pode assim ver as pessoas como aqueles que delinquem ou como indivíduos que representam um perigo para o próprio Estado.

Nessa divisão promovida por Jakobs, o Direito Penal dos cidadãos destina-se àqueles que delinquem, contudo não chegam a representar perigo para a sociedade e para o Estado. Seu delito o afasta apenas momentaneamente da observância legal. Serão asseguradas a ele todas as garantias processuais e penais. Com relação a esse ponto, Fabretti⁸¹ traz essa observação:

É nesse ponto que o *inimigo* se separa do cidadão, pois o cidadão quando comete um crime desautoriza a norma, põe em dúvida sua vigência, mas não desautoriza o sistema jurídico em si, que é prontamente restaurado com a imputação da pena. O *inimigo*, porém, não apenas desrespeita a norma, mas também põe em xeque todo o arcabouço jurídico, ou seja, o próprio sistema.

De modo contrário, será aplicado o Direito Penal do inimigo às pessoas que ao cometerem um delito, afastam-se de modo definitivo do Direito, representando uma ameaça ao próprio Estado e pondo a paz social em constante risco, a qual representa o interesse coletivo. Acerca do inimigo e a forma como devem ser tratados na teoria de Jakobs, são esclarecedoras as palavras de Gomes⁸²:

Quem são os inimigos?: criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. Cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como

de drogas), ou principalmente, através de sua vinculação a uma organização (terrorismo, delinquência organizada, tráfico de drogas), ou seja, em qualquer caso, de uma forma duradoura abandona o direito, não dá a mínima garantia de seu comportamento pessoal. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal do Inimigo: Uma Análise Sob os Aspectos da Cidadania**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: < <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1219>>. Acesso em: 12, out de 2016.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)**. Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo Científico. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2016.

manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo. *Como devem ser tratados os inimigos?*: o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é *sujeito processual*, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo juridicamente ordenado – p. 45” (sic). Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra [...].

O Direito Penal do Inimigo defende que o indivíduo que age de modo contrário à lei, está na verdade agindo contrariamente ao próprio Estado, devendo assim, ser tratado enquanto inimigo e conseqüentemente, sem cidadania, não podendo ter os direitos que são assegurados aos cidadãos. Portanto, receberão tratamento diferenciado do Estado (tem suas garantias fundamentais suprimidas). Quanto aos fundamentos dessa teoria Jakobs⁸³ argumenta:

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, *de per si*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é. Kant, quem fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. [...] conseqüentemente, quem não participa na vida em um <<estado comunitário-legal>>, deve retirar-se, o que significa que é expelido ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser <<tratado>>, como anota expressamente Kant, <<como um inimigo>>.

Essa teoria tem por base três pilares nas palavras de Ishida⁸⁴:

Trata-se de uma teoria formulada por Günther Jacobs, com base em três pilares: (1) antecipação da punição do inimigo (o agente criminoso); (2) desproporção das penas (permitindo a elevação, a prisão perpétua, o regime integral fechado) e a relativização das garantias processuais; (3) criação de leis específicas de acordo com o tipo de agente criminoso (roubador, homicida etc). Denomina inimigo aquele que não quer adentrar na sociedade, que se afasta permanentemente do direito e portanto não pode ser chamado de cidadão.

⁸³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. ed. 3., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.28-29.

⁸⁴ ISHIDA, Váler Kenji. **As tendências do direito penal moderno alemão e sua real adequação ao direito penal brasileiro**. Carta Forense. Artigo. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/as-tendencias-do-direito-penal-moderno-alemao-e-sua-real-adequacao-ao-direito-penal-brasileiro/14604>> Acesso em: 09 out. 2016.

Portanto, o Direito Penal do inimigo apresenta como características⁸⁵ uma projeção para o futuro, sendo um direito prospectivo, que tem por objetivo a punição daquilo que o indivíduo sequer cometeu ainda, mas atuando com base na periculosidade que este representa; é um direito que combate perigos com penas desproporcionais.

4.2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO ENQUANTO PRODUTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Após um longo período em que o Brasil foi governado por um regime de exceção, no qual o direito e as garantias individuais foram sistematicamente violados, a redemocratização e a nova constituição representaram esperança para o povo brasileiro, essencialmente, após a aprovação da Constituição Federal de 1988 pela Assembleia Nacional Constituinte, em 22 de setembro de 1988, e promulgada em 05 de outubro do mesmo ano.

