

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

LUCAS DAVI BRAZ

**O RDD COMO SINTOMA DA INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO**

**CURITIBA
2018**

LUCAS DAVI BRAZ

**O RDD COMO SINTOMA DA INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Gustavo Britta Scandelari.

**CURITIBA
2018**

LUCAS DAVI BRAZ

**O RDD COMO SINTOMA DA INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca examinadora formada pelos
professores:

Orientador: Gustavo Britta Scandelari

Prof. Membro da Banca

Curitiba, __ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente minha mãe Helen Davi, por todo seu sacrifício, luta e dedicação para poder me proporcionar um estudo de qualidade, muitas vezes privando-se de seu conforto em prol de meu futuro. Todavia, meu maior aprendizado está no convívio diário ao seu lado, vejo como se esforça para seguir seus princípios e o quanto essa luta é árdua, entretanto muito digna.

À meu pai Benedito, por me mostrar o universo da advocacia e por me fazer querer seguir seus passos dentro da profissão. Posso afirmar que o Direito tem grande responsabilidade por tornar nossa relação tão interessante, em que pese a distância física.

À meus amigos mais próximos, no nome do meu grande amigo Gabriel Jacobs de Oliveira, por nossos mais de 15 anos de amizade, por seu apoio incondicional, essencial nos momentos importantes de minha vida.

Ao meu orientador Gustavo Scandelari por ser um grande exemplo a ser seguido dentro da advocacia, dentro da vida acadêmica e principalmente por sua pessoa. Sou muito honrado por poder ter sido seu aluno e orientando.

Por fim, gostaria de agradecer à pessoa que está ao meu lado todos os dias, compartilha minhas angústias, preocupações e principalmente minha felicidade e possui importância fundamental para a realização desse trabalho. Obrigado por tudo Amanda Wardzinski.

RESUMO

O presente trabalho objetiva fazer uma análise sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, desde os motivos para sua implementação, seu funcionamento, seus fundamentos até as consequências geradas por sua implementação no sistema carcerário e para a sociedade em geral. Faz-se necessário um estudo jurisprudencial e doutrinário para poder observar como o RDD foi recebido e aplicado, aceito e criticado. Outrossim, procurou-se encontrar nas teorias clássicas da pena os fundamentos teóricos sobre as funções a serem exercidas por esse regime de cumprimento de pena muito mais severo. Demonstrou-se a evolução histórica da pena brasileira, por meio da evolução dos códigos criminais promulgados e as alterações sofridas ao longo do tempo. Todavia, o presente assunto não pode ser separado do estudo da situação atual das unidades prisionais, por ter na superpopulação carcerária, cadeias em péssimo estado, e domínio dos presídios por organizações criminosas, como o Primeiro Comando da Capital - PCC, tornando-se essencial para melhor compreender o contexto histórico e político que, juntos, criaram o ambiente perfeito para a implementação deste regime em âmbito nacional.

Palavras-Chave: Direito Criminal, Sistema Carcerário, Regime Disciplinar Diferenciado, Teorias das Penas, Crime Organizado.

SUMÁRIO

RESUMO	4
1 INTRODUÇÃO	6
2 CONTEXTO HISTÓRICO	8
3 CONCEITO DO RDD	9
3.1 PROCEDIMENTOS DE INCLUSÃO DEFINITIVA	13
3.2 POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO ESTANDO NO RDD	14
4 BREVE ANÁLISE DOUTRINÁRIA	16
5 TEORIAS DAS PENAS	18
5.1 TEORIA ABSOLUTA (OU RETRIBUTIVA) DA PENA	18
5.2 TEORIA RELATIVA (OU PREVENTIVA) DA PENA	23
5.3 TEORIA MISTA (OU UNIFICADORA)	27
5.4 TEORIA AGNÓSTICA.....	29
6 JURISPRUDÊNCIA ATUAL	30
7 ANÁLISE SOBRE A ADPF 347 MC/DF	39
8 DIRETRIZES POLÍTICO-CRIMINAIS	44
9 SISTEMA CARCERÁRIO	45
9.1 SISTEMA PENSILVÂNICO OU FILADÉLFICO	45
9.2 SISTEMA AUBURNIANO	47
9.3 SISTEMA PROGRESSIVO.....	48
9.4 SISTEMA PROGRESSIVO INGLÊS OU <i>MARK SYSTEM</i>	48
9.5 SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS.....	49
9.6 SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS.....	50
10 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	50
10.1 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO (1830).....	52
10.2 CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA (1890).....	53
10.3 LEGISLAÇÃO ATUAL (1940).....	54
11 - ANÁLISE ATUAL DO SISTEMA CARCERÁRIO	54
12 MEDIDAS MAIS EFETIVAS	57
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Desde a implementação do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD foi retomado com grande repercussão o debate a respeito da situação do sistema penitenciário brasileiro. Soma-se a isso a atual guerra travada em solo nacional contra o tráfico de drogas e o crime organizado e obtemos um novo regime de pena extremamente controverso.

Considerado importante aparato à repressão do tráfico de drogas o RDD surgiu como a tentativa de salvar o sistema penitenciário do caos vivido com o significativo aumento da população carcerária e de quebra restabelecer o comando do Estado sobre os presídios, poder perdido para as lideranças das principais facções criminosas brasileiras.

A forma encontrada pelo legislador foi criar um novo regime de cumprimento de pena que possibilitasse separar os líderes dos demais presos, sob a justificativa de que esses indivíduos continuam a cometer atos delituosos dentro e fora dos presídios.

Entretanto, a criação deste novo regime de cumprimento de pena não foi bem recebida pela maior parte da doutrina, o que resultou em diversas críticas. Sendo assim, faz-se necessário um estudo mais aprofundado sobre a aplicabilidade desse regime em nosso sistema e suas consequências, tanto no combate ao tráfico como no preso.

Não obstante, é fundamental para a melhor compreensão do presente trabalho o estudo do contexto histórico que cominou na criação da lei. Objetiva esclarecer se o regime disciplinar diferenciado de fato é um regime com embasamentos doutrinários fortes ou se foi utilizado apenas como resposta encontrada pelo Estado para acalmar os anseios de nossa sociedade.

Nesse sentido, o presente trabalho busca fazer uma reflexão a respeito sobre a necessidade ou não de criação de um regime tão degradante e com essas respostas tentar entender qual teoria da pena ele se submete.

Entende-se que tal cenário não pode ser analisado isoladamente, mas sim sob a ótica do RDD ser uma consequência da ineficácia do sistema carcerário e tentar compreender se sua aplicação contribui de forma positiva ou negativa para esse ciclo

vicioso criado entre encarceramento em massa – organizações criminosas – violência na sociedade.

Para tanto, e sob pena de ser ter um trabalho incompleto, necessita-se compreender todo esse cenário sob as consequências diretas geradas aos presos e ver se existe alguma chance de aplicabilidade da teoria mista da pena, visando sempre a ressocialização do apenado, conforme disposto em nosso código penal juntamente com a lei de execuções penais

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Ao decorrer da década de 90 o Estado de São Paulo viu surgir e desenvolvimento do Primeiro Comando da Capital (PCC. A facção criminosa surgiu no ano de 1993, no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, também conhecida pelos detentos como “masmorra” ou “caverna”, devido as suas condições extremamente precárias e, alcançou o panteão do mundo do tráfico em uma velocidade impressionante. A rápida adesão se deve, principalmente, ao discurso apresentado pelas lideranças do Comando contra as condições dos presídios, da opressão e descaso do Estado, além da luta pelos direitos dos presos.

Em 18 de fevereiro de 2001 o PCC organizou, como forma de protesto contra a transferência de seus líderes, uma megarrebelião que abrangeu 29 unidades prisionais de todo o Estado de São Paulo. “Conectados por uma rede de telefones celulares, precisaram de apenas trinta minutos para assumir total controle da situação a partir do Complexo do Carandiru, na capital” como apontou reportagem da VEJA, de 28 de fevereiro de 2001.

O dia escolhido foi um domingo, justamente pelo fato de ser o dia em que mais visitantes estariam dentro dos presídios. O pior incidente foi na Casa de Detenção do Carandiru (São Paulo capital) aonde cerca de 5.000 parentes e visitantes foram feitos de reféns. Para a população essa situação foi o primeiro grande cartão de visitas da facção.

O Governo Estadual não poderia ficar inerte após esse grave ataque e, por meio de sua Secretaria de Administração Penitenciária editou, em 04 de maio de 2001, a Resolução SAP-26 visando atingir os líderes e principais integrantes das facções criminosas, além de recuperar o controle dos presídios.

Esta resolução é o primeiro esboço do RDD na forma que o conhecemos hoje. Nota-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi questionado a respeito da inconstitucionalidade do novo regime implantado, entretanto, se posicionou de forma negativa, alegando que os Estados-membros tem autorização constitucional para legislar sobre Direito Penitenciário, com base no artigo 24, I, CF/88¹.

¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, **penitenciário**, econômico e urbanístico (grifo nosso)

No ano subsequente, no Estado do Rio de Janeiro, mais precisamente no dia 11 de setembro, o presídio de Bangu 1 presenciou uma verdadeira disputa de poder pelas principais facções criminosas cariocas (ADA, Comando Vermelho e Terceiro Comando); uma rebelião comandada por Fernandinho Beira-Mar, líder do Comando Vermelho cominou na execução das principais lideranças da Facção Amigos Dos Amigos.

Entretanto a rebelião não gerou consequências apenas dentro do presídio. Essa luta por poder dentro do tráfico de drogas gerou uma onda de crimes por toda a capital Rio de Janeiro, afetando o comércio, transporte e a cidade como um todo. Importante ressaltar que essa onda de ataques foi ordenada, via telefone, pelos próprios líderes presos em Bangu 1. Assim como aconteceu em São Paulo no ano anterior essa rebelião colocou o Governo carioca em cheque, o que resultou, novamente, em uma resposta governista na forma da implementação de um regime espelhado no “RDD paulista”.

Além da perda do controle estatal para as quadrilhas, o assassinato dos juízes corregedores Antônio José Machado Dias e Alexandre Martins de Castro Filho em setembro de 2003, responsáveis por cuidar dos processos de execução penal dos chefes das facções apresentadas criaram o cenário perfeito para o Presidente Fernando Henrique Cardoso enviar para o Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.073, que visava implementar o Regime Disciplinar Diferenciado em todo o território nacional.

