



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO ALTERNATIVA
CONSTITUCIONAL PREVENTIVA E PUNITIVA À VIOLÊNCIA URBANA E AO
CRIME ORGANIZADO**

JOÃO TRIGUEIRO CASTELO BRANCO

CAMPINA GRANDE - PB

2011

JOÃO TRIGUEIRO CASTELO BRANCO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO ALTERNATIVA
CONSTITUCIONAL PREVENTIVA E PUNITIVA À VIOLÊNCIA URBANA E AO
CRIME ORGANIZADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Ricardo Vital de Almeida.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

C348r Castelo Branco, João Trigueiro.
O regime disciplinar diferenciado como alternativa constitucional preventiva e punitiva à violência urbana e ao crime organizado [manuscrito] / João Trigueiro Castelo Branco. – 2011.
43 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.
“Orientação: Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida, Departamento de Direito Público”.

1. Crime organizado. 2. Regime disciplinar diferenciado. 3. I. Título.

21. ed. CDD 364.106

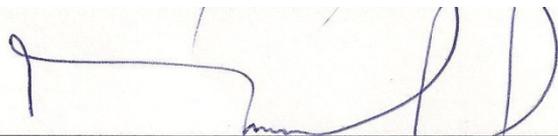
**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO ALTERNATIVA
CONSTITUCIONAL PREVENTIVA E PUNITIVA À VIOLENCIA URBANA E AO
CRIME ORGANIZADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel Direito.

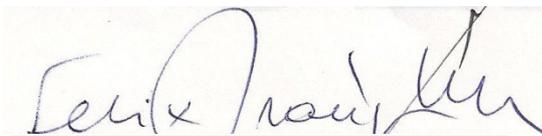
Aprovada em 1º/12/2011.



Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida¹ / UEPB
Orientador



Prof. Dmitri Nóbrega Amorim² / FACISA
Examinador



Prof. Dr. Félix Araújo Neto³ / UEPB
Examinador

¹Doutor em Derecho Penal y Política Criminal pela Universidade de Granada, Espanha(2006). Professor titular da Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Juiz da Justiça Militar da Paraíba.

²Promotor de Justiça do Ministério Público da Paraíba. Professor da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (FACISA).

³ Doutor em Direito Penal e Política Criminal /Revalidado UERJ pelo Universidad de Granada, Espanha(2009). Professor "Máster enDerecho Penal Económico" do Instituto de Altos EstudiosUniversitarios , Espanha

CASTELO BRANCO, João Trigueiro. O Regime Disciplinar Diferenciado como alternativa constitucional preventiva e punitiva à violência urbana e ao crime organizado. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) (Bacharelado em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, 2011.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso levantou à discussão o estado atual do sistema penitenciário brasileiro e as formas com que o Estado tem se pautado diante desta realidade. Para uma efetiva alteração da criminalidade que se incorpora nos presídios brasileiros, que tem colocado as organizações criminosas sobre o poder do Estado, a proposta deste trabalho, foi a inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado como alternativa constitucional preventiva e punitiva à violência urbana e ao crime organizado. Em primeiro plano, o trabalho analisa a evolução histórica do sistema penitenciário, remetendo à realidade do sistema prisional brasileiro. Na sequência foi exposta a Lei de Execução Penal que, com sua alteração, trouxe o Regime Disciplinar Diferenciado. Discorrendo sobre o tema, foram apresentadas as características, hipóteses de cabimento e a constitucionalidade do referido regime, bem como as considerações acerca do mesmo como direito do inimigo. Por fim, destacamos as considerações finais, dando ênfase à necessidade de se estabelecer regimes diferenciados, especialmente para líderes do crime organizado, sem, contudo, permitir qualquer desrespeito à dignidade da pessoa humana. Deixamos claro o sentimento de que o Regime Disciplinar Diferenciado é um instituto constitucionalmente legítimo a ser aplicado quando necessário, de acordo com caso concreto.

Palavras-chave: Crime Organizado; Regime Disciplinar Diferenciado; Constitucionalidade.

CASTELO BRANCO, João Trigueiro. Differentiated Disciplinary Regime as constitutional alternative preventive and punitive urban violence and organized crime. 43 f. Completion of Course Work (CCW) (Bachelor of Laws) - Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, 2011.

ABSTRACT

This conclusion of course work up to discuss the current state of the Brazilian penitentiary system and the ways in which the state has been based on this reality. For an effective change in crime that is incorporated in Brazilian prisons, which has placed criminal organizations on the state power, the purpose of this study was the inclusion of the Differentiated Disciplinary Regime as constitutional alternative preventive and punitive urban violence and organized crime. In the foreground, the paper examines the historical evolution of the prison system, referring to the reality of the Brazilian prison system. Following was exposed to the Criminal Sentencing Act which, with its changes, brought the Differentiated Disciplinary Regime. Discussing the theme, the features were presented, and the chances of no place constitutionality of the scheme, as well as the considerations about the same as the right of the enemy. Finally, we highlight the final considerations, emphasizing the need to establish different regimes, especially for leaders of organized crime, without, however, allow any disrespect for human dignity. We made it clear the feeling that the Differentiated Disciplinary Regime Institute is a constitutionally legitimate to be applied when necessary, according to case.

Keywords: Organized Crime; Differentiated Disciplinary Regime; Constitutionality.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. HISTÓRICO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	7
3. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	9
4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL	13
5. A INSTITUIÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	17
6. CARACTERÍSTICAS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	21
7. HIPÓTESES DE CABIMENTO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	23
8. A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	26
9. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO DIREITO DO INIMIGO	32
10. CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade para ninguém a ineficiência do Estado para manter a ordem dentro dos presídios. A realidade sangrenta das prisões brasileiras demonstra o problema disciplinar enfrentado por estas instituições, no sentido de evitar que os criminosos de alta periculosidade continuem comandando o crime dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.

A dominação de indivíduos ou grupos sobre o sistema, com práticas de violência e até mesmo de morte, ressalta a forma particular com que as práticas criminosas e terroristas têm se instalado no sistema prisional brasileiro. Rebeliões que provocam estrago e destruição dos presídios, além da morte dos próprios detentos, destacam o intuito de líderes criminais de chamarem a atenção da mídia e na tentativa de intimidarem as autoridades, para que suas reivindicações sejam atendidas.

A população assiste perplexa ao que passou a ser rotina, pois o noticiário apresenta, frequentemente, reportagens abordando o problema das rebeliões nos presídios, que acontece em praticamente todos os estados do Brasil. Tais fatos, amplamente divulgados e, portanto, públicos e notórios, demonstram que algo está errado no sistema de execução de penas no Brasil.

Esta realidade tem levantado intensas discussões sobre a legislação que rege as execuções penais no país. Tais discussões permeiam os discursos e propostas que partem desde os acadêmicos até os magistrados, na tentativa de tornar exequíveis instrumentos inibidores e punitivos às práticas delituosas.

Com a finalidade de inibir e punir diversos tipos de práticas criminosas, a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, vem alterar a Lei de Execuções Penais e o Código de Processo Penal no país. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), também objeto desta Lei, surge como mais uma medida para reforçar o crescente uso do direito penal como símbolo de combate à violência, enfatizando cada vez mais a natureza de prevenção geral do que a específica da tutela penal.

Instrumentos como o Regime Disciplinar Diferenciado vem suprir um espaço entre a constitucionalidade das intervenções sobre o comportamento dos detentos e as preocupações com a eficiência das execuções penais. Esta e outras formas devem ser consideradas com sua devida importância, em virtude da efetividade que sua aplicação pode produzir, como ferramenta de manutenção da segurança pública.

O Regime Disciplinar Diferenciado, como instrumento punitivo e preventivo à violência desmedida, é um tema que se tornou polêmico e precisa ser discutido e debatido, de forma racional, pela Doutrina brasileira. Os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis, acerca de sua aplicação, se confrontam no sentido de encontrar um denominador comum entre a proteção dos direitos dos detentos e a punição dos crimes cometidos pelos mesmos.

Adverte-se que reconhecer as deficiências enfrentadas pelo sistema repressivo nacional aponta o desafio de formular propostas alternativas para a solução deste e de tantos outros problemas, a exemplo da superlotação dos presídios, mas com o prefixo de manter as características de Estado de Direito Democrático. Neste ínterim, perspectivas pretéritas precisam ser ultrapassadas e o discurso penal precisa se aperfeiçoar e se amoldar à realidade dos fatos vividos na atualidade, pois percebe-se que os modelos vigentes de Direito Penal e de Processo Penal não têm se mostrado eficazes para coibir a violência e minimizar a sensação de impunidade que habita as mentes da população brasileira.

Daí a pertinência da discussão que este trabalho apresenta e a necessidade de realçar as discussões sobre o Regime Disciplinar Diferenciado e sua constitucionalidade, pois este é um tema que precisa ser debatido, sob todas as vertentes, inclusive para que se consiga, racionalmente, encontrar alternativas que substituam a estagnação penal que se vive hoje, sem precisar, necessariamente, prolongar os riscos da criminalidade comandada por terroristas de dentro dos presídios. Importa oferecer soluções racionais, proporcionais e efetivas para fatos graves, que se repetem a cada dia, aumentando o terror na população, com a disseminação do sentimento de impunidade que acabam inflamando um dos pilares do próprio Estado de Direito Democrático, que é a segurança pública.