A nova constituição trouxe em seu texto a previsão de direitos e garantias fundamentais, como princípios limitadores do poder estatal. Bem como regulamentou os princípios e garantias fundamentais do cidadão, trazendo fundamentos às relações privadas (que a doutrina chama de constitucionalização do direito privado).

Todavia, isso não impediu que, em 2003, fosse editada a Lei nº 10.792/2003, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado no âmbito dos presídios, em todo o país.

O RDD gerou grande controvérsia doutrinária em razão das várias violações a garantias fundamentais, conforme visto no capítulo anterior, com clara violação a alguns princípios constitucionais como o da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana, da individualização e o objetivo ressocializador da pena.

⁸⁵ Outrossim, do Direito Penal do Inimigo são bem particulares e conforme apontadas por Jakobes são: 1- Adiantamento da punibilidade; 2- falta de uma redução da pena em virtude do referido adiantamento; 3- Passagem de uma legislação de direito penal para uma legislação de luta; 4- supressão de garantias processuais. Agindo com estes instrumentos, a saber: o adiantamento da punibilidade, penas mais severas, limitação de garantias processuais – o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal do Inimigo: Uma Análise Sob os Aspectos da Cidadania.** Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1219>>. Acesso em: 12 out. 2016.

Sob o discurso de resolução dos problemas provenientes da criminalidade, cria-se um direito penal de emergência, o qual não se coaduna com as liberdades dos cidadãos nos Estados Democráticos.

Diante do apelo social por uma providência estatal para o problema da violência, a edição da lei que criou o RDD se coaduna – perfeitamente - com os mesmos tipos de lei que foram criadas nesse mesmo contexto e que tem por raiz o Direito Penal do inimigo.

Em importante artigo, Greco⁸⁶ traz um comentário que exemplifica bem a forma como a Teoria do Direito Penal do inimigo conseguiu ganhar espaço, graças à propagação do medo na sociedade:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.

Como se vê, é justamente uma sociedade tomada pelo medo que oferece o cenário mais favorável para a propagação de um direito desprovido de direitos fundamentais, resultando em uma legislação imediatista que faz lembrar a velha máxima de Maquiavel⁸⁷ o qual pregava que “os fins justificam os meios”. O Direito Penal do inimigo, enquanto espécie do velho Direito Penal de autor utiliza-se do

⁸⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Jusbrasil. Artigo Científico. Disponível em: < <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>> Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁷ Nicolau Maquiavel foi um Italiano famoso da época do Renascimento. Nasceu e viveu em Florença. Sendo filho de pais pobres, manifestou interesse pelos estudos desde cedo, tornando-se um importante historiador, diplomata, poeta, músico, filósofo e político. Viveu na época do governo de Lourenço de Médici. Sua obra mais importante, O Príncipe, foi escrita em 1513. Nessa obra ele aconselha os governantes sobre como manter o poder absoluto, ainda que seja necessário o uso de forças militares com o fim de alcançar esse objetivo. É desse livro que advém sua famosa expressão: “os fins justificam os meios”, transmitindo a ideia de que tudo é válido para que o governante mantenha sua autoridade. Em outros termos, eles precisam estar acima da ética e da moral dominante para realizarem seus planos. NICOLAUMAQUIAVEL. **Biografia de Maquiavel**. 2016. Disponível em: < <http://www.nicolaumaquiavel.com.br/biografia>>. Acesso em: 15 out. 2016.

medo, da insegurança e dos altos índices de criminalidade para legitimar seu discurso. Nesse sentido, afirma Gerber⁸⁸:

Neste sentido, e apesar de vários outros fenômenos que surgem desta afirmada complexidade do medo (crimes de perigo abstrato, direito penal como proteção de bens jurídicos difusos ou, quiçá, inexistência de bem jurídico) no campo do Direito, o que mais encontra no nazi-fascismo seus pontos de identidade é o denominado Direito Penal do Inimigo.

No mesmo sentido, O RDD foi criado em meio ao medo da sociedade brasileira, acuada pela violência urbana e o caos no sistema penitenciário brasileiro, em que as facções criminosas comandavam e ainda comandam a criminalidade no âmbito interno dos presídios e orquestram roubos, assassinatos, tráfico de drogas e de armas fora destes.