No dia 1º de dezembro de 2003, o projeto de lei 5.073 foi aprovado na Câmara dos Deputados se transformando na Lei 10.792 de 2003 que trouxe alterações na LEP (Lei nº 7.210, de julho de 1984) e no Decreto-Lei nº 3.689 de outubro de 1941. Desta forma estava devidamente criado e regulamentado o Regime Disciplinar Diferenciado.

3 CONCEITO DO RDD

O regime disciplinar diferenciado não constitui em novo modelo de regime de cumprimento de pena ou de nova modalidade de prisão provisória, muito menos pode ser considerado uma espécie de “reforço” ao regime fechado. Mas deve ser visto como modalidade de sanção disciplinar, assim como ensina Renato Marcão:

[...] O regime disciplinar diferenciado é modalidade de sanção disciplinar (art. 53, V, da LEP), e para sua aplicação basta a *prática* do fato regulado. Não é preciso aguardar eventual condenação ou trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que por certo inviabilizaria a finalidade do instituto.²

O RDD consiste principalmente nas seguintes características: a) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição de sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) direito à saída da cela por duas horas diárias; d) visitas semanais de apenas duas pessoas com a duração de duas horas, sem entrar nessa conta crianças.

Sua principal razão de existir é isolar presos capazes de controlar suas facções de dentro dos presídios e que, conseqüentemente, colocam em risco a soberania do Estado Democrático de Direito.

Podemos encontrar explicitamente tal afirmação no artigo 52, parágrafo primeiro da LEP, alterado pela Lei 10.792/03, que discorre sobre a aplicabilidade do RDD em “presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”.

A nova lei incidiu, também, em preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Ainda analisando o artigo 52 da LEP é possível notar a possibilidade de três hipóteses para a inclusão do preso ao regime diferenciado. São elas:

A) O preso comete falta grave, consistente em fato equivalente à prática de crime doloso ocasionando tumulto na ordem ou na disciplina interna.

Salienta-se que, a presença dos dois requisitos (ação e conseqüente tumulto) são imprescindíveis para configurar a hipótese em questão.

² MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

No caso de se cometer ação equivalente a crime doloso, sem gerar nenhum tipo de conturbação, deve-se ser aplicado as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 53.

B) Os presos, provisórios ou condenados, que colocarem em alto risco a ordem e a segurança da sociedade ou do estabelecimento penal.

Como nesta hipótese não é necessário o cometimento de nenhum crime durante a estadia no sistema prisional, acaba-se criando um grande problema na especificação do que seria um “alto risco para a sociedade ou sistema prisional” o que certamente pode acarretar em abusos por parte das autoridades.

C) O preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fortes suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Assim como mencionado na hipótese anterior, o item “c” foi e é usado como fonte de constantes abusos. Neste caso em questão o abuso se dá pela vasta possibilidade de interpretação ao que seria “fundada suspeita de envolvimento ou participação” em organizações criminosas, quadrilhas ou bando. Como brilhantemente alertou Marcão:

Por certo, e infelizmente, não faltarão juízes e promotores de Justiça; aqueles que por sorte constituem exceção, porém perigosa parcela, que logo se desarvorarão a enxergar onde não existe nem nunca existiu; na escuridão de suas visões limitadas, mediócras, e não raras vezes criminosas, diante de todos os bem intencionados e em relação a determinados infelizes, *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bando.*³

Outro ponto interessante a salientar se encontra nas definições de “quadrilha, bando e organização criminosa”. Á época da criação da lei 10.792/03 as duas primeiras hipóteses estavam cominadas no artigo 288 do Código Penal, já “organização criminosa” não possuía uma definição sequer em todo o ordenamento

³ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

jurídico, ou seja, era possível existir fortes suspeitas sobre a participação em algo que não se podia objetivamente definir.

Este grande equívoco foi sanado apenas em 2013 com a criação da Lei 12.850/13, que revogou o cominado no art. 288 e uniu as três possibilidades em apenas “*organização criminosa*” definindo em:

“[...] associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”⁴

Para Mirabete (2004, p. 151) as hipóteses “b” e “c” podem ser caracterizadas como uma modalidade cautelar do preso ao RDD já que sua finalidade é:

Garantir as condições necessárias para que a pena privativa de liberdade ou a prisão provisória seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal e a ordem pública, que continuaria ameaçada se, embora custodiado, permanecesse o preso em regime comum.

O regime disciplinar diferenciado cautelar foi incluído no artigo 60, caput da LEP com a alteração realizada pela lei 10.792/03 e é encontrada em duas modalidades distintas: Isolamento preventivo e inclusão preventiva

O *isolamento preventivo* se constitui em isolar o preso por um prazo de até dez dias, sem possibilidade de prorrogação ou nova decretação pela mesma fundamentação.

O responsável por essa inclusão é a autoridade administrativa, ou seja, o diretor do estabelecimento prisional e não necessita de autorização judicial.

Já no caso da *inclusão preventiva no RDD “no interesse da disciplina e da averiguação do fato”* o prazo de isolamento será dos mesmos dez dias, porém nesse caso se faz necessário autorização judicial. O juiz competente para a decretação da

⁴ Redação em conformidade com o artigo primeiro, parágrafo primeiro da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

medida cautelar é o juiz da execução e seu despacho deverá ser pautado no *periculum in mora* e no *fumus boni juris*.

Em ambas as hipóteses o tempo de isolamento cumprido pelo preso será descontado do tempo a ser cumprido em eventual inclusão definitiva.

A inclusão preventiva poderá ser decretada sem a prévia manifestação do Ministério Público e da Defesa, sem violação dos princípios da ampla defesa, contraditória e principalmente do devido processo legal se considerarmos sua urgência e suas particularidades.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer a respeito da decisão definitiva de inclusão no regime diferenciado, no caso de eventual decisão sem a *prévia* consulta as partes processuais, a sentença deverá ter decretada absolutamente nula.

3.1 PROCEDIMENTOS DE INCLUSÃO DEFINITIVA

O pedido de inclusão no regime disciplinar diferenciado é exclusivo da autoridade administrativa, leia-se, Secretário de Segurança Pública e Secretário da Administração Penitenciária ou do diretor do estabelecimento prisional que o preso estiver lotado. De forma alguma poderá ser decretada por ofício ou pleiteada pelo Ministério Público.

Após a apresentação do pedido de inclusão é aberto prazo para manifestação da Defesa e do Ministério Público e logo em seguida começa a correr o prazo de 15 dias para decisão do Juiz da execução Penal.

Atentasse ao fato do Magistrado possuir tempo superior (15 dias) para deliberar e sentenciar do que o preso tem para ficar cautelarmente isolado (10 dias). É notório que esta diferenciação é descabida e a situação fica nas mãos do bom senso do juiz, como bem explica Guilherme de Souza Nucci:

Os prazos, no entanto deveriam coincidir, ou seja, se o juiz tem até 15 dias para deliberar sobre o regime disciplinar diferenciado, o ideal é que a autoridade administrativa tivesse igualmente 15 dias para isolar o preso, quando fosse necessário. Nada impede, aliás recomenda, no entanto, que o juiz, alertado de que o preso já foi isolado, decida em dez dias, evitando-se alegação de constrangimento ilegal.⁵

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Primeiras considerações sobre a Lei n.10.792/03**. Disponível em <<http://www.cpc.adv.br>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

3.2 POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO ESTANDO NO RDD

Progressão de regime é fruto direto da teoria mista da pena, mais especificamente na questão da ressocialização. A progressão tem como finalidade reinserir, aos poucos, o preso à sociedade. Sendo uma forma consciente de readaptar o condenado ao cotidiano de uma cidade.

Para o preso usufruir do benefício da progressão de regime ele deve preencher dois requisitos: a) cumprimento de um sexto da pena no regime em que se encontrar preso e b) apresentar atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento penal.

A questão gera debate, pois a uma primeira vista fica claro que o preso inserido no regime disciplinar diferenciado lá se encontra pois não obteve um bom comportamento durante sua passagem no cárcere. Sendo assim mesmo que ele cumprisse um sexto de sua pena o outro requisito não estaria presente e consequentemente sua progressão deveria ser negada.

Entretanto, a doutrina diverge sobre isso. Alguns autores são contrários a progressão do preso inserido no RDD, nessa linha segue Norberto Avena:

Embora não haja proibição legal expressa à progressão de regime durante o período de cumprimento do RDD, não vislumbramos a possibilidade de considerar preenchido o requisito subjetivo da progressão pelo condenado sujeito às restrições desse regime. Isso porque as situações previstas no art. 52, *caput* e §§ 1º e 2º, da LEP, sugerem periculosidade, desajuste carcerário e inadequação à terapêutica penal aplicada, revelando que o apenado está longe de alcançar a reintegração social que se espera com o cumprimento da pena privativa de liberdade.⁶

Em pensamento contrário, Renato Marcão, grande estudioso do RDD, apoia a possibilidade da progressão.

Muito embora a primeira impressão seja no sentido da negação, da impossibilidade de conceder o benefício estando o sentenciado a cumprir pena no “regime fechadíssimo”, que decorre da sanção disciplinar em questão, uma análise mais cuidadosa do tema impõe afirmar que, em tese, é possível a concessão de progressão. A questão, todavia, deverá ser

⁶ AVENA, Norberto. **Execução penal esquematizado**. São Paulo: Forense, 2014, p. 238.

analisada com serenidade, cuidadosamente, caso a caso. A afirmação genérica no sentido da negativa é temerária tanto quanto precipitada, e o raciocínio simplista que a fundamenta não resiste aos efeitos de uma reflexão mais profunda e abalizada. O que pode parecer óbvio ao que conclui apressadamente não é ao que deita reflexões jurídicas e equilibradas sobre o tema.⁷

Entretanto, mesmo a favor da possibilidade de progressão Marcão afirma que o preso que obter este benefício precisará primeiramente cumprir TODO o período que lhe foi sentenciado ao RDD para só depois se transferir para o novo regime mais benéfico:

Importante observar, por fim, que, mesmo recebendo a progressão, por exemplo, para o regime semi-aberto, o preso deverá cumprir a sanção disciplinar integralmente, antes de ir, de fato, para o novo regime. Vale dizer: Deverá cumprir todo o tempo restante de Regime Disciplinar Diferenciado antes de ver efetivada sua transferência para o novo regime.⁸

Outro apontamento interessante é a respeito da possibilidade do trabalho do preso integrado ao RDD. A jurisprudência é mista em relação a esse aspecto, o que se demonstra um grande equívoco, uma vez que o decreto 6049/07 de 22 de fevereiro de 2007 trouxe em seu artigo 98 e parágrafos regras específicas para o preso inserido no regime diferenciado:

Art. 98. Todo preso, salvo as exceções legais, deverá submeter-se ao trabalho, respeitadas suas condições individuais, habilidades e restrições de ordem de segurança e disciplina.