Tomando por base os argumentos que muitos autores já vêm apresentando sobre esse tema, o presente trabalho examina o Regime Disciplinar Diferenciado como alternativa constitucional preventiva e punitiva à violência urbana e ao crime organizado. A proposta de analisá-lo sob esta perspectiva importa, no delineamento histórico dos sistemas penitenciários, na descrição do sistema penitenciário brasileiro, na exposição da Lei de Execução Penal, na instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, suas características, hipóteses de cabimento, sua constitucionalidade, bem como o mesmo considerado como direito do inimigo. Ao término de toda esta discussão, são apresentadas as considerações finais.

2. HISTÓRICO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

O comportamento humano, no que se refere a desvios de conduta sociais e morais, sempre foi reprimido pelos governantes e pela sociedade. As formas de correção ou punição destes indivíduos delinquentes são identificadas desde os primórdios da sociedade, porém os registros históricos apresentam distinções nas formas de aplicá-las.

Magnabosco (1998) faz um delineamento histórico do direito penitenciário e a consequente evolução da pena de prisão. A autora descreve que, na antiguidade a privação de liberdade não está diretamente relacionada à sanção penal, nesta época, mesmo havendo o encarceramento de delinquentes, a privação de liberdade não tinha caráter de pena, servia apenas para preservar os réus até seu julgamento ou execução.

Durante vários séculos a prisão serviu de contenção nas civilizações mais antigas e a sua finalidade era: lugar de custódia e tortura. A autora descreve que, na antiguidade, os lugares onde se mantinham os acusados até o momento do julgamento eram diversos, pois ainda não havia estrutura própria para isto. Para o encarceramento dos delinquentes, eram utilizados calabouços, aposentos em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios. À época, as formas de punição seguiam o Direito que se baseava no Código de Hamurabi ou na Lei do Talião, que ditava: “olho por olho, dente por dente”.

Na Idade Média, Magnabosco (1998) conta que as sanções eram impostas pelos governantes em função do *status* social do réu. Práticas como a amputação dos braços, a forca, a roda e a guilhotina serviam de espetáculo para as multidões. Porém, o Império Bizantino criou o *Corpus Juris Civilis*, restabelecendo a ordem.

Na Idade Moderna, Magnabosco (1998) narra que, com a pobreza alastrada pela Europa, a criminalidade se acentuou, resultando em distúrbios religiosos, guerras, expedições militares, devastações de países, extensão de núcleos urbanos, crise das formas feudais e da economia agrícola, entre outros. Diante de tanta criminalidade, a autora destaca que a pena de morte não era mais uma solução adequada, passando a serem adotadas as penas privativas de liberdade.

Com a pretensão de reformar os delinquentes por meio do trabalho e da disciplina, foram construídas prisões organizadas, que tinham como objetivo prevenir a vadiagem e a ociosidade. Além de casas de correções, surgiram também casas de trabalho, em que os encarcerados eram submetidos ao trabalho como forma de punição e prevenção à delinquência.

Magnabosco (1998) retrata o desenvolvimento de outras formas carcerárias até o momento em que estabelecimentos carcerários mais modernos se configuram nos Estados Unidos, a quem Dias (2009) atribui a formação dos primeiros sistemas penitenciários. Para este autor, os *quacres* construíram a primeira prisão norte-americana, em 1776, e tinha como característica aplicar a *solitary confinement* aos condenados. Porém este sistema, em que apareceram as formas mais claras das características do regime celular, começou a fracassar devido ao crescimento populacional penal, iniciando assim, um sistema prisional fundado na separação.

Na sequência descrita por Dias (2009), surge o sistema pensilvânico. As características essenciais dessa forma de aplicar a pena eram baseadas no isolamento celular com intervalos, na obrigação estrita do silêncio, na meditação e na oração. Porém as limitações e os defeitos deste sistema levaram a mudanças na aplicação do regime celular, sendo criado o sistema auburniano.

As características do sistema auburniano, também chamado de *silent system* eram: o silêncio absoluto, o rigoroso sistema disciplinar, com aplicação, inclusive, de castigos cruéis e excessivos, e o trabalho. No formato deste sistema, conforme Dias (2009), os detentos eram divididos em três categorias: uma composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, sendo a estes destinado e isolamento contínuo; outra composta por presos menos incorrigíveis, destinados às celas de isolamento apenas três dias por semana e com permissão para trabalhar; e outra composta pelos que davam maiores esperanças de correção, sendo imposto apenas o isolamento noturno, com permissão para o trabalho, ou destinados às celas individuais uma vez por semana.

A detenção se tornou a forma mais adequada de castigo. O encarceramento passou a ser admitido sob diversas formas. O abandono progressivo da pena de morte e a adoção definitiva da pena privativa de liberdade coincidiram com a adoção do regime progressivo, o qual Dias (2009) distingue em duas vertentes, o sistema progressivo inglês ou *mark system*, que consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado e o sistema progressivo irlandês, que introduziu um período intermediário entre as prisões e a liberdade condicional, considerada como um meio de prova da aptidão do apenado para a vida em liberdade.

Magnabosco (1998) garante que todos os sistemas tinham como premissa o isolamento, para a substituição dos maus hábitos, subordinando o preso ao silêncio e a penitência para que se tornasse apto ao retorno à sociedade, curado dos vícios e pronto a tornar-se responsável pelos seus atos, respeitando a ordem e a autoridade.

3. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Assim como a tendência histórica trouxe as penas privativas de liberdade como medida de prevenção, geral e específica, e como punição ao ilícito penal cometido, como sendo a forma mais adequada, no Brasil, em regra, vigora esta modalidade.

Para chegar onde estamos, o Brasil percorreu uma longa história de adaptação às influências prisionais externas e à realidade nacional. Pedroso (2004) descreve que:

A História do Sistema Penitenciário brasileiro foi marcada por episódios que revelam e apontam para o descaso com relação às políticas públicas na área penal, como também para a edificação de modelos que se tornaram inviáveis quando de sua aplicação (PEDROSO, 2004, p. 122).

Para a autora, quando da implantação da prisão no Brasil, como símbolo do direito de punição do Estado, esta foi utilizada de forma variada, tendo servido como alojamento de escravos e ex-escravos, como asilo para menores e crianças de rua, foi confundida com hospício ou casa para abrigar doentes mentais e, também considerada como fortaleza para encerrar os inimigos políticos.

Seguindo os rumos da jurisprudência em todo o mundo, a implantação de um sistema prisional no Brasil se fazia necessária. Atendendo a esta necessidade, uma nova modalidade penal se efetivou, com a Constituição de 1824, que estipulou as prisões adaptadas ao trabalho e separação dos réus, além do Código Criminal de 1830, que regularizou a pena de trabalho e da prisão simples, e pelo Ato Adicional de 1834, de importância fundamental, que deu às Assembléias Legislativas provinciais o direito sobre a construção de casas de prisão, trabalho, correção e seus respectivos regimes.

Com as indicações da Constituição de 1824 acerca das prisões, estas deveriam ser estabelecidas para serem seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes, entre outras características, porém, Pedroso (2004) comenta que as casas de recolhimento de presos que se conhecia na época, mostravam condições deprimentes para o cumprimento da pena por parte do detento. Como exemplo ela cita o relatório da comissão nomeada para visitar as prisões em 1828 que apontou para o aspecto maltrapilho e subnutrido dos presos, aglomerados em um edifício projetado para abrigar 15 pessoas, no entanto comportava cerca de 390 pessoas, isto ainda nos primeiros anos do século XIX.

Pedroso (2004) discorre que, dentro de um ideal republicano, o Código Penal de 1890 estabeleceu novas modalidades de penas, tais como a prisão celular, o banimento, a reclusão,

a prisão com trabalho obrigatório, a prisão disciplinar, a interdição, o suspeito e a perda do emprego público e multa. Como premissa, o Código considerava que não haveria penas perpétuas e coletivas, apenas as penas restritivas de liberdade individual, que seriam temporárias e não mais do que de trinta anos, sendo elas: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar.

A partir deste novo Código, o sistema repressivo brasileiro exigia uma estrutura penitenciária ideal, que passou a estabelecer os seguintes critérios, descritos por Pedroso (2004): segurança dos detentos, higiene apropriada ao recinto da prisão, segurança por parte dos vigilantes e guardas, execução do regime carcerário aplicado e inspeções frequentes às prisões. Porém, a autora faz a seguinte análise:

A questão penitenciária tratava, do ponto de vista ideal, mais do que nunca, das funções que a pena deveria exercer na vida social. Toda essa boa vontade entrou em colisão com as condições deprimentes dos presídios brasileiros, detectáveis através de estudos e depoimentos de época (PEDROSO, 2004, p. 125).

Tudo o que se construiu ao redor do conjunto de leis, decretos e códigos pela regulamentação das prisões, não humanizou o sistema penitenciário, ao contrário, a finalidade da origem da prisão, se transformou num mero aparelho burocrático. Pedroso (2004) constatou que:

O mau gerenciamento foi uma das causas que, desde a implantação dos cárceres em território brasileiro, impediu que o objetivo de transformar o condenado em uma “nova pessoa” fosse atingido, retornando, assim, após o cumprimento da pena, à readaptação social (PEDROSO, 2004, p. 124).