Nesse contexto, se tem que as hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, previstas nos parágrafos 1º e 2º⁸⁹ do artigo 52 da Lei de Execução Penal e acrescidas pela citada Lei 10.792/2003, apresentam nítidas características do Direito Penal do inimigo. Vejamos, *in verbis*:

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

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

A expressa disposição legal revela que a inclusão no RDD pode se efetivar em face de presos que representem “alto risco à ordem e segurança do estabelecimento prisional ou sociedade” ou “sob o qual recaiam fundadas suspeitas

⁸⁸ GERBER, Daniel. **Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre**. Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo Científico. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12107-12107-1-PB.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁹ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 01 de ago, de 2016.

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

A aplicação do RDD não está ligada à prática de nenhum fato, nenhum delito concreto. Antes, está vinculada apenas a um exercício arbitrário, baseado em meras suspeitas ou conjecturas da autoridade administrativa da unidade prisional, sendo prospectivo, ou seja, busca-se punir o indivíduo por algo que ele talvez venha a cometer futuramente.

Por outro lado, o direito penal do fato pune apenas fatos, delitos que violem a ordem jurídica. A sanção recai apenas sobre aquilo que o agente efetivamente pratica e cuja conduta viola um objeto jurídico relevante para o Direito Penal.

Além disso, os termos são imprecisos, não apresentando qualquer definição, evidenciando sua configuração enquanto cláusula aberta, típica de um direito penal simbólico⁹⁰, afinal, o que caracteriza alto risco ou fundada suspeita?

Trata-se de um direito prospectivo. A redação do § 1º se coaduna claramente com o direito penal do inimigo, espécie do Direito Penal do Autor. Busato⁹¹ questiona: “[...] que outra fonte de risco social ou penitenciário pode decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos”.

Quanto à segunda hipótese de inclusão no RDD, os comentários de Carvalho⁹² são precisos:

⁹⁰ O Direito Penal Simbólico de acordo com Kerstenetzky, diz a uma política criminal que vai além da aplicação do direito penal do inimigo, e sim, as próprias consequências do efeito externo que a aplicação da lei não produz. Desse modo, manifesta-se com o direito penal do terror, pelo qual se verifica uma inflação legislativa, que cria figuras penais desnecessárias ou, então, o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos determinados. Ele geralmente se apresenta através propostas que visam se beneficiar do medo e da sensação de insegurança. Portanto, o propósito do legislador não é a real proteção dos bens jurídicos atingidos pelo delito, mas uma forma de adular a população, dizendo o que ela quer ouvir, fazendo o que ela deseja que se faça, mesmo que isso não surta qualquer efeito na diminuição da criminalidade e da violência. Com isso, quando determinado fato ganha grande repercussão, surgem propostas de aumento de pena, supressão de direitos individuais, criação de novos tipos penais, ainda que essa não seja a alternativa mais adequada para a solução do problema. KERSTENETZKY, Maira Souto Maior. **Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático**. Âmbito Jurídico. Artigo Científico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁹¹ BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado Como Produto de Direito Penal de Inimigo**. Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo Científico. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10, out de 2016.

⁹² CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. **O RDD Como Paradigma do Direito Penal do Inimigo**. AMPEM (Associação do Ministério Público do Maranhão). Artigo Científico. Disponível em: <http://revista.ampem.org.br/pdf/2008/05.09_RDDParadigma-RECJ-05.09-08.pdf>. Acesso em: 10,

[...] impor um castigo a alguém por apresentar *alto risco* para a ordem e segurança de um estabelecimento penitenciário ou da sociedade, é, além de expô-lo a arbitrariedade, admitir ser possível sancionar antes mesmo da prática de um delito, ou seja, é admitir a possibilidade de aplicação de uma sanção pré-delitual.

Nesses termos, a sanção disciplinar é aplicada com base em mero juízo de valor da autoridade interessada na inclusão do preso no RDD.

Carvalho⁹³ apresenta sua posição quanto a essa hipótese: “não é possível esquecer que para impor uma condenação por um fato delitivo, típico e antijurídico, este tem que estar suficientemente provado, e neste caso, a pena imposta já não seria por “*fundada suspeita*”. Resta evidente que a aplicação da hipótese constitui um agravamento daquilo que já foi decidido através da decisão que impôs a pena, denotando sua evidente relação com o DIP.