§ 1º Será obrigatória a implantação de rotinas de trabalho aos presos em regime disciplinar diferenciado, desde que não comprometa a ordem e a disciplina do estabelecimento penal federal.

§ 2º O trabalho aos presos em regime disciplinar diferenciado terá caráter remuneratório e laborterápico, sendo desenvolvido na própria cela ou em local adequado, desde que não haja contato com outros presos.

§ 3º O desenvolvimento do trabalho não poderá comprometer os procedimentos de revista e vigilância, nem prejudicar o quadro funcional com escolta ou vigilância adicional.⁹

⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141.

⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144.

⁹ Redação em conformidade com o artigo 98 e seus parágrafo primeiro do Decreto 6049/07, de 22 de fevereiro de 2017.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em 2014, decidiu a respeito da impossibilidade da remissão ficta ao preso inserido no RDD:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MEIOS, NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, PARA O DESEMPENHO DE ATIVIDADES LABORAIS OU PEDAGÓGICAS. PRETENDIDO CÔMPUTO FICTÍCIO DE POTENCIAIS DIAS DE TRABALHO OU ESTUDO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DO EFETIVO EXERCÍCIO DESSAS ATIVIDADES. PRESO, ADEMAIS, SOB REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD). INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA QUE DEIXE A CELA PARA EXECUTAR TRABALHO INTERNO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O direito à remissão pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador, razão por que não existe a denominada remissão ficta ou virtual.

2. Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional.

3. O Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao preso tratamento penitenciário peculiar, mais severo e distinto daquele reservado aos demais detentos, estabelecendo que o preso somente poderá sair da cela individual, diariamente, por duas horas, para banho de sol.

4. Não há previsão, na Lei de Execução Penal, para que o preso, no regime disciplinar diferenciado, deixe a cela para executar trabalho interno, o que também se erige em óbice ao pretendido reconhecimento do direito à remissão ficta.

5. Recurso não provido.¹⁰

4 BREVE ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Desde seu surgimento o regime disciplinar diferenciado teve uma recepção pouco amistosa por parte da doutrina. Muitos autores criticaram a criação de um regime tão extremo. O brilhante professor René Dotti disse:

(...) a tendência do Congresso Nacional em editar uma legislação de pânico para enfrentar o surto da violência e a criminalidade organizada caracterizada pelo arbitrário aumento de pena de prisão e o isolamento diuturno de alguns condenados perigos durante dois anos – além de outras propostas fundadas na aritmética do cárcere – revela a ilusão de combater a gravidade do delito com a exasperação das penas.¹¹

¹⁰ STF - RHC: 124775 RO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/11/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/12/2014.

¹¹ DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

Reforçando o sentimento de Dotti, Bitencourt afirmou:

[...] com o Regime Disciplinar Diferenciado o governo brasileiro passa a adotar o prescrito direito penal de autor, de cunho fascista, ressuscitado por movimentos sociais do Direito Penal do Inimigo." Afirma ainda que "a Lei n. 10.792/2003 não faz previsões relacionadas a fatos, mas a determinados tipos de autores, submetidos a isolamento não pela prática de algum crime, mas sim, pelo fato de representarem um alto risco, uma ameaça ao convívio social, uma avaliação um tanto subjetiva". E continua: "para as instâncias de controle não importa o que se faz "Direito Penal de Fato", mas sim quem faz "Direito Penal de Autor"¹²

Outro ponto controverso se apresenta nas eventuais consequências em uma (im)possível ressocialização do preso inserido no RDD, a respeito disso o professor Rômulo Moreira precisamente discorreu:

"Se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante, tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime total e inexorável desesperança¹³

Entretanto o principal ponto debatido e criticado foi a possível inconstitucionalidade do RDD. Diversos princípios foram apontados como divergentes a constituição, porém o que mais ganhou força entre os doutrinadores foi a ofensa o princípio da dignidade da pessoa humana.

A respeito disso quem melhor lecionou foi Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime disciplinar diferenciado viola a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 1º, inciso III, da vigente Constituição da República¹⁴

Como fica clara com as citações apresentadas a doutrina amplamente majoritária foi e é contra a implementação do Regime Disciplinar Diferenciado.

¹² BITENCOURT, Cesar Roberto. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2007, p 157.

¹³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: ano V, n. 28, p38-39, out./nov. 2004.

¹⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, op. cit, p 287.

5 TEORIAS DAS PENAS

Para podermos realizar uma análise mais concreta sobre a necessidade do RDD necessitamos nos aprofundar no estudo da aplicação de pena, seus objetivos e suas eventuais consequências na sociedade. Desta forma faz-se necessário um estudo histórico sobre as diversas correntes que buscaram atribuir a pena algum tipo de fundamento e validação.

Todavia, deve-se tomar cuidado ao realizar tal análise, ao se atentar ao fato de que a evolução do pensamento não ocorre de forma linear. Por mais que se dê a impressão, ao olhar o passado, de que cada corrente reinou sozinha a seu tempo, devemos ter em mente que algumas correntes ocuparam mesma época, coexistindo, obtendo mais ou menos aceitação no meio acadêmico e, conseqüentemente, interferindo mais na sociedade.

De tal forma, no presente estudo iremos examinar as três principais correntes históricas (teoria absoluta, teoria relativa, teoria mista) e a corrente que este escritor acredita ser a mais adequada a implementação do regime disciplinar diferenciado (teoria agnóstica de Zaffaroni).

5.1 TEORIA ABSOLUTA (OU RETRIBUTIVA) DA PENA

O pilar que a teoria absoluta se sustenta está resumido na frase “Punitur quia peccatum est” ou seja, “pune-se porque pecou”. Extraímos desta frase que a pena tem o caráter punitivo, representando um mal/castigo ao infrator penal. Pune-se o mal com outro mal, de forma simplesmente retributiva, a fim de restabelecer o direito.

Nota-se que a teoria parte do pressuposto, muito criticado, da existência de dois tipos de mal: o mal injusto, que nada mais seria do que o ato criminoso e o mal justo, que seria cometer um ato “ruim” legitimado, apenas com o intuito punitivo.

5.1.1 Contexto Histórico

Para melhor entendermos esta corrente, devemos analisar seu contexto histórico.

A teoria retributiva foi disseminada em uma época dominada pelo Estado Absolutista, ou seja, o poder se concentrava na mão do rei, que afirmava

categoricamente ter seu poder concedido diretamente por uma entidade divina, Deus. Neste contexto a política e a moral, representada pelo Estado e a Igreja, respectivamente, se confundiam em uma só entidade.

Uma vez que ao rei era atribuído o papel de governador e representante de Deus, o crime se apresentava como ato de ofensa ao Estado e a Justiça Divina. Sendo assim, e considerando que ao rei também era entregue o poder legal, a pena adquire conotações religiosas¹⁵, sendo visto como um castigo com o qual se expiaria todo o pecado (mal) cometido. Neste sentido, o castigo era normalmente carregado de dor e sofrimento ao “pecador”.

Todavia, o Estado absolutista foi um período de transições, sendo marcado pela ascensão da burguesia e o estabelecimento da teoria do contrato social, desta mescla a sociedade recebe contornos mais liberais.

Essa mudança estrutural retirou o poder do soberano e o entregou nas mãos da sociedade, o Direito Divino saiu de cena para dar passagem ao Direito racional. Com tais mudanças obviamente a forma de ser ver o crime mudou e conseqüentemente a pena deveria adquirir um novo propósito, neste sentido Bitencourt ensina:

O Estado, tendo como objetivo político a teoria do contrato social, reduz sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que sua atitude não cumpria o compromisso de preservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída como uma pena ¹⁶

Segundo essa nova concepção, baseando-se no livre-arbítrio e na culpabilidade individual, ficou atribuído a pena, exclusivamente, a função de realizar “justiça”. A pena seria a forma da sociedade castigar o autor de um crime, caracterizando assim, uma função unicamente retributiva.

Entre os principais defensores da corrente retributiva (ou absolutista) encontramos dois dos principais precursores da filosofia idealista alemã: Immanuel

¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 134.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. rev., ampl e atual - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 750.

Kant e Georg Hegel. Entretanto é fácil notar uma grande diferença entre a formulação de suas teorias, enquanto o primeiro defende que a justificação da pena é de ordem ética, o segundo afirma ser de ordem jurídica, como iremos analisar a seguir:

5.1.2 A teoria retributiva de Kant

Em sua obra *Metafísica dos costumes*, Kant iguala a lei a um imperativo categórico, sendo assim, aquele que não a cumprisse não deveria ser digno do direito de cidadania. Em consequência, o infrator deveria ser fortemente castigado pelo soberano.

Segundo Kant se o intuito da pena fosse trazer um bem maior para a sociedade ou para o próprio indivíduo, o homem não passaria de mero meio, sendo tratado como objeto. Kant não concordava com a objetificação dado ao homem e escreve em sua obra que o homem não é “algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo”¹⁷

Nota-se que o filósofo não apresentou nenhuma função preventiva ou de ressocialização em sua obra.

Uma passagem muito marcante de sua obra foi o desenvolvimento da ideia que se uma sociedade chegasse ao ponto de querer se dissolver, com o consentimento de toda sua população, o último assassino mantido em prisão teria de ser prontamente executado, para que todos integrantes da sociedade tivessem as penas de seus crimes executadas, não deixando assim, cair a cumplicidade de tais crimes para a população da antiga sociedade.