A Constituição Federal de 1988, codificada como um documento escrito, compilando o conjunto de regras de governo, enumerando e limitando os poderes e funções da entidade política nacional, e onde se encontram as políticas, os objetivos, os princípios e as regras que norteiam o Brasil, trouxe diversos direitos e garantias individuais assegurados a todos os cidadãos. Contudo, importante ressaltar que da mesma forma com que trouxe garantias e direitos, acompanhou algumas limitações para alguns desses direitos. Tais direitos, descritos no artigo 5º, são garantidos a todos os cidadãos, inclusive aos que se encontram encarcerados.

Assim como com a Constituição Federal, com o tempo, o Direito Penal passou a procurar respostas no que se refere a como solucionar o problema da criminalidade. O Direito Penal, ponderando a necessidade de assegurar direitos individuais e coletivos da pessoa

humana evolui das penas corporais para as garantias à vítima, ao infrator e a suas famílias, orientando-se por um espírito humanitário.

Afirma-se a íntima relação do Direito Constitucional com o Direito Penal, uma vez que, é a Constituição Federal que fornece autorização, legitimidade e fundamentação legal ao Direito Penal. Além de a Constituição garantir os direitos de todos os cidadãos, inclusive dos presos, há as legislações ordinárias que também trazem mais garantias aos presidiários, como o Código Penal, a Lei nº 7.210/1984 e a Lei nº 10.792/2003, que vem alterar a Lei de Execuções Penais e o Código de Processo Penal.

O Código Penal Brasileiro, assim como a Constituição Federal, decorre de um processo histórico de formulação e de caracterização de conceitos. Ele foi originado em plena II Guerra Mundial e seu Decreto instituidor foi o Decreto - Lei nº 2.848/1940, sendo que a Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, se incorporaram posteriormente através do Decreto - Lei nº 3.914/1941, além de modificações importantes ocorridas a partir da vigência da Lei nº 7.210/1984 e da alteração de 2003 e, uma última alteração, no que se refere ao Código de Processo Penal ocorrida neste ano de 2011.

As tentativas legais de construir um arcabouço que garanta, por um lado, os direitos dos presidiários e que, por outro lado, garanta a segurança pública, levaram a um amadurecimento da ciência do direito, com a necessidade de respeitar os direitos humanos, a integridade física e moral do indivíduo, ao mesmo tempo em que o uso do Direito Penal se tornou o principal instrumento da política pública para redução da violência e da criminalidade.

Porém, as tentativas legais mais recentes não alteraram o quadro do sistema penitenciário nacional. Observa-se o caos que se instala nos presídios de todo o Brasil. Camargo (2011) descreve que, na realidade do sistema prisional brasileiro, encarcerados são mortos pelos próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos são transformados em reféns, resgates e fugas dos criminosos são cada vez mais audaciosos. A autora narra ainda que as regras nem sempre são cumpridas e a aplicação das penas nem sempre é imposta de maneira adequada, pois hoje em dia o preso é esquecido, a corrupção dentro das cadeias e penitenciárias cresce de maneira assustadora e ainda para piorar a situação, as facções se estendem dentro e fora dos presídios.

Infelizmente estamos percebendo um processo de caos em que há descaso dos governantes, falta de estrutura adequada dos presídios, superlotação dos mesmos, inexistência de um trabalho para a recuperação do detento, entre tantos outros agravantes. Os presídios se tornaram depósitos humanos, onde a superlotação acarreta violência sexual entre presos, faz

com que doenças graves se proliferem, as drogas cada vez mais se expandam, e haja intensa subordinação dos mais fracos aos mais fortes.

Dados atuais do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, apresentam o aumento da população carcerária de 361.402 para 473.626, entre 2005 e 2009, o que representou um crescimento de 31,05%. Segundo este departamento, apesar da redução, nas duas últimas décadas, da taxa anual de encarceramento, o Brasil ainda apresenta um déficit de 194.650 vagas. Em 2010, conforme este mesmo departamento, o Brasil contabilizou uma população carcerária de 494.237 presos. Desse total, 153.526 eram provisórios, 172.942 cumpriam pena em regime fechado, 64.717 em regime semi-aberto e 16.315 em regime aberto.

O Departamento Penitenciário Nacional apresenta ainda que, ao longo de 20 meses, entre os anos de 2007 e 2008, 558 presos foram assassinados enquanto cumpriam pena. A taxa geral de homicídios do apenado recluso no país foi de 24 para cada 100 mil presos neste mesmo período. Todos estes problemas são atribuídos ao Estado, de forma objetiva, pelos danos ocorridos aos detentos enquanto estes estão em custódia no sistema prisional. Esta responsabilidade leva em consideração tanto a ação quanto a omissão da instituição prisional. Desta forma, a morte de um detento gera o direito a indenização para a família do detento morto.

Em confronto à precarização do nosso sistema, o Congresso Nacional, atendendo à pressão da área de direitos humanos do Governo Federal e de organizações não-governamentais que atuam no País, tem aprovado leis que cada vez mais afrouxam o Código Penal e, principalmente a Lei de Execuções Penais. Com isso, cada vez mais os privilégios são incorporados ao rol de direitos mínimos que todo recluso deve ter, a ponto de banir do sistema penitenciário todo resquício de exercício da autoridade pública, seguido também pelo alto grau de corrupção no sistema.

Camargo (2011) denuncia que o excesso de direitos como o de ócio, o das visitas íntimas, o de receber alimentos para estocagem nas celas, o de não usar o indispensável uniforme distintivo dos reclusos, entre outros eliminou a disciplina presidiária. O sentido punitivo da pena foi completamente abolido, por considerar-se “contrário aos direitos humanos dos internos” e à evolução histórica do Direito Penal.

4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Lei de Execução Penal, nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, trata sobre o direito do reeducando nas penitenciárias do Brasil, e a sua reintegração à sociedade. Conhecida como LEP, é reconhecida como organismo legal moderno e de razoável racionalidade. Esta lei adotou o sistema progressivo, que consiste na passagem por regimes de cumprimento de pena em ordem decrescente de severidade, desde que presentes os requisitos legais. Por meio desse sistema, visa-se preparar o condenado para o retorno à vida em sociedade, minimizando, paulatinamente, o rigor no cumprimento da pena privativa de liberdade e atribuindo ao condenado uma crescente dose de responsabilidade.

Na distinção de Capez (2006) a execução penal tem dupla finalidade: a de correta efetivação dos mandamentos existentes na decisão criminal e o oferecimento de condições para a readaptação social do condenado. Com esta distinção, percebe-se a preocupação de se fazer cumprir os rigores da lei e as decisões criminais, não abrindo mão dos direitos do detento. Sob esta perspectiva, a execução penal constitui, então, o momento de concretização para os fins que estabeleceram a pena, principalmente a prevenção especial, mediante a oportunidade da reflexão sobre o ato cometido e da mudança do condenado.

Em termos normativos, Gessé Junior (2009) distingue que a Lei nº 7.210, pode ser interpretada como sendo composta de três objetivos primordiais: aqueles que dizem respeito à garantia de bem-estar do condenado; à necessidade de classificação do indivíduo e a individualização da pena; e à assistência necessária dentro do cárcere e os deveres de disciplina, enquanto o condenado estiver cumprindo a pena.

A própria lei descreve, em seu art. 1º, 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”.

Em interpretação a esta lei, Capez (2006) apresenta a definição da pena como sendo:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cujas finalidades aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2006, p. 17).

Além da definição, o autor identifica as características típicas da pena. Com base na Constituição Federal e no Código Penal, Capez (2006) atribui à pena os princípios de

legalidade, anterioridade, personalidade ou intranscendência, individualidade, inderrogabilidade, proporcionalidade e humanidade.

Quanto às modalidades das penas, estas podem ser distintas em: privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias. O art. 110 define que “o Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal”. Portanto, da classificação das penas privativas de liberdade, estas podem ser cumpridas em regime fechado, semi-aberto ou aberto.

O cumprimento das penas privativas de liberdade ocorre em estabelecimentos penais, aos quais Capez (2006) destaca grande importância para a reinserção do indivíduo ao convívio social. Para o autor, estes estabelecimentos devem possuir uma arquitetura adequada às características da pena a ser cumprida pelo condenado, isto assegurado pela própria legislação.

A lei pátria elenca uma diversidade de estabelecimentos penais distintos nas seguintes espécies: as penitenciárias; as colônias agrícolas, industriais ou similares; as casas do albergado; os centros de observação; os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico; e as cadeias públicas.

Além da pena, como espécie de sanção penal, Capez (2006) também descreve a medida de segurança como forma de sanção penal preventiva. Para o autor, a medida de segurança:

É uma espécie de sanção penal de natureza exclusivamente preventiva, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, proferida mediante o devido processo legal, com finalidade de submeter a tratamento e cura o autor de um fato típico e ilícito que seja portador de periculosidade. Trata-se de medida exclusivamente preventiva, visando a tratar o inimputável e o semi-imputável que demonstraram, pela prática delitiva, potencialidade para novas ações danosas (CAPEZ, 2006, p. 19).