Acerca do inimigo Jakobs⁹⁴ assevera : “ [...] Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos [...]” e o autor⁹⁵ prossegue:

A punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos [...] quem ganha à guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação. [...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. [...].

O § 2º apresenta a terceira hipótese de inclusão no RDD. Aqui serão incluídos aqueles sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos. Ainda que a previsão do § 2º do art. 52 da LEP seja mais clara quanto aos motivos para a inclusão do detento no RDD que aquela prevista no § 1º, sua previsão estabelece a penalização da

out de 2016.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. op. cit. p. 29.

⁹⁵ *Ibidem*. 35-36, 37.

suspeita, caracterizando um direito prospectivo e, portanto, um autêntico direito penal do inimigo.

Sua previsão afronta o Estado Democrático de Direito, golpeando mortalmente o princípio da culpabilidade. A suspeita, ainda que fundada, não constitui certeza e dessa forma a aplicação de qualquer sanção mostra-se abusiva, vez que viola o referido princípio. Uma vez que a sanção seja aplicada estará submetendo o preso a um sofrimento ao qual o Estado não poderá de fato reparar no caso de se provar sua inocência. Em comentário a essa hipótese, Marcão⁹⁶ tece as seguintes palavras:

Na prática a regra sugere grave risco, fonte de abusos constantes. São incontáveis os excessos cometidos, isso em razão da vasta e perigosa possibilidade de interpretar a regra em busca do que venha a ser possível considerar fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações ou associações criminosas.

Sobre essa última hipótese Busato⁹⁷ afirma que: “[...] Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução”. E ele prossegue⁹⁸: “Além disso, existe algo que convém destacar: todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores”. Busato⁹⁹ então demonstra de forma clara para a origem da lei que criou o RDD:

[...] Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde “não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor)”. As origens desta lei podem ser perfeitamente detectadas [...].

Pelo exposto, fica evidente que as hipóteses previstas no art. 52 da LEP para inclusão de um preso no RDD são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Demonstram de forma clara que a Lei nº 10.792/03, que instituiu o RDD, ao

⁹⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. ed. 13. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.75.

⁹⁷ BUSATO, Paulo César. op. cit.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

prever a punição a pessoas por conta de sua personalidade e pelo que são e não por seus atos, constitui Direito Penal do inimigo, espécie de Direito Penal de autor.

Acerca das características do autor e a imposição de medidas diferenciadas, aduz Busato¹⁰⁰:

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “Direito penal de inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”.

O Regime Disciplinar Diferenciado expressa clara identificação com as características do Direito Penal do inimigo, de Jakobs, e para o qual o inimigo é aquele indivíduo que de maneira duradoura abandonou o direito, fazendo isso em função de seu comportamento, por sua atuação profissional ou mesmo através de sua ligação a uma organização criminosa. Nota-se como o RDD se “encaixa” nas características de Direito Penal de autor. Para o Direito Penal do inimigo, o agente infrator é alguém que não apresenta garantia mínima de cumprimento das expectativas geradas pelo ordenamento. Silva Sánchez apresenta a definição desse inimigo O Direito Penal do inimigo constitui aquilo que o penalista espanhol Silva Sánchez denomina de terceira velocidade do Direito Penal em sua obra que trata da Expansão do Direito Penal e explica o autor sobre a velocidade do Direito Penal¹⁰¹:

[...] Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal "da prisão", na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma "terceira velocidade" do Direito Penal, na qual o *Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*. (grifos no original).

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jéssus-Maria. op. cit. p. 148.

Nesse sentido, a terceira velocidade do Direito Penal se dá justamente em um cenário caracterizado pelo medo da sociedade que, acaba aceitando as soluções imediatistas de um direito de emergência que relativiza os direitos fundamentais em nome de uma promessa de ser a solução para todos os problemas sociais.

Trata-se, no entanto, de promessa que não é e nem pode ser cumprida pelo Direito Penal. Para o Direito Penal de terceira velocidade (direito penal do inimigo), os clientes, considerados inimigos do Estado, são: estupradores, sonegadores fiscais, sequestradores, membros de organizações criminosas, terroristas etc. Sua punição se dá em razão de sua periculosidade e não da culpabilidade. Com respeito a esse inimigo, Silva Sánchez¹⁰² tece os seguintes comentários:

[...] o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal é manifesta esse déficit por meio de sua conduta. As características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo **Jakobs**, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um por vir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação, jurídico-penal à legislação de combate; é o solapamento de garantias processuais. [...] A transição do "cidadão" ao "inimigo" iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. (grifos do autor).