Para o filósofo, a pena seria um fim em si mesma, não lhe correspondendo nada mais do que simplesmente trazer justiça¹⁸ e deveria ser aplicada apenas pelo fato de ter existido um crime prévio. Além disso, a pena teria o caráter retributivo à culpabilidade do autor, portanto deveria a pena ser de igual proporção a gravidade causada pelo crime.

¹⁷ KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos de la doctrina del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 85.

¹⁸ KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos de la doctrina del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 167.

5.1.3 A teoria retributiva de Hegel

Hegel aborda a questão sob a ótica de sua teoria de Estado, sua fundamentação se faz sob a ótica da retribuição jurídica do crime. Para ele, a pena nada mais do que é a negação da negação do Direito.

Para Hegel o alicerce do Direito pode ser encontrado na racionalidade e na liberdade, sendo o Direito expressão da vontade racional

A pessoa ao cometer certa prática criminosa está negando o estado de Direito que ela está introduzida, perturbando a ordem moral absoluta. O Estado, ao aplicar uma sanção, está negando a negação do criminoso, restaurando a ordem jurídica perturbada. Sob a mesma lógica matemática que diz que menos mais menos é igual a mais.

Para o filósofo as penas não devem possuir finalidade alguma, para não degradar a personalidade de quem a receber.

Podemos concluir que para os absolutistas a pena tem um caráter exclusivamente vingativo. O autor do delito tem que ser punido para estabelecer, de alguma forma a ordem que ele bagunçou. Nota-se que essa corrente simplesmente não percebeu que nenhuma pena poderá, de fato, restaurar a ordem como era antes, como afirma Fernando Galvão:

Na verdade, o delito não pode ser compensado pela pena. O que foi feito *não pode ser desfeito*. A vítima de homicídio não pode retomar sua vida, e a mulher violentada não recuperará seu estado anterior, por maior que seja a pena aplicada ao criminoso. Por isso, não é possível compreender que o mal causado pela aplicação da pena sirva para compensar o mal causado pelo delinquente. A inevitabilidade da aplicação da pena, na concepção de retribuição, contraria o princípio da limitação da tarefa do Direito Penal à proteção de bens jurídicos. Afinal, a pena não é a consequência necessária de toda forma de culpa do indivíduo, em sua relação com os demais. O indivíduo pode sentir-se culpado perante o próximo por vários motivos e nem por isso precisa receber reprovação do ordenamento jurídico¹⁹

¹⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5 ed. rev., ampl e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

5.1.4 Comentários críticos ao retribucionismo

Embora possua méritos legitimados, como o reconhecimento da dignidade humana por Hegel ou o estabelecimento de limites à pena aplicado pelo Estado, trazida por Kant, não se pode negar que a corrente absolutista recebeu uma alta carga de críticas.

Kant teve seu imperativo categórico criticado por sua “busca dos direitos a partir dos deveres morais”²⁰. Muito se foi falado que a teoria se preocupa muito em apenas punir e esquece de prevenir, ou dos desdobramentos que o crime trará para a vítima. Outro apontamento feito se dá ao caráter metafísico e medieval defendido por essa corrente, como aponta Silva Sanchez:

No caso da retribuição, as razões de sua superação como fundamento básico da intervenção jurídico-penal sobre pessoas e bens dos cidadãos são claramente culturais (ou ideológicas). Com efeito, para fundamentar o ‘adeus a Kant e Hegel’ se alega – entre outras coisas – que no moderno Estado de corte Liberal não são bem recebidas fundamentações metafísicas do recurso à pena, que rechaçando toda referência ‘final’ para a mesma, apelem ao apriorismo da realização da justiça absoluta.²¹

Zaffaroni, apresentou a questão de presunção da desigualdade social vivida na América Latina para questionar a teoria absolutista:

O Retribucionismo latino-americano, ou seja, a concepção latino-americana da pena como uma retribuição, conforme o princípio de culpabilidade é produto de uma reação contra o positivismo, elaborada por quem se preveniu claramente do perigo que este implicou e implica para o pensamento democrático. Entretanto, a retribuição não pode ser justa em sociedades altamente injustas quanto a seu sistema de produção (na América Latina mais de 40% da população está marginalizada do sistema de produção industrial) e quanto ao seu sistema de distribuição (a maior parte da renda se concentra em uma minoria). Isto faz que, definitivamente, o retribucionismo que tem a vantagem de denunciar os excessos biologistas e racistas do positivismo, se converte em uma ideologia que frequentemente – por não dizer quase sempre – sirva a os setores mais ou menos tecnocratas do segmento judicial [...].²²

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. 6 ed. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 215.

²¹ Silva Sánchez, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 199.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. 6 ed. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 297-298.

Busato complementa:

Hoje em dia as modernas correntes político-criminais iniciam parte de suas propostas a partir dessas teses retributivas, mas não entendidas no sentido clássico do termo de justiça absoluta, e sim tendo por finalidade objetivos como a prevenção geral integradora. De qualquer forma, a fórmula odiosa e maniqueísta do retribucionismo segue existindo como fundamento defendido por alguns autores, apesar da inevitável associação à ideia de vingança, própria de uma barbárie ancestral.²³

5.2 TEORIA RELATIVA (OU PREVENTIVA) DA PENA

As teorias relativas, que também são conhecidas como utilitárias ou preventivas, vieram como um contraponto as teorias absolutas. Ao invés de se pensar apenas no passado, essas teorias constroem uma fundamentação voltada exclusivamente para o futuro, “punitur ut ne peccetur” (punir para não pecar). A punição tem o objetivo de ser instrumento útil a prevenção da criminalidade. Como explicou Beccaria:

o fim das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado. [...] os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime.²⁴

Esse tipo de pensamento pode ser encontrado desde a antiguidade, entretanto ganhou muita força com o avanço das ideias iluministas e do estabelecimento do Estado Social. Nesse sentido a pena é vista pelos relativistas como um mal necessário à manutenção da ordem social.

O grande nome dessa corrente é Paul Johann Alselm Ritter von Feuerbach, idealizador da “teoria da coação psicológica”. Para ele a resposta para o problema da criminalidade estaria no Direito Criminal. Desta forma direcionou a finalidade da pena em duas direções: prevenção geral e prevenção especial.

A grande diferença entre as duas vertentes se encontra no destinatário da prevenção. Enquanto o foco da primeira é a sociedade, a segunda se volta para o agente criminoso.

²³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 757.

²⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana – Marquês de. **Dos delitos e das penas**, p. 42-43.

Atualmente, aceitando a proposta de Ferrajoli, as duas principais prevenções são subdivididas em mais dois grupos “positiva” e “negativa”, em função da natureza da prestação. Como ensinou Dotti:

Caracteriza-se a chamada prevenção geral da pena pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou a sua aplicação ou execução concretas possam produzir no seio da comunidade. É o fenômeno da coação psicológica aludido pelos escritores clássicos como Feuerbach. [...] Por prevenção especial entende-se o objetivo de evitar que o sujeito cometa novas infrações. Trata-se de proporcionar ao condenado, através da execução da pena, caminhos opostos a reincidência²⁵

Como resultado, se obtém quatro vertentes atuais: 1) prevenção geral positiva; 2) prevenção geral negativa; 3) prevenção especial positiva e 4) prevenção especial negativa.

5.2.1 Prevenção geral negativa

A prevenção geral está diretamente ligada a função de intimidação que a aplicação da pena produz na sociedade. O castigado é visto como exemplo, a sociedade olhará para a situação degradante e se acovardará. O foco da pena está na psique humana e tem a intenção de atuar em dois momentos distintos:

Primeiramente, antes do ato ilícito, a atenção se volta ao autor e tenta causar nele uma sensação de desagrado que o impediria de cometer o crime e, em um segundo momento, após a prática criminal, o foco se dá na psique do resto da sociedade, com o objetivo de “adestrar” a população das consequências, caso venha a cometer crime semelhante.

Sob o tema, Bitencourt ensina:

A prevenção geral fundamenta-se, nesse momento, de duas ideias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. Essa teoria valeu-se dessas ideias fundamentais para não cair no terror e no totalitarismo absoluto²⁶

²⁵ DOTTI, Rene Ariel. **Direito penal: parte geral**. 3. Ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 518.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. rev., ampl e atual - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

A prevenção geral negativa foi fortemente criticada pelos retribucionistas. Kant pontuava que ao usar o apenado para alcançar outro objetivo a proposta objetificava o homem, como já explicado no presente trabalho.

Já para Hegel, a pena como outra finalidade que não a retribuição do mal cometido, se degradaria à personalidade do apenado. Outro ponto levantado pelo filósofo foi que se o objetivo da pena seria amedrontar a população, então estaria legitimado a aplicação de penas assustadoras.

5.2.2 Prevenção geral positiva

A teoria da prevenção geral positiva traz uma nova perspectiva para o alcance da pena. O foco deixa de ser o a intimidação do delinquente e se volta a passar uma mensagem a sociedade.

A pena assume um caractere pedagógico e visa propugnar três principais efeitos: a) a aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; b) o efeito de reafirmação da confiança no Direito Penal; c) o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito ²⁷.

Em um modo geral, a prevenção geral positiva tem o intuito de provocar um reforço de confiança da população no Estado.

5.2.3 Prevenção especial positiva

A teoria da prevenção se preocupa, exclusivamente, com o agente de ato criminoso, a fim de evitar a pratica do delito. Para isso, parte do pressuposto que o autor do fato criminoso tem em si um desvio social que necessita ser corrigido.

Sendo assim, quer-se a ressocialização do condenado pelo meio da reeducação e de um gradativo retorno do preso à meio social. O discurso se baseia em uma afirmação um tanto quanto polêmica de que o delinquente é passível de cura.

Entretanto essa afirmação analisa a pessoa que cometeu o delito de uma forma simplista, rasa e preconceituosa. Analisa a questão microscopicamente e

²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997. t. I.

esquece de analisar a questão social e as particularidades de cada caso em um anseio de tentar satisfazer as necessidades político-sociais com o mínimo sacrifício para o sujeito²⁸.