Capez (2006, p. 21) diz com convicção que “se há jurisdição, há processo. Se há processo, estão presentes os princípios constitucionais do processo”. Com isto ele apresenta os princípios constitucionais que compõem o processo, que são os seguintes: contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, publicidade, igualdade e legalidade.

Tais princípios constitucionais estão diretamente relacionados aos direitos sentenciados durante a execução da pena. Ao condenado é garantido o direito à vida; à integridade física e moral; à igualdade; à propriedade; à liberdade de pensamento e convicção religiosa; à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem; de petição

aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra abuso de poder; à assistência jurídica; à educação e à cultura; ao trabalho remunerado; à indenização por erro judiciário; à alimentação, vestuário e alojamento com instalações higiênicas; de assistência à saúde; à individualização da pena; de receber visitas; e direitos políticos. Tudo isto baseado nos direitos e garantias constitucionais.

Estes dispositivos são fundados na Constituição Federal, demais disso, os direitos do preso encontram fundamento na dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 3º, III) e na proibição de penas cruéis ou de trabalhos forçados (CF, art. 5º, XLVII). Partindo de tais normas gerais, os direitos do preso também são explicitados no art. 41 da Lei de Execução Penal, assegurando-lhes:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Esse rol de direitos, por evidente, sofre limites de várias ordens, não podendo ser tomado como algo absoluto. A primeira ordem de limitações é imanente à natureza da relação que o preso tem com o Estado, caracterizada como uma relação de especial sujeição, assim entendidas aquelas relações que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão.

Nos termos do art. 38 da Lei de Execução Penal: “Cumpra ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena”. Dos deveres a serem cumpridos pelo condenado, a lei apresenta em seu art. 39 os seguintes:

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

O descumprimento dos deveres por parte do condenado pode configurar falta, como previsto nos arts. 49 a 51 do Código Penal, detalhados por legislação local, a qual pode vir a ser punida administrativamente, no exercício do poder sancionador da administração penitenciária. A Lei de Execução Penal discorre sobre a disciplina do condenado, no art. 44, quando diz que: “A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”.

Restringindo os componentes para a execução da pena, elencados no art. 61 da Lei de Execução Penal, quais sejam: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo da execução, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamento Penitenciário, Patronato e Conselho da Comunidade; este poder sancionador expressa a forte parcela da atuação do Estado-Administração, encarregado da administração dos estabelecimentos penais, com atribuições decisórias, em muitos casos, como, por exemplo, a restrição dos direitos de trabalho e recreação, de visita e de correspondência (LEP, art. 41, parágrafo único, e art. 53, III) e aplicação das sanções de advertência, repreensão e isolamento (LEP, art. 54).

A execução da pena implica uma relação jurídica entre o Estado e o condenado, da qual se irradiam, em ambos os lados, direitos e obrigações. A inobservância das obrigações, por parte do condenado, provoca a imposição disciplinar que se aplicam: faltas graves na pena privativa de liberdade; faltas médias e leves; transferência disciplinar de estabelecimento carcerário; aplicação das sanções e recompensas; procedimento disciplinar; isolamento preventivo e detração; e regime disciplinar diferenciado.

O parágrafo único do art. 41 estabelece que “os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento”. Isso não significa que outros direitos não possam ser limitados, mas apenas que sua limitação não poderá se dar por ato da administração, mas sim do Juízo.

Evidentemente que os atos disciplinares, independente de quem os pratique, devem obedecer aos seguintes princípios: legalidade; tipicidade; proibição de *bis in idem*; culpabilidade; proporcionalidade; oportunidade.

Obedecendo a estes princípios, a atividade desenvolvida pelo juiz na execução penal é marcada pela imparcialidade, visando tornar realidade a vontade da lei consignada na sentença condenatória, cumprindo-se assim comando que dela emergiu. É também uma atividade substitutiva, na medida em que sobrepõe a vontade da norma às vontades das partes ou interessados.

O juiz, ao aplicar sanções aos apenados, em decorrência de faltas por estes cometidas, o faz no âmbito do direito administrativo sancionador, admitindo-se que o fato de ser a autoridade aplicadora um magistrado não afasta o caráter administrativo da sanção, que não é, no caso, penal.

A ação do juiz ocorre dentro dos limites da sentença condenatória, para serem atingidos os escopos próprios da execução penal, principalmente o escopo de que o cumprimento da pena seja feito num itinerário crescente de individualização em consonância com os progressos de ressocialização apresentados pelo preso. Visa-se, com essa ressocialização, uma melhora na situação do condenado, levando-o a se regenerar, bem como maior proteção à sociedade que não mais se sentiria ameaçada pelo perigo de novos crimes.

5. A INSTITUIÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A situação atual do sistema carcerário brasileiro evidencia, por vezes, que a eficiência de prevenção especial da pena esvaziou-se. Diante disso, constata-se que detentos comandam o crime de dentro dos estabelecimentos prisionais, pondo em dúvida a idoneidade do governo de lidar com a delinquência.

A disposição do legislador em demonstrar para a sociedade a retomada pelo Estado do controle dentro do sistema penitenciário, justifica a divulgação de um novo modelo de aprisionamento. A percepção do caos no sistema penitenciário nacional incrementou esforços no sentido de endurecer as regras prisionais em face de indivíduos cujo comportamento no cárcere punha em risco a sociedade e as próprias autoridades estatais que atuavam na repressão criminal.

Dias (2009) argumenta que o fracasso no regime penitenciário também frustra os objetivos da pena, principalmente quanto à prevenção dos delitos. Tal fato ocasiona o

aumento da violência e, conseqüentemente, a sensação de impunidade. É nesse contexto que surge o Regime Disciplinar Diferenciado, elaborado para tentar solucionar os problemas de eficácia decorrentes do sistema progressivo e, ao mesmo tempo, atender os anseios punitivos de parte da sociedade.

Para este autor, o Regime Disciplinar Diferenciado, também denominado, sinteticamente de RDD, surgiu em nosso ordenamento jurídico em meio a uma crise institucional do sistema carcerário e fora instituído como uma resposta do poder público às pressões sociais que exigiam ações no que visassem contenção da escalada da violência nos grandes centros, bem como, o controle das inúmeras rebeliões que assolavam os presídios de todo o país.

Motivado pela violência praticada com a organização de facções criminosas, atuantes em vários presídios de todo o país, principalmente nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado em São Paulo, em maio de 2001, por uma resolução da Secretaria de Administração Penitenciária do Governo Estadual.

Esta primeira versão objetivava assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional paulista, em consequência de rebeliões que se desdobravam nos presídios do Estado. O referido regime foi criado com o argumento motivacional de buscar dificultar as ações organizadas e supostamente lideradas por internos dos presídios, tais como o Primeiro Comando da Capital (PCC), em São Paulo.

Em março de 2003, o Governo Federal, com vistas a aperfeiçoar o sistema prisional, estudava uma medida provisória para criar um sistema de “cárcere duro” no país, aplicado aos condenados por delitos ligados aos crimes cometidos por organizações criminosas. Esta era a ideia originária em nível nacional, tendo como objetivo principal, dar amparo legal ao Regulamento Disciplinar Diferenciado, existente como norma administrativa nas prisões de segurança máxima do Rio de Janeiro e de São Paulo.

A edição da Lei nº 10.792, em dezembro de 2003, estabeleceu e regulamentou o Regime Disciplinar Diferenciado, universalizando nacionalmente a rigorosa medida disciplinar que vinha sendo executada pelas Secretarias de Administração Penitenciárias dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, nos anos anteriores. O Regime Disciplinar Diferenciado tornou-se oficial em todo o país com alterações significativas na Lei de Execução Penal. Entre as modificações havidas, destacam-se as realizadas nos artigos 52, 53 e 54 desta lei.

Baseado nas normas que o definem, Magalhães (2007) interpreta o Regime Disciplinar Diferenciado como sendo um conjunto de regras rígidas que orienta o cumprimento da pena

privativa de liberdade do réu que já se encontra condenado ou a custódia do preso considerado provisório. Conforme seu entendimento, de acordo com o caso concreto, o autor considera que o instituto pode assumir duas feições, quais sejam: o Regime Disciplinar Diferenciado “punitivo” (art. 52, *caput* e incisos, da Lei 7.210/84) e o Regime Disciplinar Diferenciado “cautelar” (art. 52, parágrafos 1º e 2º, do referido diploma legal).

Cosate (2009) afirma que, para ela, não restam dúvidas, que a idéia primordial do legislador ao criar o Regime Disciplinar Diferenciado foi separar e isolar os líderes de organizações criminosas dos demais presos, porque, através de articulações, estes líderes continuavam a comandar ações delituosas do lado interno e externo dos estabelecimentos prisionais. Para a autora, talvez esse seja o caminho encontrado pelo poder constituinte derivado como forma de “salvar” o sistema penitenciário brasileiro do caos em que tem vivido nos últimos anos.