Ante o exposto, resta concluir que mesmo diante da crise da segurança, o medo presente na sociedade brasileira pela violência urbana, não se justifica a criação de legislação que relativize direitos fundamentais dos cidadãos. O RDD apresenta-se, nesse cenário, como fruto de uma visão equivocada, a qual objetiva extinguir todos os problemas através da edição e o enrijecimento da legislação penal. Portanto, além da violação de princípios constitucionais, a aplicação do RDD ainda gera outras consequências bastante gravosas para o detento submetido a esse tipo de sanção, conforme esclarece Carvalho¹⁰³:

¹⁰² *Ibidem*. p. 149-50.

¹⁰³ CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. op. cit.

[...] a prática de delitos que faz possível a inclusão do condenado nas normas do RDD sujeita o infrator a uma sanção disciplinar e, além desta sanção, perde ainda ele, os direitos a progressão do regime, à possibilidade de liberdade condicional, de indulto e de comutar as penas, configurando-se dessa maneira em uma dupla sanção de natureza disciplinaria uma vez que a perda dos benefícios penitenciários tem em sua origem a lesão a um mesmo bem juridicamente protegido, configurando-se assim em uma dupla sanção disciplinar, imposta pela prática de um mesmo feito, aplicadas pelo mesmo Juiz da execução penal e com um só fundamento. Isto, indubitavelmente, supõe a vulneração do princípio *ne bis in idem*. Neste caso temos um só feito delitivo que sujeita ao infrator a três normas distintas: ao Regime Disciplinar Diferenciado, às normas da LEP e às do Código Penal.

A criação do Regime Disciplinar Diferenciado é, na verdade, fruto do oportunismo político que, diante da insegurança presente na sociedade e a crise do sistema de segurança, apresentam a esta “soluções milagrosas”, com sérias consequências para nosso ordenamento. A supressão de garantias representa um terrível retrocesso quanto aos direitos que levaram séculos para se consolidarem e que em um curto espaço de tempo vão sendo relativizados, violentados.

É preciso deixar claro que o legislativo não tem a capacidade de resolver problemas sociais que somam séculos, em nosso país, fruto das desigualdades econômicas e sociais, do descaso do poder público para áreas importantes como a saúde, educação, segurança, saneamento e tantas outras, não podem ser resolvidos em um “passe de mágica” pelo Direito Penal.

O RDD constitui a mais clara e cruel expressão da presença do famigerado Direito Penal do Inimigo, em nossa legislação, e isso fica ainda mais evidente pela análise das hipóteses de inclusão de presos, previstas no art. 52 da LEP, especialmente, aquelas contidas em seus parágrafos. Sua presença no ordenamento jurídico brasileiro agrava ainda mais o caos do sistema carcerário brasileiro, mediante a desconsideração da humanidade dos presos, que tem seus direitos retirados e que são tratados como inimigos do Estado.

Ante o exposto, pela análise do Direito Penal do inimigo e suas características e do Regime Disciplinar Diferenciado, fica evidente que este não só é fruto daquele, como ainda lança por terra o objetivo maior da execução penal, qual seja, a de proporcionar as condições para uma harmônica integração social do preso, com vistas a ressocialização desse, visando seu retorno à convivência em sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve como proposta fazer uma análise quanto à constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado frente ao Direito Penal Brasileiro, demonstrando que o RDD não se coaduna com o nosso ordenamento jurídico, fundamentado no Estado Democrático de Direito. Fica evidente relação do referido instituto com o famigerado Direito Penal de Autor e suas práticas antidemocráticas.

A criação do RDD ocorreu em um momento de grande insegurança e instabilidade, na nossa sociedade, como também no sistema carcerário brasileiro, especialmente, em seus maiores centros, São Paulo e Rio de Janeiro, cujos presídios eram dominados por organizações criminosas que comandavam o crime dentro e fora dos presídios.