A teoria recebeu algumas críticas, Durkheim afirmou que o crime é característica permanente de uma sociedade, então ele questiona o sentido da ressocialização.

Já Juarez Cirino dos Santos retrata que a função da pena é criminalizar os pobres, e que a ressocialização é uma grande mentira do Estado, e esse está a serviço do capitalismo.

Interessante se notar que por de trás de um discurso inclusivo, até humanitário, no qual se vale da pena para chegar na ressocialização, o que na verdade se vê são penas que simplesmente retiram o marginal do seio da sociedade e o isola com outras pessoas, que na teoria, também não são merecedoras do privilégio da liberdade.

Questiona-se também, se essa medida irá de fato auxiliar ao preso na missão de reintrodução ao meio comum ou se o apenas tornará mais distante e excluído, chegando ao extremo de contrair sentimentos odiosos contra aquela sociedade que o privou de tantas coisas.

5.2.4 Prevenção especial negativa

Assim como na prevenção especial positiva, esse segmento tem como foco o agente criminoso, entretanto seu objetivo não se encontra na ressocialização, mas sim na neutralização do perigo através do tempo de pena aplicada.

O principal autor dessa corrente é o autor Franz Von Liszt. Ele teve a audácia de classificar os criminosos em três tipos e definiu o tipo de punição mais adequado, dependendo em qual grupo o criminoso se encaixava.

Aos presos corrigíveis se aplicaria a ressocialização (prevenção especial positiva). Aos que não necessitavam de correção, deveria ser aplicado a intimidação. Já aos criminosos que não fossem corrigíveis deveria ser aplicado a Inocuidade. Essa neutralização poderia ser absoluta ou relativa. Von Liszt acreditava na prisão perpétua, todavia abominava a pena de morte.

²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 764

Por mais que a teoria relativa da pena tenha sido fortemente criticada, ainda é possível encontrar países que a usam como fundamento teórico.

5.3 TEORIA MISTA (OU UNIFICADORA)

A teoria mista da pena surgiu como uma resposta ao fiasco das teorias retributivas e teorias relativas. Seu êxito foi em perceber que as teorias anteriores abordavam apenas um lado da moeda e com isso tentou fazer uma abordagem que unisse o melhor que cada teoria anterior tinha apresentado, ou seja, retribuir o mal causado pelo criminoso, sem o prejuízo de evitar a prática de novos atos criminosos.

As soluções mistas começaram a ser predominantes na Europa durante a virada do século XX para o século XXI. Os primeiros autores a desenvolverem tese nesse sentido foram Albert Friedrich Berner com sua teoria do espaço do jogo (*Spielraumtheorie*) e Adolf Merkel, como bem apontado por Paulo Busato:

Berner já apresentava a retribuição adequada como sendo aquela que estabelecia um marco (*Rahmen*), para a pena que não correspondia a um *quantum* específico, mas sim a limites máximo e mínimo que compunham um *espaço de jogo* (*Spielraum*) que representava a culpabilidade do autor, em cuja margem a fixação exata dependeria de considerações de aspecto preventivo, tanto especial quanto geral negativo. Já Merkel sustentava ser fictícia a contraposição entre retribuição e prevenção, dizendo que a pena naturalmente possui as duas facetas, as quais, na verdade não podem ser cindidas.²⁹

O primeiro grande impasse pelos autores foi encontrar um modo à fundamentar suas teorias mistas de uma forma que realmente unificasse as teorias anteriores, sem deixar transparecer a ideia que uma das teorias antigas era o fio condutor simplesmente somado a alguns poucos elementos da outra teoria, apenas para fugir das críticas já apresentadas as teorias anteriores.

Nota-se que, as primeiras teorias mistas apresentadas tinham esse fator bem evidente. Elas se apegavam a teoria retributiva e apenas pincelavam alguns poucos elementos da teoria relativa, por esse motivo que foram denominadas de teorias retributivas da união. Fica claro que estas tentativas falharam em seu objetivo pelo fato da simples união dos efeitos das duas teorias não suprimir as falhas apresentadas em cada teoria separadamente.

²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 771.

Roxin entendeu isso e formulou sua própria teoria, encontrada na obra “Sentido e Limites da Pena Estatal”, com o intuito de sanar os problemas dialéticos apresentados nas teorias mistas iniciais, promovendo um diálogo entre elas. Sua *teoria unificadora dialética* parte da diferenciação entre o *fim da pena* e o *fim do direito penal*.

Para o autor as críticas apresentadas as teorias relativas poderiam ser superadas quando a existência de uma prevenção geral/especial servisse para a imposição de pena, neste sentido a pena deveria se preocupar com a ressocialização do apenado. Sendo assim, nos casos aonde não se encaixaria a ressocialização poderia ser utilizado a fundamentação da prevenção geral. Já nos casos aonde existisse a possibilidade de aplicação de tanto a prevenção geral como a prevenção especial a pena demandaria um grau díspar de cada uma.

Roxin inclusive categorizou a as funções da pena em três distintas etapas: a cominação legal da pena visa atender os requisitos da prevenção geral; em um segundo momento a aplicação da pena serve para gerar a prevenção geral e a prevenção especial ao simultaneamente proteger os bens jurídicos e limitar a culpabilidade do apenado, e em um último momento a execução penal ganha caráter predominantemente de prevenção especial e, se possível realizaria a ressocialização do preso.

A teoria mista é a fundamentação de pena adotada pelo legislador brasileiro em seu ordenamento jurídico. A retribuição e a prevenção podem ser encontradas no trecho final do artigo 59 do código penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime³⁰

Já a ressocialização pode ser observada no artigo primeiro da Lei de Execuções Penais:

³⁰ Redação em conformidade com o artigo 59 do Decreto-Lei n 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.³¹

5.4 TEORIA AGNÓSTICA

Após comparativa entre modelos ideais de estado de direito com o estado de polícia o professor Eugenio Raul Zaffaroni desenvolveu sua teoria agnóstica da pena, também encontrada sobre o nome de “teoria negativa da pena”.

Em um primeiro momento o autor faz uma análise de dois modelos ideais, o estado de direito e o estado de polícia. Entende-se que o Estado de Direito tem como objetivo, ainda não alcançado, a afirmação do “bom” pela vontade da maioria, sem esquecer do direito das minorias, visando manter o respeito as regras de convivência pré-estabelecidas. Em contrapartida o estado de direito de polícia é o instrumento utilizado por grupos mais privilegiados para impor obediência aos grupos menos favorecidos.

Em um segundo momento a teoria agnóstica indica que ambos modelos não existem no mundo real, existindo apenas um meio termo entre os extremos. As agências de estado de direito visam solucionar os conflitos sociais ao mesmo tempo que o estado de polícia visa a extinção desses conflitos. Nesse sentido a função enxergada pelo autor é “subtrair o conflito da vítima, sem compô-lo, postergando-o, na vã esperança de que o tempo o dissipe³².”

O autor percebe ao analisar as características da pena e suas fundamentações (teorias) o esforço discursivo para encontrar alguma característica positiva para a aplicação de tais penas, porém, o esforço é injustificado, uma vez que, para o autor, não há nenhuma.

A teoria agnóstica tem como característica a negação dos discursos justificantes de todas as outras teorias, enxergando falsidade em suas palavras e um enorme distanciamento do mundo real, como se seus discursos trabalhassem com sociedades utópicas, esquecendo de muitas características fundamentais que compõe e constroem o corpo social.

³¹ Redação em conformidade com o artigo 1 da Lei n 7.210, de 11 de julho de 1984.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro;Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 87

Em curtas palavras, para a teoria agnóstica o estado pune simplesmente pois não acha outra forma lidar com certos conflitos e se utiliza da pena pois tem a obrigação de agir. Em contraponto as teorias fundamentadoras da pena vivem na busca de características positivas para esse dever de agir.

Se realizar uma análise minuciosa poderá se chegar a conclusão que essa é a teoria que mais se encaixa com a aplicação do RDD em nosso ordenamento Jurídico. Por mais que, oficialmente, adotemos a teoria mista, como já apresentado anteriormente, a criação do Regime Disciplinar Diferenciado como instrumento jurídico na luta contra o crime organizado demonstra que o Estado perdeu completamente o controle dos presídios, perdeu a guerra contra as facções criminosas, e ao se deparar com ineficiência da pena de prisão, uma vez que crimes continuam sendo praticados de dentro do presídio e as articulações ocorrem de dentro para fora, se viu obrigado a criar um “remédio” sem qualquer embasamento nas teorias da pena, ou seja, criou o RDD pois foi obrigado a apresentar uma resposta à sociedade.

6 JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Para melhor entendermos o funcionamento do RDD no ordenamento brasileiro devemos analisar como tem sido exercida sua aplicação nos tribunais. Em uma primeira análise, é fácil enxergar um padrão para inserção de presos no regime disciplinar diferenciado, são três características que se aparecerem juntos, configuram, para os tribunais, a certeza da necessidade de medida tão dramática, são elas: participar de organização criminosa, alta periculosidade do preso e a necessidade de garantia da ordem social, como podemos analisar no julgamento de um habeas corpus impetrado por Christiane de Souza Gonçalves realizado pela terceira turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSFERÊNCIA PARA REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. ARTIGO 52 DA LEI 7.210/1984. SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA. PARTICIPAÇÃO RELEVANTE EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. COMPROVAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A inserção do ora paciente no Regime Disciplinar Diferenciado - RDD cumpre os requisitos impostos pelo artigo 52 da Lei nº. 7.210/84. 2. "Não há falar em desproporcionalidade da determinação quando fundada em indícios de planejamento arquitetado, cujas ordens originem-se de dentro dos presídios, para a prática de graves

eventos, que coloquem em risco a vida de autoridades públicas e que sejam causa de ameaça à população em geral, a exemplo de ataques explosivos a prédios públicos e de rebeliões organizadas no interior de unidades prisionais" (STJ. HC 389.493/PR, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 26/04/2017). 3. In casu, infere-se dos autos que o custodiado, ora paciente, apresenta extrema periculosidade, por ser integrante da organização criminosa Família do Norte - FDN, atuando como representante da ORCRIM dentro do presídio. 4. "Hipótese em que a ordem de inserção do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, se deu sob o fundamento de que presentes estão os riscos à ordem pública, não só diante da necessidade de prevenir a reiteração criminosa por parte do requerente, como também em face, da própria gravidade em concreto dos crimes que constituem objeto da investigação e do conseqüente abalo à ordem pública. Presentes, desse modo, os requisitos elencados no art. 52, caput e §§ 1º e 2º da Lei de Execução Penal. (TRF1. HC 0031905-96.2016.4.01.0000/AM, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, e-DJF1 de 11/10/2016). 5. O bem fundamentado parecer ministerial consignou:" constata-se, portanto, que a sujeição do paciente ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD é devida, nos termos dos parágrafos do art. 52 da LEP, uma vez que, mesmo sendo medida extrema, é destinado exatamente aos presos de elevado potencial de criminalidade que, embora recolhidos em estabelecimentos prisionais, continuam a participar de organizações criminosas, o que é o caso do paciente". 6. Ordem de habeas corpus denegada.³³

Em relação a primeira característica, é fato que o RDD foi criado para conter o crime organizado, então é mais do que natural que os integrantes dessas facções sejam os principais alvos; já a questão da "alta periculosidade", tão encontrada nos pareceres que pedem a inclusão do preso no regime diferenciado, é uma análise que não trabalha com a verdade, sendo refém da psique das autoridades que tem em suas mãos o poder de decidir, politicamente, a forma que cada preso cumprirá seu tempo de pena.