No afã de gerir a crise na segurança pública e aprimorando as normas relativas ao interrogatório, o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado com a alteração da Lei de Execuções Penais brasileira. Sua inserção está sediada nas Subseções da Lei de “Execuções Penais” que tratam, respectivamente, “Das faltas disciplinares” e “Das sanções e recompensas” e se apresentam a seguir:

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

Art. 53. 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. (NR)

Baseado nestas normas, interpreta-se que o Regime Disciplinar Diferenciado não é uma nova modalidade de cumprimento de pena, mas sim de sanção disciplinar que consiste, sem prejuízo da sanção penal, no isolamento do preso, tanto o provisório como o condenado, que tenha praticado fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem e disciplinas internas, ou seja, trata-se, apenas, de um endurecimento no modo de cumprimento de pena, sendo considerado, assim, uma sanção.

Sobre isto, Dias (2009) conclui que a Lei 10.792/2003 não passou por inovações, principalmente quanto aos regimes de cumprimento de pena, porém trouxe a possibilidade de imposição de sanção disciplinar mais rígida do que as existentes anteriormente.

Baltazar Junior (2007) destaca que a lei se aplica em especial importância para os casos de organizações criminosas, visando preservar a segurança do pessoal penitenciário, bem como evitar a corrupção, com a transgressão das regras do regime e oferta de outros privilégios, seja por intermédio de ameaça ou do oferecimento de vantagens econômicas aos servidores.

Para este autor, a Lei 10.792/2003 alarga, ainda, a possibilidade de que a pena venha a ser cumprida em outro Estado que não o mesmo em que o indivíduo foi condenado, o que também não é novidade, sendo a medida já admitida na redação originária da Lei de Execução Penal.

A partir da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, alguns autores argumentam que é possível afirmar que o recrudescimento do controle disciplinar no interior do cárcere surge como iniciativa penal de dimensões complexas que, além de concentrar objetivos de neutralização e incapacitação, responde também aos desejos iminentes de segurança e proteção.

Com efeito, a aplicação da Lei 10.792/2003 poderá ser adotada não só no interesse da segurança pública, mas também para garantia do próprio condenado, ameaçado por grupos rivais ou em razão da natureza do delito cometido, como nos casos de esturpadores ou expoliciais.

Com a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado e, atualizados os propósitos penais, hoje o que está colocado é a necessária combinação entre a certeza de uma punição

severa e eficaz complementada pelo propósito de proporcionar algum tipo de confiança capaz de reduzir, mesmo que parcialmente, os temores e as angústias que se disseminam de forma coletiva sobre a população.

6. CARACTERÍSTICAS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

As características do Regime Disciplinar Diferenciado são cumulativamente aplicadas e apresentam-se no decorrer das escrituras legais. Apropriado a presídios de segurança máxima, a lei prevê a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado para o reeducando que estiver cumprindo pena por condenação ou estiver temporariamente em reclusão.

Convergindo com a interpretação de vários autores, a identidade do Regime Disciplinar Diferenciado acompanha diversas características. Marcão (2005), em seus estudos sobre o instituto, além de caracterizar o Regime Disciplinar Diferenciado como modalidade de sanção disciplinar, anota as seguintes características, baseadas na Lei 10.792/2003:

- a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção disciplinar, no caso de falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada;
- b) cumprimento da sanção disciplinar em cela individual;
- c) visitas semanais de 2 (duas) pessoas, sem contar com as crianças, com duração de 2 (duas) horas;
- d) saída para banho de sol, por 2 (duas) horas diárias.

Conforme a descrição legal supracitada, que apresenta as características do Regime Disciplinar Diferenciado, a lei determina que o detento fique preso em cela individual monitorada por câmara, com saídas diárias para banho de sol por apenas 2 (duas) horas, no máximo, e nas outras 22 (vinte e duas) horas, o preso é mantido em cela individual, podendo ser visitado por até duas pessoas a cada semana, além das crianças, porém sem direito a contato físico com os visitantes. Não é permitido ao preso receber jornais e revistas, ver televisão ou ouvir rádio, enfim, manter qualquer contato com o mundo externo.

O preso é mantido no Regime Disciplinar Diferenciado por até 360 dias, sendo possível, no entanto, renovar o período, ou alguns dias, caso se comprove a necessidade de manter o preso isolado, ou em caso de nova indisciplina ou tentativa de fuga do condenado. Somados, os períodos de Regime Disciplinar Diferenciado não podem superar 1/6 (um sexto) da pena imposta ao detento, tendo que retornar ao regime prisional tradicional.

Além das características, em breve leitura da Lei de Execução Penal, Silva (2009) extrai que é cabível o Regime Disciplinar Diferenciado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal e da sociedade ou quando recair, sobre o preso provisório ou condenado, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Somadas às normas legais, outras medidas ainda foram tomadas, visando manter a segurança e o isolamento dos presos, tais como a instalação de detectores de metais nos presídios e a utilização de bloqueadores de celular e rádio transmissores. Conforme rege a Lei nº 10.792/2003 acerca das seguintes medidas de segurança do estabelecimento:

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, radiotransmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

O Regime Disciplinar Diferenciado, conforme suas determinações legais, é aplicado caso haja práticas, por parte do detento, de fatos previstos como sendo crime doloso e que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna. A lei prevê ainda a possibilidade de isolamento preventivo do preso, 10 (dez) dias antes da autorização judicial para que o preso seja submetido ao regime.

A decisão da inclusão de preso no Regime Disciplinar Diferenciado deve ser dada pelo juiz, precedida do devido processo legal, com prévia manifestação do Ministério Público, conferindo-se o direito de defesa ao réu condenado. Outrossim, a autorização dependerá de requerimento elaborado por diretor do estabelecimento, de sorte que o magistrado não poderá agir de ofício.

Silva (2009) destaca que é imperioso ressaltar que o Ministério Público também é parte legítima para requerer a inclusão de indivíduo delinquente ou suspeito no Regime Disciplinar Diferenciado, embora não seja autoridade administrativa. Isso porque o art. 68, II, a, da Lei de Execução Penal dispõe que incumbe ao Ministério Público requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo.

A referida lei declara em seu art. 68 as incumbências do Ministério Público quanto à fiscalização e execução da pena e da medida de segurança, conforme respectivo artigo apresentado a seguir, na íntegra:

Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

d) a revogação da medida de segurança;

e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior.

III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

Silva (2009) ainda comenta que, apenas para deixar consignado um breve comentário sobre a natureza jurídica do instituto, observa-se que as normas atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado possuem natureza mista, ou seja, possui uma fachada de processo penal, quanto à execução penal, porém, com um acentuado caráter de Direito Penal, já que torna mais rigoroso o regime e, portanto, interfere na liberdade do cidadão.

Sendo norma mista, as regras do Regime Disciplinar Diferenciado regem-se pela disciplina do Direito Penal e não do Direito Processual Penal, logo, aplica-se o artigo 5º, XL da Constituição Federal de 1988, quando declara que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, sendo, pois, irretroativa tal lei, além de incompatível por medida provisória.

Capez (2006) atribui o caráter processual do Regime Disciplinar Diferenciado, por se tratar de regra referente a disciplina interna do presídio, aplicando-se aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 10.792/03.

7. HIPÓTESES DE CABIMENTO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O Regime Disciplinar Diferenciado é aplicado a preso, provisório ou definitivo, de forma preventiva ou por meio de decisão definitiva. Sua aplicação se dará através de procedimento disciplinar instaurado por requerimento circunstanciado pelo diretor do estabelecimento prisional, ou outra autoridade administrativa, com manifestação do Ministério Público e garantia do direito de defesa, mediante decisão fundamentada e prévia do

juiz competente, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme art. 54, §§1º e 2º e art. 59 da Lei de Execução Penal, que declaram:

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Por exceção, a autoridade administrativa pode decretar, até o máximo de 10 (dez) dias, o isolamento preventivo do preso, mas a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado depende de decisão do juiz competente, fundado no interesse da disciplina e da averiguação do fato, garantindo o cômputo do tempo de isolamento preventivo no período de cumprimento da sanção disciplinar definitiva, conforme art. 60, parágrafo único da Lei de Execução Penal que diz que: “o tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.”

Importante mencionar que não é preciso aguardar eventual condenação ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o sujeito ser inserido no Regime Disciplinar Diferenciado, o que por certo inviabilizaria a finalidade para a qual foi estabelecido o instituto.

Magalhães (2007), assim como Baltazar Junior (2007), defende que os fundamentos para decretação do Regime Disciplinar Diferenciado podem consistir em três hipóteses distintas, a saber:

a) como sanção disciplinar, em decorrência da prática de falta grave consistente em crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna (LEP, art. 52, *caput*, e art. 53, V);

Nesta hipótese se faz razoável enxergar uma ação concreta e específica, apta de ser provada e individualizada, caracterizadora de falta disciplinar grave. Ela se aplica em decorrência do descumprimento dos deveres do preso e da disciplina, consistindo em manifestação do poder sancionatório, a fim de manter o devido controle sobre o estabelecimento penal, que deve ser do Estado, e não dos presos.

Baltazar Junior (2007) argumenta que, como o sistema de progressão de regime está baseado no mérito ou no demérito do condenado, é razoável imputar ao condenado que

comete falta grave consistente em crime doloso e que afete a ordem e a disciplina do estabelecimento uma sanção em decorrência de tal ato. Apresenta-se, assim, instrumento adequado a casos de motins violentos, em cujo contexto ocorrem, não raro, crimes graves, como homicídios qualificados pela crueldade.