Diante do cenário de violência perpetrado por esses grupos que orquestravam rebeliões, assassinatos e ataques contra agentes da segurança pública; lançando a sociedade no mais absoluto terror - inclusive com o assassinato de dois juizes da execução penal e da cobrança social por uma resposta do Estado -, evidenciou-se a criação do Regime Disciplinar Especial no estado de São Paulo.

O regime disciplinar diferenciado apresenta clara incompatibilidade com a finalidade da pena. Mostra-se um retrocesso ao sistema penal e à evolução deste, assim como da pena, ao longo da história.

No que tange à pena, essa passou por longo processo tendo caráter privado, divino, público, passando pelo período marcado pelo suplício que os delinquentes sofriam por causa da pena imposta - sofrimento do corpo - até chegar ao período humanitário e evoluir até os dias atuais cuja finalidade se apresenta sob três aspectos, quais sejam: retributivo, como uma resposta dada ao indivíduo que pratica um fato antijurídico; preventivo, visando evitar que o agente volte a praticar novos delitos e sofrer novas sanções, além de voltar-se também para a própria sociedade, inibindo-a de cometer crimes, e, o ressocializador.

Pelo caráter ressocializador, a pena não objetiva somente a retirada do criminoso da sociedade e seu isolamento em uma prisão. Antes, é dever do Estado, proporcionar condições no sentido de prepará-lo para que este retorne à convivência social, através do aprendizado, do trabalho e da oferta de todos os direitos previstos

na LEP, tornando o cárcere um ambiente de convivência harmoniosa com outros detentos.

Não é novidade, que a maioria das disposições legislativas, ligadas à execução penal, não passam de mera previsão legal e que o sistema carcerário brasileiro é um caos. Essa situação torna-se ainda mais crítica com a presença do RDD, o qual funciona como instrumento perigoso, com graves reflexos na vida psicológica daqueles que são submetidos a essa sanção.

O RDD como uma das espécies de sanção previstas no art. 53 da LEP representa a mais grave de todas, apesar da LEP já prevê diversas sanções para o cometimento de falta grave pelo preso. O RDD enquanto sanção disciplinar pode, inclusive, violar o princípio *ne bis in idem*, o qual veda que alguém seja punido mais de uma vez pelo mesmo fato criminoso, eis que, alguém condenado por integrar organização criminosa, pode por este mesmo fato, ser incluído no RDD.

A previsão do art. 52 da LEP, de submeter o indivíduo ao isolamento por trezentos e sessentas dias, com graves restrições e baseado em suspeitas da participação do preso em organização criminosa, encontra-se na contramão do ordenamento jurídico brasileiro, constituído por princípios, regras e valores, e que tem a Constituição como topo da pirâmide normativa.

Assim, todo o ordenamento, enquanto sistema jurídico tem por finalidade assegurar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, fruto de um longo processo de evolução social.

A Lei nº 10.792/03 que criou o RDD viola os princípios jurídicos voltados à aplicação da pena, indo ainda de encontro ao Direito Penal brasileiro, de cunho garantista.

O RDD viola entre outros princípios constitucionais, sobretudo a dignidade humana, valor supremo e base estrutural do ordenamento jurídico brasileiro, irradiando luzes para todo o sistema em todos os âmbitos. Por esse princípio, está vedada a “coisificação” do ser humano e tem por finalidade como os demais, atuar como uma limitação ao arbítrio estatal. A aplicação do RDD constitui violação à integridade física e moral do preso em razão do isolamento diário por 22 horas até 360 dias. Além das normas constitucionais, o RDD viola ainda a DUDH e a RMTP das Nações Unidas que vedam tratamentos cruéis e degradantes aos prisioneiros.

O RDD viola, também, o princípio da não culpabilidade, quando aplica esta sanção tão gravosa a presos provisórios, que ao final do processo podem ter sua

inocência provada, sendo nitidamente desproporcional e irrazoável. Este princípio tem previsão constitucional, estando ainda no texto normativo da DUDH e no Pacto Internacional de São José da Costa Rica, em que toda pessoa é presumida inocente até que tenha sua culpabilidade provada. A culpabilidade não é presumida, cabendo ao Ministério Público o ônus da prova no âmbito penal.