Já a "garantia da ordem social" normalmente trabalha em conjunto com o "princípio in dubio pro societate" (existem discussões sobre ser ou não um princípio) é a fundamentação mais hipócrita que poderia ser apresentada. O Estado é o principal responsável pelo estado precário que se encontra o sistema carcerário (como será melhor analisado no próximo capítulo) e que é a principal causa de os presos conseguirem se organizar e ordenar crimes. O Judiciário sabe disso, mas prefere fechar os olhos e "pesar a mão" para o lado mais fraco. Pior, faz malabarismos retóricos para justificar suas decisões. Como pode ser visto na questão da remissão tácita, que será agora analisada.

³³ TRF-1 - HC: 00367365620174010000 0036736-56.2017.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de Julgamento: 06/09/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 15/09/2017 e-DJF1.

Um dos pontos mais controversos do regime disciplinar diferenciado encontra-se na análise de que sua aplicação dificulta ainda mais uma eventual ressocialização do apenado, o que vai contra o artigo primeiro da Lei de Execuções Penais.

Sabe-se que uma das principais formas utilizadas para incentivar o condenado a tentar se reinserir ao meio social encontra-se na remissão. Positivado no artigo 126 da LEP. A remissão é a oportunidade que o preso em regime semiaberto ou fechado tem de abreviar o tempo de sua sentença por meio de trabalho ou estudo. Para cada três dias trabalhados, se subtrai um dia de pena, no caso de remissão por estudo, a cada 12 horas se subtrai um dia de condenação.

Entretanto, no mundo real a possibilidade de um preso inserido no RDD usufruir de tal benefício é ínfima, uma vez que não existe previsibilidade legal para o apenado sair da cela para realizar trabalhos ou estudar.

Se mostra evidente a tentativa do Estado privar o apenado de usufruir de um direito garantido seu. Nesse sentido alguns juristas, no exercer de sua profissão, adentraram com Habeas Corpus solicitando a remissão ficta, na proporção de 01 dia para 03 que está preso, desde a inclusão no regime disciplinar diferenciado.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal e recentemente o Ministro Alexandre de Moraes se posicionou no sentido de não concessão de remissão ficta, no HC 132779 MS:

Decisão Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (RHC 39.710/MS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA), assim ementado: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ATIVIDADE LABORAL/ESTUDO NÃO OPORTUNIZADA AO PRESO. "REMIÇÃO FICTA". IMPOSSIBILIDADE. 1. A remição da pena exige a efetiva realização da atividade laboral ou a frequência em curso (estudo), nos termos do art. 126 da LEP. 2. "Não pode a suposta omissão Estatal ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador" (AgRg no HC 208.619/RO, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 14/8/2014). 3. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC 39.710/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015) . Neste habeas corpus, a defesa alega, em suma, a possibilidade de reconhecimento da remição ficta, por falta de oportunidade oferecida pelo Estado. Pede, ao final, a concessão da ordem para determinar ao Juízo das Execuções Penais que declare a remição da pena do paciente desde a data de sua prisão, a proporção de 01 dia para cada 03 que está preso, nos períodos em que esteve impossibilitado de trabalhar/estudar pela falta de oportunidade no estabelecimento carcerário. Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do pedido. É o relatório. Decido. A respeito da matéria, dispõe a Lei de Execução de Penal:

Art. 33 . A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados. Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho A contagem de tempo para fins de remição de pena será realizada à razão de um dia de pena para cada três dias de trabalho, em jornada normal não inferior a seis e não superior a oito horas diárias. Extrai-se, portanto, que remição da pena exige a efetiva realização de atividade laboral ou de estudo por parte do reeducando, que deve ser comprovada de forma inequívoca. Explicativa, a propósito da temática, a ementa do seguinte julgado: “Recurso ordinário constitucional. Habeas corpus. Execução Penal. Remição. Inexistência de meios, no estabelecimento prisional, para o desempenho de atividades laborais ou pedagógicas. Pretendido cômputo fictício de potenciais dias de trabalho ou estudo. Inadmissibilidade. Necessidade do efetivo exercício dessas atividades. Preso, ademais, sob regime disciplinar diferenciado (RDD). Inexistência de previsão legal para que deixe a cela para executar trabalho interno. Recurso não provido. **1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador, razão por que não existe a denominada remição ficta ou virtual. 2. Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional. 3. O Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao preso tratamento penitenciário peculiar, mais severo e distinto daquele reservado aos demais detentos, estabelecendo que o preso somente poderá sair da cela individual, diariamente, por duas horas, para banho de sol. 4. Não há previsão, na Lei de Execução Penal, para que o preso, no regime disciplinar diferenciado, deixe a cela para executar trabalho interno, o que também se erige em óbice ao pretendido reconhecimento do direito à remição ficta. 5. Recurso não provido.” (RHC 124.775-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 19.12.2014) **Assim, por encontrar amparo na legislação de regência e na orientação desta CORTE, não há constrangimento ilegal a ser sanado.** Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **NEGO SEGUIMENTO AO HABEAS CORPUS.** Publique-se. Brasília, 21 de setembro de 2017. Ministro Alexandre de Moraes Relator Documento assinado digitalmente.³⁴**

Nota-se que, o Ministro em momento algum fez menção à ineficácia do Estado em proporcionar um direito garantido ao preso, ao invés disso o relator se vale da ausência de legislação para endossar sua decisão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná corrobora com a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à impossibilidade da remissão ficta. Podemos observar no julgado do recurso de agravo impetrado por Wuesley José de Freitas, preso no regime disciplinar diferenciado. Wuesley pugnou pela remissão ficta no

³⁴ STF - HC: 132779 MS - MATO GROSSO DO SUL 0000921-11.2016.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 21/09/2017, Data de Publicação: DJe-217 26/09/2017. Original sem grifos.

montante relativo a 182 dias, alegando que apenas não trabalhou mediante a ineficácia do Estado em lhe proporcionar os meios que viabilizassem a realização da atividade remunerada. Nos próprios autos ficam especificados que por ordens da Delegada de Polícia ficaram proibidos o repasse de matéria artesanal para os presos, por “questão de segurança”. Os desembargadores assumem que o Estado não tem cumprido com seu dever, entretanto, para eles, tal situação não se configura suficiente para aplicar a remissão ficta, sob pena de ferir o princípio da isonomia em relação aos presos que de fato tem praticado algum tipo de trabalho ou que tenha estudado.

DECISÃO: ACORDAM os Integrantes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto. EMENTA: RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU A REMIÇÃO DE PENA. IMPROVIMENTO QUE SE FAZ NECESSÁRIO DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ESFORÇO RESSOCIALIZADOR INEXISTENTE. REMIÇÃO QUE EQUIVALERIA À FICTA OU VIRTUAL, O QUE É VEDADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NECESSIDADE DE EVITAR DESIGUALDADES. IMPRESCINDIBILIDADE DE EFETIVO DESEMPENHO DE ATIVIDADE LABORAL. BENEFÍCIO QUE SE CONCEDE ÀQUELE QUE EFETIVAMENTE TENHA DESENVOLVIDO ATIVIDADE PRODUCENTE. INEFICIÊNCIA ESTATAL QUE NÃO AUTORIZA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE SODALÍCIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Estado do Paraná 2/10 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECURSO DE AGRAVO Nº 1.617.165-0 (TJPR - 4ª C.Criminal - RA - 1617165-0 - Cambará - Rel.: Antônio Carlos Ribeiro Martins - Unânime - - J. 30.03.2017)³⁵

Curioso observar a disparidade encontrada nos motivos apresentados para incluir um preso no RDD. Podemos analisar essa discrepância em dois julgados do Superior Tribuna de Justiça no mês de outubro de 2017, com uma diferença de apenas cinco dias. O primeiro caso é um Habeas corpus interposto pela defesa do conhecido traficante Marcinho VP, o qual solicitam a saída do preso do regime disciplinar diferenciado para regressar a um presídio de seu estado natal, Rio de Janeiro. Marcinho é considerado uma das principais lideranças da organização criminosa Comando Vermelho, chegando a comandar o tráfico de entorpecentes no Complexo do Alemão, Complexo da Penha e São João de Meriti. VP foi preso e condenado por diversos crimes, entre eles estão: tráfico de drogas, sequestro, formação de quadrilha, homicídio qualificado, entre vários outros. Uma vez preso, Marcinho seguiu o caminho