Para Gerson Junior (2007), não basta, a prática de falta grave consistente em fato previsto como crime doloso. É imprescindível que de tal ato decorra subversão da ordem ou disciplina internas. Destarte, se o crime doloso praticado pelo preso provisório ou definitivo tumultuar a organização, a normalidade do estabelecimento prisional, ou demonstrar descaso, desobediência aos superiores, abre-se a primeira hipótese para sua inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado.

Importante advertir que se o fato previsto, como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente, ou seja, houver apenas a tentativa, esta será punida com a sanção correspondente à falta consumada (LEP. art. 49, parágrafo único).

b) para condenados ou presos provisórios que apresentem alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (LEP, art. 52, § 1º);

Esta segunda hipótese de imposição do Regime Disciplinar Diferenciado não apresenta natureza de sanção, por não estar vinculada a uma falta cometida, nem possuir caráter punitivo. Nesse caso, a medida é imposta, em caráter cautelar, a fim de evitar a concretização de um risco iminente.

Nessa hipótese não é necessário que o encarcerado tenha praticado fato previsto como crime doloso durante o período em que estiver preso. A única exigência que é feita para a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado é que o preso apresente “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (§1º). A sua imposição dependerá, então, da demonstração da existência de indícios concretos do aludido risco.

c) para condenados ou presos provisórios sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (LEP, art. 52, § 2º).

Nesta hipótese, que cuida de organização criminosa, quadrilha ou bando, a implantação do Regime Disciplinar Diferenciado representa forma legítima de reação estatal contra formas específicas de criminalidade.

Acerca desta hipótese, Gerson Junior (2007) discorre que as fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no Regime Disciplinar

Diferenciado, nos termos do § 2º do artigo 52 da Lei nº 7210/84, com a redação da Lei nº 10792/03, devem ter relação com os atos por eles praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar.

A quadrilha ou bando, disciplinados no art. 288 do Código Penal apresenta conceito que não gera maiores controvérsias. O referido artigo define quadrilha ou bando na subseção dos crimes contra a paz pública como relacionados ao fato de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, com pena de reclusão, de um a três anos, aplicando-se em dobro, se a quadrilha ou bando forem armados.

Do que se pode absorver, nessas duas últimas hipóteses de cabimento no Regime Disciplinar Diferenciado percebe-se sua natureza de medida preventiva, que busca evitar a prática de crimes e a subversão da ordem e da segurança do estabelecimento prisional.

Importante se ter em mente que a punição não deve extrapolar a fronteira da necessidade que a administração do presídio tenha de devolver ou garantir a ordem e a segurança, jamais admitindo que a repreensão se afaste do objetivo de reintegração social do condenado.

8. A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, quando o Brasil optou por constituir-se em um Estado Democrático Social de Direito e adotar um sistema de direitos e garantias fundamentais, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

Em face dessa interação, o Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis aos indivíduos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos declara em seu artigo V que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante”. O Brasil, em sua carta magna, ratificou esse dispositivo, conforme dispõe o seu artigo 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”

Além desta defesa específica, cuida o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 em relacionar, de forma não exaustiva, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, dentre estes direitos, encontram-se os dispositivos que se referem ao direito de liberdade do

indivíduo e delimitam suas formas respectivas de privação. Sendo, frente a estes direitos e garantias constitucionais que o Regime Disciplinar Diferenciado deve ser examinado.

Gerson Junior (2007) analisa que, tão logo o Regime Disciplinar Diferenciado foi formalizado, críticas se levantaram quanto à sua inconstitucionalidade. A rigidez do regime enumerou críticas que não tardaram em aparecer. Muitos sustentam as críticas, com fundamentos constitucionais, argumentando que o cumprimento da pena com tal rigor não ressocializa o preso, inflamando uma das principais finalidades da aplicação da pena que é a ressocialização do indivíduo.

Diante de inúmeras e intensas interferências, Gerson Junior (2007) descreve que, quando ainda restrito ao Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Estado, chamado a intervir na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, decidiu pela sua constitucionalidade, argumentando que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislarem sobre Direito Penitenciário, nos termos do art. 24, I da Constituição Federal quando declara que: “compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”.

A interpretação deste autor direciona-se no sentido de que, o Regime Disciplinar Diferenciado criado pela Lei nº 10.792/2003 de abrangência nacional, tendo sido descendente da resolução aplicada no Estado de São Paulo, não sofre nenhum vício formal, pois, antes de ser instituído nacionalmente, passou por um amplo debate parlamentar, além de várias audiências públicas que foram promovidas pela Constituição da Comissão de Justiça.

Assim, a doutrina é pacífica em afirmar que não há vício formal, concentrando-se em analisar se o Regime Disciplinar Diferenciado instituído na Lei de Execução Penal, padece de algum vício material. Diante das controvérsias, não se discute a forma com a qual foi elaborado o regime, e sim o seu conteúdo, avaliando-se se este contraria alguma norma constitucional.

Dias (2009), argumenta que o artigo 1º da Lei de Execução Penal consolida as garantias expostas no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, que declara que:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Conforme Dias (2009), esta declaração veda, em nosso sistema jurídico, penas cruéis, ou seja, as penas que degradem a dignidade da pessoa humana, já que o preso, ao encontrar-se nessa condição, não abandona a sua condição humana, a qual é inerente a todos e deve ser respeitada pelo Estado.

Respeitando os direitos humanos é que repousa o sistema de execução penal, que aplica a pena, com a finalidade de ressocializar o condenado, sempre respeitando os princípios informadores da execução penal.

Para citar alguns princípios em que se enquadra a aplicação da pena e do Regime Disciplinar Diferenciado, Dias (2009) defende que devem ser garantidos os seguintes princípios:

a) Princípio da humanidade das penas

Este princípio é assegurado pela Constituição Federal de 1988, com o seguinte dispositivo:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V – o pluralismo jurídico.

Sob esta perspectiva, o autor argumenta que os instrumentos de proteção atingem a todos, bastando para tanto o fato de ser humano, ainda que prisioneiro, criminoso etc. Baseado neste princípio, o Regime Disciplinar Diferenciado não trata os seres humanos como se fossem animais, com aplicação de penas cruéis, trabalhos forçados e banimento, por atentatórios à dignidade humana.

Respeitando este princípio, o condenado não perde, com a condenação, sua condição humana, visto que a humanidade das penas é item fundamental em um ordenamento jurídico sensato, pois a finalidade da execução penal é a reeducação do criminoso, para que esse possa voltar ao convívio social e cumprir sua função perante a sociedade de maneira adequada.

Ressalta-se, ainda, que cabe ao Poder Judiciário, o papel de garantidor dos direitos e liberdades fundamentais, especialmente no caso das pessoas condenadas e presas.

b) Princípio da individualização das penas

Este princípio é garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVI, que dispõe que: “a lei regulará a individualização da pena”.

Com este princípio, Dias (2009) argumenta que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez.

Para o autor, vários instrumentos individualizadores da pena podem ser encontrados na Lei de Execução Penal, como a separação dos presos, a diversidade de regimes de cumprimento de pena, a progressão e a regressão, o livramento condicional, a adequação das penas restritivas de direitos, a fixação de condições judiciais em diversos institutos, entre alguns outros.

A individualização da pena é um imperativo legal, tanto para que as finalidades da punição sejam atingidas, como para que a sociedade receba um indivíduo capaz de exercer a sua “função social”.

c) Princípios da legalidade e da coisa julgada

Dias (2009) defende que, com o princípio da legalidade penal é possível impor ao condenado todas as sanções penais e restrições estabelecidas em lei, todavia não se admite qualquer limitação que não esteja prevista.

Já quanto ao princípio da coisa julgada, ele se fundamenta no artigo 1º da Lei de Execução Penal, que dispõe que a execução penal visa efetivar as disposições da sentença, ou seja, não pode ir além do autorizado pelo título executivo.

Trata-se de clara especificação do princípio da legalidade penal que impõe clareza sobre a sanção penal, bem como máxima transparência sobre as condições nas quais a pena será executada.

d) Princípio da personalidade das penas

Por este princípio, a pena aplicada não poderá passar da pessoa do condenado, ou seja, somente a pessoa que praticou o delito será condenado e obrigado a cumprir a pena.

Baseado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLV afirma que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)”, Dias (2009) afirma que este princípio caracteriza-se pela individualização da responsabilidade criminal, no qual se impõe que a pena não poderá passar da pessoa do condenado e que ninguém poderá responder criminalmente além dos limites da própria culpabilidade.

e) Princípio da proporcionalidade

O princípio em comento implica na harmonia entre a gravidade da infração penal cometida e a pena a ela aplicada, não tendo fundamento o exagero, nem tampouco a liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores.

A constituição Federal, ao estabelecer as modalidades de pena que a lei ordinária deve adotar, consagra a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento.

f) Princípio da publicidade

Dias (2009) cita este princípio com a presunção de que os atos processuais da execução devem ser públicos, somente se admitindo limitações quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

g) Princípio da reserva legal

Este princípio advém do artigo 5, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, o qual reza: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”. Este princípio impossibilita o uso da analogia e do direito costumeiro no Direito Penal, exceto se forem utilizados em benefício do réu.