Quanto à individualização da pena, a ser efetuada em seu aspecto administrativo, durante a fase de execução, cabem ao Estado as avaliações necessárias visando a sua individualização, devendo zelar por cada prisioneiro, a fim de que seja possível o total cumprimento das finalidades da pena, quais sejam, retribuição, prevenção geral, especial e, principalmente, a ressocialização. O RDD não prevê em seu texto normativo qualquer critério a ser utilizado para se fazer, quanto ao tratamento dispensado aos presos submetidos ao regime.

Outro ponto em que o princípio da individualização da pena é desconsiderado é no período de isolamento diário de vinte e duas horas, eis que se torna quase impossível a avaliação desses presos com fim de aferir o eventual grau de ressocialização ou mesmo para fins de concessão de benefícios legais. Impossível avaliar a recuperação de um detento que passa a quase totalidade do tempo isolado, o que torna inviável a ressocialização desse indivíduo.

Fica assim evidente a violação da finalidade ressocializadora da pena pelo RDD, ao passo em que retira a possibilidade de convivência do preso com outras pessoas, o direito/dever ao trabalho, impossibilita a remissão, e acima de tudo, o confinamento em cela individual provoca diversos problemas, nos presos submetidos a tais condições, agravando, ainda mais, todos os problemas inerentes ao encarceramento no sistema prisional brasileiro.

Uma análise do RDD junto ao Direito Penal do Inimigo possibilita a constatação de pontos importantes quanto à natureza da lei nº 10.792/03. As características do DPI demonstram sua relação com a expansão do Direito Penal. O fenômeno de expansão está diretamente ligado às consequências da globalização como as incertezas e o medo da sociedade moderna, ante os novos tipos de criminalidade.

Nesse sentido, o DPI surge como uma resposta imediata à necessidade de enfrentamento desses problemas, pregando a relativização de direitos fundamentais e princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma proposta retrógrada, sem a devida fundamentação.

A relação do RDD com o DPI fica evidente. O primeiro é igualmente um direito de caráter prospectivo, punindo o autor simplesmente por suspeitas e por sua personalidade e não por fatos delituosos praticados. Busca-se maximizar a pena em detrimento das garantias fundamentais do indivíduo.

O RDD apresenta as mesmas características da teoria criada pelo penalista alemão Günther Jakobs: a relativização da culpabilidade, manifestada na punição de suspeitas; seu caráter prospectivo e a sanção desproporcional. Assim como o DPI divide a sociedade entre cidadãos e inimigos, o RDD propicia uma diferenciação no tratamento aos presos, submetendo aqueles que são identificados, dentro de seu enquadramento, a uma penalidade diferenciada dos demais detentos. Diante dessas e outras razões, é possível constatar sua natureza de Direito Penal do autor, sendo uma clara expressão do Direito Penal do inimigo, no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma análise mais minuciosa da Lei que instituiu o RDD evidencia sua incompatibilidade com os princípios constitucionais de um direito penal garantista como o nosso, com o Estado Democrático de Direito, consubstanciado em direitos e garantias fundamentais violadas pelas hipóteses de inclusão do preso, nesse tipo de sanção, quantos nas consequências nefastas produzidas nessas pessoas.

Enfim, conclui-se pela incompatibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado com o ordenamento jurídico brasileiro por sua afronta à Constituição Federal de 1988 e ao próprio Direito Penal do fato, caracterizado como garantista, além de violar as previsões normativas dos tratados internacionais que defendem a humanização, no âmbito prisional. É uma lei claramente inconstitucional, fruto de uma tentativa imediatista de tentar resolver graves problemas oriundos da situação de abandono do sistema prisional pelo Estado brasileiro, decorrente da incompetência administrativa e política brasileira.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **Análise do Instituto da Reincidência Criminal**. Brasília: Revista CEJ, Ano XII, n.40, 2008. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/965/1136>. Acesso em: 01 de set, de 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre (Pacto de São José da Costa Rica). **Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1992. <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em: 01 de set, de 2016.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 01 de ago, de 2016.

BRASIL. RESOLUÇÃO SAP-59. **Institui o Regime Disciplinar Especial no Complexo Penitenciário de Campinas – Hortolândia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-ago-20/secretaria_cria_regime_disciplinar_presidios_sp> Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. RESOLUÇÃO SAP-144. Dispõe sobre o regimento padrão das unidades prisionais do Estado de São Paulo. Diário Executivo. São Paulo, SP, 30 jun. de 2010. Disponível em: http://www.sifuspesp.org.br/files/u1/ovo_Regimento_interno_nas_unidades_prisonais.pdf. Acesso em: 25 de ago. de 2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17.ed.rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado Como Produto de Direito Penal de Inimigo**. Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo Científico.

Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10, out de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 1, parte geral.** ed. 19. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos.** São José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 01 de set, de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras Mínimas Para o Tratamento de Prisioneiros.** Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. **O RDD Como Paradigma do Direito Penal do Inimigo.** AMPEM (Associação do Ministério Público do Maranhão). Artigo Científico. Disponível em: <http://revista.ampem.org.br/pdf/2008/05.09_RDDParadigma-RECJ-05.09-08.pdf>. Acesso em: 10, out de 2016.

COSTA, Amanda Maciel. Regime Disciplinar Diferenciado: aspectos históricos e críticos. Artigo Científico. Direitonet. 2013. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8147/Regime-disciplinar-diferenciado-aspectos-historicos-e-criticos> Acesso em: 13 set. 2016.

COTRIM, Gilberto. **História Global.** 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

E BIOGRAFIA. **Niklas Lumann.** 2016. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/niklas_luhmann/>. Acesso em: 13 out. 2016.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal do Inimigo: Uma Análise Sob os Aspectos da Cidadania.** 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1219>>. Acesso em: 12, out de 2016.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** ed. 3. , São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FURUKAWA, Nagashi. **Advogados terão de marcar hora para visitar clientes presos em SP.** Conjur. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-jul18/secretaria_institui_normas_visita_presos > Acesso em: 15 de set. 2016.

GERBER, Daniel. **Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre.** Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo Científico. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12107-12107-1-PB.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Jusbrasil. Artigo Científico. Disponível em: < <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>> Acesso em: 10 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)**. Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo Científico. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Nazismo, Holocausto e Direito Penal de Autor**. LFG. Artigo Científico. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050509143941197>. Acesso em: 09 out. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE COMBATE AO CRIME. **Procurados: Facção A.D.A- Amigos dos Amigos**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.procurados.org.br/page.php?id=20>> Acesso em: 31 ago. 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. **As tendências do direito penal moderno alemão e sua real adequação ao direito penal brasileiro**. Carta Forense. Artigo. Disponível em: < <http://www.carteforense.com.br/m/conteudo/artigos/as-tendencias-do-direito-penal-moderno-alemao-e-sua-real-adequacao-ao-direito-penal-brasileiro/14604>> Acesso em: 09 out. 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. ed. 3., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JUSBRASIL. **Jurisprudência**. Revista Jus Brasil. Ementa. STJ - HC: 101739 DF 2008/0052669-9, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2010). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19155568/habeas-corporus-hc-101739-df-2008-0052669-9>>. Acesso em: 30, set. de 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. (col. "A Obra-Prima de Cada Autor"). Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERSTENETZK, Maira Souto Maior. **Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático**. Âmbito Jurídico. Artigo Científico. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216>. Acesso em: 10 out. 2016.

Magno dicionário brasileiro da língua portuguesa. Coordenação Raul Maria Jr. São Paulo: *Difusão Cultural do Livro*: 1995.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. ed. 13. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.75.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Melhoramentos, 2016. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=Suplicio>> Acesso em: 27 de ago. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003.
_____. **Execução Penal: comentários à Lei n.7210**. São Paulo: ed. Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16652/1/Notas_Inconstitucionalidade_Lei_10.792.pdf> Acesso em: 25 set. 2016.

NICOLAUMAQUIAVEL. **Biografia de Maquiavel**. 2016. Disponível em: < <http://www.nicolaumaquiavel.com.br/biografia>>. Acesso em: 15 out. 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 34ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conheça a ONU**. Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/> Acesso em : 12 de set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1**. ed. 7. Ver. ,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1**. ed. 7. Ver. ,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 300

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus. nº 8939153500**. 1º Câmara de Direito Criminal. Relator: Marco Nahum, São Paulo, 05/07/2006. Disponível em <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 19 de set, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIGNIFICADOS. **Significado de globalização**: o que é globalização. Disponível em: < <https://www.significados.com.br/globalizacao/>> Acesso em: 12, out. de 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**, trad. Luiz de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em :12, set de 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGRIL, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1- parte geral. ed. 9. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.