³⁵ TJ-PR - EP: 16171650 PR 1617165-0 (Acórdão), Relator: Antônio Carlos Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 30/03/2017, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 2010 17/04/2017

mais prático, se aproveitou da falência do sistema carcerário e lá de dentro continuou a comandar sua facção criminosa. Dentro da prisão sua vida era um tanto quanto “tranquila” pois a maioria dos presos que o rodeavam eram seus subordinados. Nesse contexto o Estado precisou agir e enviou o líder do Comando Vermelho para o Regime Disciplinar Diferenciado na Penitenciária Federal de Mossoró, no Rio Grande do Norte. Marcinho teve seu pedido negado como podemos ver no HC nº 75.402 – CE:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.402 - CE (2016/0207334-3)
RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS RECORRENTE : MARCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO (PRESO) ADVOGADO : OTONIEL MAIA DE OLIVEIRA JUNIOR - RN006749 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DECISÃO Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto em face de acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que negou a MÁRCIO DO SANTOS NEPOMUCENO transferência da Penitenciária Federal de Mossoró/RN para estabelecimento prisional do Rio de Janeiro, seu estado de origem, conforme acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 153-154): "Penal e processual penal. Habeas corpus impetrado em nome próprio, atacando a decisão que determinou a permanência do paciente, por mais trezentos e sessenta dias, na Penitenciária Federal de Mossoró. O fim último perseguido pelo impetrante e paciente é sair do Regime Disciplinar Diferenciado, no caso, da Penitenciária Federal de Mossoró, para retomar ao sistema carcerário do seu Estado de Origem, ou seja, o Rio de Janeiro. Entrementes, observa-se que o paciente, conhecido pela alcunha de Marcinho VP, é considerado como um dos principais nomes da organização criminosa denominada Comando Vermelho, sendo um dos líderes do tráfico de drogas no Complexo do Alemão, Complexo da Penha e São João de Meriti. Decerto, consta que fora condenado a penas que, somadas, alcançam o montante de quarenta e oito anos e oito meses de reclusão, pela prática de diversos ilícitos: homicídio qualificado, tráfico de drogas, desacato, calúnia, seqüestro e cárcere privado, extorsão mediante seqüestro, crime de dano com violência à pessoa, ocultação de cadáver, formação de quadrilha, falsidade Ideológica, corrupção ativa, evasão mediante violência contra pessoa, arrebato de preso, motim de presos, porte ilegal de arma de fogo. Há informações, outrossim, de que, mesmo interno em presídio de segurança máxima, continua a caminhar na vereda do crime, razão porque os mesmos motivos que justificaram sua transferência para o sistema penitenciário federal ainda subsistem. Em caso semelhante ao presente, a Terceira Turma desta Corte denegou a ordem de habeas corpus, por considerar presentes os mesmos motivos que motivaram a transferência do Paciente para o Presídio Federal de Mossoró, em face de seu envolvimento com a facção Comando Vermelho, sobretudo na posição de liderança, com atuação proeminente no Estado do Rio de Janeiro, no escopo de mantê-lo afastado do local onde, costumeiramente, praticava suas ações delituosas no comando da referida organização criminosa (HC 5850, des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, Julgado em 30 de abril de 2015). Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de ser suficiente para a prorrogação da permanência do condenado no regime disciplinar diferenciado (RDD) a constatação de sua alta periculosidade e do sua influência em organizações criminosas (AGEXP 2019, des. Francisco Wildo, julgado em 21 de maio de 2015). Também por essa razão, não há espaço para se cogitar na Inconstitucionalidade da norma abrigada no artigo 10, § 1º, da Lei 11.671/2008, a assegurar, ainda que excepcionalmente, a possibilidade de renovação do prazo de permanência

do preso em estabelecimento penal federal Ordem de habeas corpus denegada." Segundo a defesa, o ora recorrente foi incluído no Sistema Penitenciário Federal em 05 de janeiro de 2007, portanto, há quase 10 (dez) anos, já tendo extrapolado todos os limites permitidos para permanência no referido circuito prisional. Alega, o recorrente, em síntese, que: a) já cumpriu mais de 1/6 de sua pena total de 48 anos e 8 meses e, com efeito, já poderia progredir de regime; b) há necessidade de se ver declarada a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 10, da Lei 11.671/2008, por ferir os arts. 226 e 227 da CF; c) permanecer no isolamento fere a dignidade da pessoa humana e limita seu acesso a família; d) em penitenciária Estadual poderá participar ativamente da criação de seus filhos; e) a invocação abstrata do princípio de manutenção da segurança pública da coletividade, não pode se sobrepor a violação concreta que vem sofrendo em seus direitos e garantias fundamentais (e-STJ, fls. 162-187). Requer que seja declarado Inconstitucional o § 1º, do artigo 10, da Lei 11.671/2008, a aplicação analógica do inciso I, do artigo 52, da Lei de Execuções Penais ao caso concreto e subsidiariamente, o reconhecimento da inexistência dos motivos autorizadores da nova renovação. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovemento do recurso (e-STJ, fls. 209-214). É o relatório. Decido. É manifesta a superveniente ausência de interesse de agir que atingiu esta impetração, pois, o acórdão impugnado se refere a pedido de renovação de permanência do apenado Márcio dos Santos Nepomuceno na Penitenciária Federal em Mossoró/RN, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar de 11 de dezembro de 2015 até 04 de dezembro de 2016, período que já transcorreu. Ademais, consta dos autos do RHC 76886/PE, que o Juiz Federal Corregedor da Corregedoria da Penitenciária Federal em Mossoró, ao prestar informações às fls. 192-196 (e-STJ), noticiou que novo pedido de renovação do prazo de permanência do preso no Sistema Penitenciário Federal, referente ao período 05 de dezembro de 2016 à 29 de novembro de 2017, encontra-se em tramitação (Processo nº 0812191-29.2016.4.05.8400). Assim, a permanência do recorrente em estabelecimento federal de segurança máxima decorre de novo pronunciamento, que não foi submetido ao conhecimento do Tribunal de origem, de modo que a análise originária por este Superior Tribunal configuraria indevida supressão de instância. Ante o exposto, julgo prejudicado este recurso. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 20 de outubro de 2017. Ministro RIBEIRO DANTAS Relator³⁶

Em contraponto ao caso do Marcinho, temos um Habeas Corpus nº 83.890 – BA³⁷, interposto em favor de Manoel Souza Teles, julgado apenas cinco dias depois no mesmo Tribunal Superior de Justiça. Neste caso o réu preso foi transferido para o Conjunto Penal Serrinha na Bahia para ser incluso no regime disciplinar diferenciado. Ressalta-se que o criminoso foi inserido em tal regime para preservar a integridade dos demais presos e para impossibilitar a comunicação entre os membros da organização criminosa “Raio A”, uma vez que estando em regime diferenciado Manoel não teria possibilidade de obter um aparelho celular e supostamente cometer novos delitos.

³⁶ STJ - RHC: 75402 CE 2016/0207334-3, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 26/10/2017.

³⁷ STJ - RHC: 83890 BA 2017/0100659-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 31/10/2017.

Nota-se que a inclusão de Manoel não se deu por nenhuma infração disciplinar previamente cometida pelo preso, o simples fato de participar de uma facção criminosa e a possibilidade de obter um telefone celular já foi suficiente para transferir o preso. O que se percebe é uma falta de sensibilidade dos magistrados ao aplicar uma medida tão extrema como o RDD e uma flagrante falta de critério. É evidente a diferença de grau de periculosidade apresentadas entre Marcinho VP e Manoel Teles, o primeiro é líder de uma das maiores organizações criminosas do Brasil e comandava diretamente mais de três grandes favelas do Rio de Janeiro, preso por mais de 8 tipos de crimes, enquanto o segundo era um “simples” membro de uma facção de terceiro escalão.

Manoel passou 365 dias preso no regime diferenciado e como não foi feito novo pedido de inclusão, retornou ao Complexo de Itabuna - Bahia para cumprir o restante de sua pena em regime fechado.

Ao analisarmos a jurisprudência atual nos tribunais do estado do Paraná, em relação ao regime disciplinar diferenciado, podemos enxergar, em alguns aspectos, uma luz ao fim do túnel. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem tido uma sensibilidade incomum em relação à entrada e manutenção de presos no RDD. Nota-se claramente uma cautela e restrição ao uso desenfreado dessa modalidade, analisando casos mais recentes podemos observar a constante aplicação da Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.³⁸

Como podemos analisar em várias decisões recentes proferidas pelas 3ª Câmara Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 533. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=s%FAmula+533&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 set. 2017

diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.³⁹

Como podemos analisar em várias decisões recentes proferidas pelas 3ª Câmara Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, de ofício, declarar a nulidade da decisão agravada para que seja instaurado procedimento administrativo disciplinar, impondo-se cautelarmente ao agravante o regime fechado, nos termos do voto. EMENTA: RECURSO DE AGRAVO. REGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. CRIME DOLOSO. HOMOLOGAÇÃO SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PAD. RECONHECIMENTO DA NULIDADE, DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 533 DO STJ. DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADOS. RECURSO CONHECIDO. MÉRITO PREJUDICADO COM DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA NULIDADE DA DECISÃO. (TJPR - 5ª C.Criminal - RA - 1609817-4 - Cascavel - Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - - J. 09.03.2017)⁴⁰

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento por motivo diverso Agravo em Execução nº 1615028-4 fls. 6. EMENTA: RECURSO DE AGRAVO. REGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PARA O REGIME ABERTO. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO.FALTA GRAVE HOMOLOGADA SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). RECONHECIMENTO DE NULIDADE.INCIDÊNCIA DA SÚMULA 533 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO POR MOTIVO DIVERSO.SÚMULA 533 STJ: "Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado" (REsp 1.378.557). (TJPR - 5ª C.Criminal - RA - 1615028-4 - Curitiba - Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - - J. 09.03.2017)⁴¹

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 533. Disponível em: Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=s%FAmula+533&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 set. 2017

⁴⁰ TJ-PR - EP: 16098174 PR 1609817-4 (Acórdão), Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 09/03/2017, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1998 28/03/2017.

⁴¹ TJ-PR - EP: 16150284 PR 1615028-4 (Acórdão), Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 09/03/2017, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1998 28/03/2017.

7 ANÁLISE SOBRE A ADPF 347 MC/DF

Antes de adentrarmos a um estudo mais profundo sobre o sistema carcerário, acho interessante trazer para a discussão a Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 MC/DF proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em junho de 2015.

A ADPF 347 foi ajuizada com o pedido de reconhecimento da violação de direitos fundamentais considerando a situação degradante da população carcerária (superlotação carcerária, condições desumanas de custódia, ...) decorrente de falhas estruturais e descaso de políticas públicas da união, dos estados e do Distrito Federal.