Com este princípio, os cidadãos estarão cientes que só poderão ser responsabilizados pelos fatos que já são considerados anteriormente ilícitos e que as penas, também, já estarão estabelecidas, ou seja, o poder de punir do Estado está delimitado pelo Princípio da Reserva Legal.

h) Princípio da determinação taxativa

Através deste princípio, que distingue que as leis penais precisam ser elaboradas de maneira que sejam claras e precisas, procura-se evitar que o legislador deixe lacunas nas leis ou se utilize de palavras ambíguas ou equívocas que poderão dar lugar a arbitrariedade posteriormente.

i) Princípio da irretroatividade

Baseado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, inciso XL, este princípio determina que “a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu”.

j) Princípio da intervenção mínima

Respeitando este princípio, o Estado só deve aplicar penas de condutas que realmente sejam graves e que estejam atingindo os valores básicos de convívio em sociedade.

Da análise de Baltazar Junior (2007) quanto à constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, ele entende que é evidente que a imposição do mesmo representa uma restrição a direito fundamental, porém esta restrição é veiculada por lei, no exercício da liberdade conformadora do legislador na individualização da pena, como deixa claro o inciso LXVI da Constituição Federal, ao estabelecer que “a lei regulará a individualização da pena”. O dispositivo deixa claro que a restrição do direito fundamental é objeto de reserva legal simples, caso em que se exige apenas que eventual restrição seja prevista em lei.

Para o autor, sendo o Regime Disciplinar Diferenciado aplicável a situações específicas e determinadas, mediante aplicação do devido processo, com garantia de ampla defesa e controle judicial, não há violação das garantias constitucionais em nenhum aspecto.

Ele ainda reafirma que, quanto à individualização da pena, mais acertado o entendimento de que o Regime Disciplinar Diferenciado, ao contrário de violar os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da individualização da pena, os preserva, ao impor a alguns presos, em casos determinados, atendidas as hipóteses legalmente previstas, regime mais rigoroso, que sancione a falta disciplinar e evite a reiteração da prática criminosa, garantindo, além de tudo a segurança dos demais presos.

Magalhães (2007) defende que o Regime Disciplinar Diferenciado é ferramenta constitucionalmente legítima a ser aplicada quando demandada pelas circunstâncias do caso concreto tanto como sanção, quanto como cautela. Para ele, por se tratar de medida restritiva de direitos, as autoridades competentes devem logicamente empregá-la com cuidado, porém, sem qualquer receio, quando tal instrumento mostrar-se útil para não permitir que os “germes da balbúrdia” e da “desmoralização institucional” venham a se instalar no corpo estatal.

Cosate (2009) conclui que a finalidade do Regime Disciplinar Diferenciado é legítima, já que busca um absoluto isolamento dos presos provisórios ou condenados que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Silva (2009) afirma que o motivo gerador do isolamento e demais circunstâncias que representam falta grave cometida por detento dentro do presídio não pode ser entendido como inconstitucional, já que decorre de delito que o agente efetivamente praticou.

Na visão conclusiva de Magalhães (2007) inegavelmente, o Regime Disciplinar Diferenciado é um instrumento que goza de previsão constitucional e legal, configurando-se em verdadeira medida cautelar típica. Para o autor, não é admissível que, em plena era da globalização, da *internet* e também do afloramento de novas e criativas expressões de articulação do crime organizado, venha a se pregar a exaustividade do rol de providências cautelares relacionadas ao Código de Processo Penal que data de 1941.

Ele considera que, depois de mais de meio século passado desde a primeira versão da formalização do Código de Processo Penal, é certo que o desenvolvimento da sociedade, da tecnologia e também da criminalidade impõem, de forma definitiva, a aceitação de que o Estado deve fazer uso de artifícios que inibam, imediatamente, as práticas que afrontam, demasiadamente, a segurança e a ordem pública que devem ser garantidas pelo Estado.

9. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO DIREITO DO INIMIGO

A submissão ao Regime Disciplinar Diferenciado, como visto, deriva da presença de um alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. A suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado, na forma de julgar e na forma de punir a conduta e a suspeita do indivíduo condenado.

A ação de grupos organizados que, nos últimos tempos, têm ameaçado a ordem e a estabilidade impostas pelo Estado, passa a caracterizar o indivíduo delinquente em um verdadeiro inimigo, ou seja, aquele que ignora o Estado de Direito, passando a ser tratado de maneira peculiar, não pertencente a ele.

A prerrogativa de que, o Direito Penal, é uma instância estatal de controle social, conforme afirma Busato (2005), tende a manter um perfil uniforme entre as distintas instâncias que se ocupam da segurança e do controle social. Entretanto, em virtude de tal forma criminosa banalizar a supremacia do Estado, o sistema penal se empenha em encontrar soluções para punir os autores que geram e disseminam este problema da criminalidade.

Busato (2005) define especificamente que a imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas é caracterizado como Direito Penal do Inimigo. Para este autor, esta tipologia característica do Direito Penal 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.

Nasce, assim, um Direito Penal do Inimigo, que se contrapõe ao dos cidadãos, sendo que o designado inimigo é aquele que, mediante sua conduta, sua profissão ou, especialmente, sua conexão a uma organização, repudiou o Direito, não garantindo a mínima segurança com seu comportamento pessoal e manifestando esse estado através de sua conduta.

Na perspectiva de Busato (2005) a partir da implantação do Direito Penal do Inimigo, reconhece-se que “a punibilidade avança para o âmbito da preparação, e a pena se dirige para os fatos futuros, não para os fatos já cometidos”. Esta perspectiva faz com que o legislador reaja contra o “estado de vida” do autor do delito, como se sua maneira de viver representasse uma ameaça permanente ao próprio Estado.

De origem germânica, o Direito Penal do Inimigo foi inaugurado por Günter Jakobs (1997) e se fundamenta pela análise da personalidade do delinquente para a imposição da

sanção penal, em que a análise do autor do delito teria maior ênfase do que a análise do ato por ele praticado.

Esta teoria estabelece que, aquele que se recusa a entrar em um estado de cidadania, não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa. Se um indivíduo age dessa forma, não pode ser visto como alguém que cometeu um “erro”, mas sim como alguém que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Jakobs (1997) entende que a crítica permanente que se faz ao processo de expansão e à crescente violência da legislação penal deriva de uma confusão entre duas categorias distintas: a do cidadão e a do inimigo. Visto desta forma, abre-se, então, a possibilidade de tratamento diferenciado ao condenado. Trata-se de legitimar, no âmbito do Estado, como única forma de preservação do cidadão, uma categoria de “não cidadãos” de “não pessoas”, definitivamente, de “inimigos”.

Esta teoria sustenta que, paralelamente aos considerados cidadãos, existem aqueles indivíduos que deveriam ser chamados de inimigos, ou seja, indivíduos cuja atitude na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização criminosa, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro em relação ao Estado de Direito. Segundo este autor, o inimigo seria aquele criminoso que comete delitos econômicos, terroristas, crimes organizados, bem como delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.

Jakobs (1997) defende que na medida em que o autor destes delitos não admite submeter-se à ideia e aos ditames do Estado, o que ele pretende é a manutenção de um “estado de natureza” que não é admissível. Com isso, a necessidade de reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a ser prioridade.

Ainda, de acordo com a tese de Jackobs (1997), o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Visto desta forma, no Direito Penal do Inimigo, o indivíduo deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas.

Jakobs (1997) defende a possibilidade de tratar de maneira distinta “cidadãos” e “inimigos” em todos os sistemas de controle associados à realização de um delito, quer dizer, tanto no Direito Penal, quanto no Processo Penal, e inclusive no âmbito da Execução Penal, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado. Com isso, propõe Jakobs (1997) que “quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas sim deve ser combatido como inimigo”.

As peculiaridades do Direito Penal do Inimigo, conforme esta teoria, seriam: a vasta antecipação da proteção penal; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e a supressão de garantias processuais.

Além dessas peculiaridades, Busato (2005) argumenta que, existe algo que convém destacar, pois todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Com isto, busca-se dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitos” de participação em bandos ou organizações criminosas.

O Direito Penal do Inimigo, no Brasil, pode representar a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, em nosso ordenamento jurídico, no âmbito da Execução Penal, visto que, este regime também possui como alicerce, em uma de suas hipóteses, a análise suspeita da personalidade do preso. A apreciação deste regime demonstra características do Direito Penal do Inimigo, como a aplicação da punição do indivíduo apenas de acordo com sua periculosidade e a formulação de tipos penais demasiadamente abertos.

Quanto às origens desta forma do Direito na realidade brasileira, Busato (2005) destaca que podem ser perfeitamente detectadas, principalmente no que se refere ao estado de medo permanente na sociedade brasileira, provocado pela existência de alarmantes índices de criminalidade que tem invadido as cadeias e subvertido o próprio sistema de execuções penais, convertendo os estabelecimentos prisionais em pontos de referência das organizações criminosas, de onde partem ordens e diretrizes para a realização de certas ações delitivas. Isto, associado à crescente influência dos bandos criminosos, principalmente em locais onde se acumulam milhares de pessoas em condições de vida desumanas, têm feito com que as instâncias estatais de controle social reajam com a edição reiterada de mais legislação penal, progressivamente restritiva e ofensiva.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos este estudo indicando que não é novidade para ninguém a ineficiência do Estado para manter a ordem dentro dos presídios. No decorrer das consultas e interpretações das proposições de diversos autores, e com dados concretos que as comprovam, encontramos

ainda mais afirmações de que o sistema prisional Brasileiro mostra-se totalmente deficiente, que não atende a sua finalidade e que se tornou uma grande escola de crime.

Afinal, ninguém nega esta realidade nos presídios brasileiros, pois como é mostrado, quase que diariamente pela mídia, é que faltam condições básicas de higiene, alimentação, saúde, sem contar a estrutura física deficitária, superlotação, agressões sexuais e inseguranças. Tudo isso faz com o que sistema atual seja considerado uma “faculdade do crime”, totalmente arcaico, não cumprindo a sua principal função que é a ressocialização do preso.

A segurança dos presídios não garante real proteção à sociedade, aos agentes e nem tampouco aos próprios presos. O problema disciplinar enfrentado nas prisões brasileiras resulta em verdadeira dominação das instituições por parte dos presos mais fortes ou integrantes de determinados grupos, de modo a submeter os demais a toda sorte de violências e até mesmo à morte, bem como a perseverar na prática criminosa de dentro do estabelecimento.

Estas práticas são atribuídas, particularmente, no caso de organizações criminosas, que se valem da facilidade do acesso a meios de comunicação e do livre contato com visitantes e familiares, que se sujeitam às ordens e às determinações dos líderes. Além disso, o fato de certos presos terem um melhor poder econômico diante dos demais, compromete a disciplina dos presídios, pois estes têm a possibilidade de pagar para obterem diversos privilégios que vão até o ilícito, do ponto de vista administrativo.

Imersos neste campo de guerra, é necessário que haja uma reforma geral para alterar esta realidade, com iniciativas através de projetos sociais e, principalmente, através de uma reformulação que parta desde o inquérito policial, que passe pelo processo penal e que, por fim, alcance o sistema penitenciário. De outra forma continuaremos a assistir ao caos que se instala nos presídios em nível nacional e que se estende por toda a população.

A pena privativa de liberdade, consagrada no regime nacional, com o objetivo de punir o infrator, removendo-o do convívio social e impedindo sua ação deletéria, além de intimidar demais indivíduos perigosos, não atinge seu objetivo final, posto que a presença, ainda que indireta do condenado na sociedade permanece, inclusive com a parceria de comparsas.

Deste modo, para prevenir que o controle do criminoso se sustente embora o mesmo se encontre detido, criou-se, com a alteração da Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, o chamado Regime Disciplinar Diferenciado, que trata de medida extrema para a execução da pena, propendendo a conferir eficiência no recolhimento do preso, a fim de garantir a segurança do cidadão, que se subjeta ao efeito nocivo da criminalidade.

Coerente com a tendência contemporânea de conferir sentido inabilitador à pena de prisão, o Regime Disciplinar Diferenciado surge como técnica penitenciária eficaz que visa ao mesmo tempo conter e eliminar os sujeitos indesejáveis.

A aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado a delinquentes reincidentes e praticantes de crimes dolosos que componham ou liderem facções criminosas, foi a perspectiva adotada neste estudo, o qual considerou o Regime Disciplinar Diferenciado como alternativa constitucional preventiva e punitiva à violência urbana e ao crime organizado.

Concordando com o que Magalhães (2007) defende, o Regime Disciplinar Diferenciado não é o remédio para todos os males do sistema carcerário brasileiro, sob a inspiração do movimento da lei e da ordem ou do expansionismo punitivo, porém, este instrumento pode servir de providência enérgica que, diante de certas circunstâncias, pode ser considerado como um autêntico “mal necessário”.

Apesar de o Regime Disciplinar Diferenciado ser considerado um “mal necessário”, já que tantos o combatem, sua implementação, na execução penal, não viola os requisitos da Constituição Federal, pois à sua aplicação, o Estado sempre atua pautado pelo respeito aos princípios legais, adequando-se sempre à Constituição Federal.

Neste ínterim, as políticas públicas voltadas para responder ao fenômeno criminal devem apresentar propostas de modificação do sistema penal vigente ajustando-se aos ideais jurídico-penais e de justiça que fundamentam o Estado de Direito Democrático.

Respeitando os princípios constitucionais e legais, o Regime Disciplinar Diferenciado é praticado de forma proporcional em resposta penal a casos graves, que, ao contrário de ofender, concretiza a garantia constitucional da individualização da pena, dentro da liberdade de conformação deixada ao legislador ordinário, cuidando-se de hipótese de reserva legal simples, dentro de uma relação de especial sujeição, consistindo em instrumento necessário e adequado frente a certas práticas criminosas, nomeadamente em casos de faltas graves, risco para a segurança, ou ainda quando o sujeito integrar organização criminosa, quadrilha ou bando, podendo tais condutas ou situações ser objeto de atuação sancionatória por parte das autoridades responsáveis pela execução penal.

Diante do exposto, acrescenta-se que o fato de alguém estar sentenciado definitivamente, cumprindo pena, ou mesmo preso provisoriamente, não priva tal pessoa dos direitos humanos fundamentais que lhe são inerentes, com exceção dos direitos incompatíveis com a situação específica de indivíduo preso.

Em defesa da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, Baltazar Junior (2007) garante que, em seu emprego não há crueldade, no sentido desta ser considerada como

sofrimento desarrazoado e imotivado. Para o autor, sem dúvida há privação de alguns direitos assegurados aos presos em geral, porém, tal privação é inerente à própria ideia de pena ou sanção, sendo admissível em medidas com caráter cautelar.

Insta salientar que, pelo fato de o Regime Disciplinar Diferenciado se tratar de medida restritiva de direitos, as autoridades competentes devem, sempre, aplicá-la com cautela, porém, sem qualquer receio, quando a referida medida mostrar-se útil para resguardar a ordem pública.

Portanto, após analisar, neste trabalho, o Regime Disciplinar Diferenciado, a partir do delineamento histórico dos sistemas penitenciários, da descrição do sistema penitenciário brasileiro, da exposição da Lei de Execução Penal, da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, suas características, hipóteses de cabimento, sua constitucionalidade, bem como do mesmo considerado como direito do inimigo, direcionamos nosso limitado entendimento a favor da constitucionalidade do regime de isolamento, inclusive porque, regimes diferenciados de cumprimento de pena são aplicados em todo o mundo com muito mais rigor do que o previsto no Brasil.

Deixamos claro o sentimento de que o Regime Disciplinar Diferenciado é um instituto constitucionalmente legítimo a ser aplicado quando necessário, de acordo com caso concreto, tanto como sanção, quanto como cautela.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm> Acesso em: Outubro de 2011.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: Outubro de 2011.

_____. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: Outubro de 2011.

_____. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em: Outubro de 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: Outubro de 2011.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: Outubro de 2011.

_____. **Lei nº. 7.210, de 11.07.1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, 25 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: Outubro de 2011.

_____. **Lei nº 10.792, de 01.12.2003.** Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto – Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União, 02 de dezembro de 2003.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm> Acesso em: Outubro de 2011.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo.** Mundo Jurídico: Julho de 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br.>> Acesso em: Outubro de 2011.

CAMARGO, Virginia da Conceição. **A realidade do sistema prisional no Brasil.** Ponto Jurídico, Belo Horizonte - MG: Setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=101>> Acesso em: Outubro de 2011.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal.** 12. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2006.

COSATE, Tatiana Moraes. **Regime disciplinar diferenciado (RDD). Um mal necessário?** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2112, 13 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12606>>. Acesso em: Outubro de 2011.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: Outubro de 2011.

DIAS, Leonardo de Sales. **O Regime Disciplinar Diferenciado e sua constitucionalidade.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: Outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25070>>. Acesso em: Outubro de 2011.

GERSON JUNIOR, Donizeti Rosa. **O regime disciplinar diferenciado e sua constitucionalidade.** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2007.

GESSÉ JUNIOR, Marques. **A lei de execuções penais e os limites da Interpretação jurídica.** Rev. Sociologia Política, Curitiba, v. 17, n. 33, p. 145-155, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v17n33/v17n33a11.pdf>>. Acesso em: Outubro de 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JAKOBS, Günter. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación**. 2ª edición. Marcial Ponz: 1997.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves considerações sobre o Regime Disciplinar Diferenciado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, nº 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9828>> Acesso em: Outubro de 2011.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1010>>. Acesso em: Outubro de 2011.

MARCÃO, Renato. **Progressão de regime prisional estando o preso sob regime disciplinar diferenciado (RDD)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 590, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6323>>. Acesso em: Outubro de 2011.

Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRIE.htm>> Acesso em: Outubro de 2011.

PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 333, 5 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5300>>. Acesso em: Outubro de 2011.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. **Análise da in (constitucionalidade) do regime disciplinar diferenciado**. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - 21 de Junho de 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: Outubro de 2011.