O PSOL, em seu pedido sustentou que:

(...) A superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.(...) o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Consoante assevera, os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição. A União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro. O Poder Judiciário, conforme aduz, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. (...) Em relação ao mérito, discorre sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Saliencia ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.⁴²

⁴² STF. Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 09/09/2015, p. 3-4.

Outro ponto trazido pela ADPF são os números referentes ao crescimento da população carcerária no Brasil, na década de 90 os dados apresentavam em torno de noventa mil presos, já em 2014 o número aumentou para quinhentos e sessenta e três mil encarcerados. Segundo ao texto, o número atual já passou de seiscentos mil presos. Esses números não incluem as pessoas presas em regime domiciliar, e mesmo assim tornam o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, “perdendo” apenas para Estados Unidos, China e Rússia. Outro dado levantado relata que uma grande fatia dos presos é composta por presos provisórios. Por fim faz 8 pedidos, a fim de solucionar tais problemas. Quais sejam:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

A relatoria do caso ficou por conta do Ministro Marco Aurélio. O Relator apresentou seu voto no sentido de determinar aos magistrados que, em casos de determinação ou manutenção em de prisões provisórias, que se justifique expressamente pelo qual motivo se optou por esse caminho e não o de medidas

alternativas à restrição de liberdade. Sinalizou favorável a realização de audiências de custodias, num prazo máximo de 90 dias após a prisão.

Não obstante, o Relator determinou à União a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para ser utilizado dentro da finalidade a qual foi criada. Além disso destacou que a problema do sistema prisional é tema recorrente no dia-a-dia dos tribunais, tendo como exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5170 ajuizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na qual requer que interpretação dos artigos 43, 186, 927 do código civil declare a responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos presos em condições desumanas, insalubres ou de superlotação.

Cita também o Recurso Extraordinário nº 592581 interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, no qual o plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, sinalizou pela possibilidade de o poder Judiciário determinar a Administração Pública realizar obras e/ou reformas emergenciais em presídios com o intuito de garantir direitos fundamentais dos apenados, os ministros do STF entenderam pela repercussão geral de sua decisão.

Por fim aponto a Ação Direta de Constitucionalidade nº 5356, ajuizado pela Associação Nacional das Operadoras de Celular, que questionou a legitimidade da lei 4.650/2015 do Estado de Mato Grosso do Sul, que obrigava as operadoras de celular a instalar bloqueadores de sinais nos presídios do Estado. A alegação da ACEL se apoiava no fato da lei usurpar competência privativa da União.

O Ministro Marco Aurélio declarou que, a atual situação do sistema carcerário além de ferir princípios constitucionais e a LEP fere também normas como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a tortura. Admite também que tal situação não contribui para a ressocialização o que acaba gerando reflexos na sociedade. O Ministro faz uma “autocrítica” e não exime nenhum poder da responsabilidade pela situação carcerária.

Após o voto do relator o processo foi suspenso e os trabalhos retornaram em 03 de setembro de 2015 e, por fim em 09 de setembro do mesmo ano, aonde finalmente o julgamento teve fim. O Plenário do STF decidiu que os Tribunais e os magistrados devem realizar audiência de custódia, visando viabilizar o comparecimento do preso em frente a autoridade judiciária em um prazo de 24 horas a serem contados do momento da prisão. Aos magistrados ficou definido também a determinação para sempre que possível preferir a aplicação de penas alternativas a

prisão, ante o estado dantesco admitido. Por último e em caráter liminar ficou determinado à União a liberação do valor total acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, sem qualquer tipo de limitação, para ser utilizada na finalidade a qual foi criada, sendo vetada qualquer novo contingenciamento.

Podemos tirar desse julgamento que o próprio Estado tem ciência da situação precária em que se encontra o sistema carcerário e, de certa forma o poder Judiciário tentou preencher a lacuna deixado pelos poderes Legislativo e Executivo.

É notório que o resultado da ADPF 347 foi uma grande vitória na busca pelo direito dos presos, entretanto é grande a frustração ao verificar que a decisão do plenário do Supremo não tenha se mostrado tão eficaz. É irônico que o mesmo Poder Judiciário que na entidade do STF chegou a reconhecer a situação precária existente nos presídios e se posicionou a favor de medidas atenuantes para tal situação não respeite a decisão de sua entidade máxima.

Não é preciso se esforçar muito para achar diversas decisões que ferem a ADPF 347. A Terceira Câmara criminal do Rio de Janeiro julgou Habeas Corpus impetrado em favor de Leonardo Costa da Silva que requeria a ilegalidade da prisão cautelar pela não realização da audiência de custódia.

O Desembargador Relator Ingo Wolfgang Sarlet em seu voto entendeu que o objetivo da audiência de custódia é analisar eventuais abusos cometidos pelas autoridades responsáveis pelo flagrante e realizar uma melhor análise sobre os requisitos da prisão preventiva. Entretanto, como a defesa não alegou abuso de autoridade e como o Órgão Colegiado já havia se manifestado em relação a prisão preventiva, não entende haver algum prejuízo ao réu a ausência da audiência de custódia, claramente relativizando o entendimento do STF:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO REALIZAÇÃO. CASO CONCRETO EM QUE VAI AFASTADA A ALEGAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA INICIAL NÃO VERIFICADA. 1. A audiência de custódia é medida adequada para a análise de eventual abuso de autoridade pelas autoridades responsáveis pelo flagrante, bem como para uma melhor análise dos requisitos da prisão preventiva, servindo de mecanismo para desafogar o sistema carcerário. 2. Em que pese a mudança de entendimento deste Relator, que tem determinado a realização da referida solenidade, no caso dos autos a legalidade da custódia já foi reconhecida por esta Terceira Câmara Criminal em impetração anterior, ocasião na qual não foi arguida tal preliminar. Diante de tais elementos, ausente alegação de abuso de autoridade e já havendo revisão da legalidade da custódia por Órgão Colegiado, mostra-se inócua a realização da referida solenidade, ausente prejuízo à defesa. 3.

Pleito de trancamento da ação penal por inépcia da inicial que não prospera. A denúncia logrou indicar todos os elementos necessários para a defesa, devidamente descritas as circunstâncias da prática delitiva. 4. Demais alegações que já foram analisados na impetração anterior. ORDEM DENEGADA.⁴³

O Tribunal Regional Federal da 1º Região, em decisão monocrática do Desembargador Federal Hilton Queiroz, entendeu pela não obrigatoriedade da aplicação da ADPF 347:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. EXISTÊNCIA DE MANDADOS DE PRISÃO EXPEDIDOS CONTRA O PACIENTE. NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), ARTIGO 7, INC. 5. PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. ARTIGO 9, INC. 3. STF. ADPF 347. CONDUÇÃO SEM DEMORA DO PRESO À PRESENÇA DO JUÍZO. ORDEM DENEGADA. 1. A manutenção da prisão preventiva do paciente tem apoio na garantia da ordem pública e na garantia da aplicação da lei penal, tendo em vista que a decisão que negou o pedido de liberdade provisória ao Paciente apontou fatos concretos que resultam no periculum libertatis, existindo notícia nos autos de que, solto, em liberdade, o paciente prejudica a garantia da ordem pública e a garantia da aplicação da lei penal, se assentando a decisão impugnada em fatos que concretamente dão apoio à medida de força, nos termos do artigo 312 do CPP. 2. Não existem normas reguladoras no Direito Processual Penal quanto à apresentação imediata do preso ao Juízo. Nem mesmo as normas internacionais citadas pela impetrante fazem referência à condução imediata do preso à presença do juiz. 3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, na data de 3.9.2015, deferiu a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9, inc. 3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7, inc. 5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos realizem, em até noventa dias, a audiência de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. 4. Como bem salientado pela autoridade impetrada, "embora salutar a medida, esta ainda não se tornou procedimento obrigatório, dado o prazo concedido de forma categórica pelo STF para adequação do procedimento" (fl. 47). 5. Ordem denegada.⁴⁴

⁴³ TJ-RS - HC: 70075562579 RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Data de Julgamento: 01/11/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/11/2017.

⁴⁴ TRF-1 - HC: 00527023020154010000 0052702-30.2015.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 10/11/2015, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 24/11/2015 e-DJF1, p. 521.

8 DIRETRIZES POLÍTICO-CRIMINAIS

Sob a luz de ideias iluministas as Constituições dos Estados Unidos e da França foram criadas e desde então seus ideais de liberdade e direitos individuais como ferramenta de limitação do poder punitivo do Estado começaram a se desenvolver no seio da sociedade. Essas ideias estiveram presentes também nos textos constitucionais brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 reordenou o ordenamento político e jurídico em um Estado Democrático, Social e de Direito. Desta forma, abriu-se espaço para a ampliação de normas garantidoras de proteção e respeito à dignidade humana, como podemos analisar já em seu artigo primeiro, inciso terceiro⁴⁵ e em seu artigo quarto, inciso segundo que direcionou a prevalência dos direitos humanos como uma das principais diretrizes que a República deveria seguir.

O poder originário brasileiro se preocupou em consolidar “direitos e garantias fundamentais, e as seguintes diretrizes político-criminais e penitenciárias”⁴⁶:

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

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

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;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

⁴⁵ 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:
III - a dignidade da pessoa humana.

⁴⁶ FERREIRA, Fábio Felix. **Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 49/2004, p. 251.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;⁴⁷

Garantias que visam proteger o cidadão comum de possível tirania do Poder Estatal e ordenar o correto funcionamento do sistema penal.

Neste sentido deve-se ser lembrado o trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, instalado antes da consolidação da Constituição vigente (1980), que tem como principal função a implementação de uma nova política criminal e penitenciária através de avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário.

A CNPCP fez um trabalho primoroso em consolidar as diretrizes básicas do sistema carcerário brasileiro, impondo a utilização da máquina estatal, em forma de privação de liberdade, apenas em "*ultima ratio*", sob a luz da concepção da intervenção mínima. Ficou marcada também luta da descriminalização e da despenalização de certas condutas, em alinhamento com o desenvolvimento da sociedade.

Entretanto, diante da realidade das instituições penais, e da descrença no Estado Democrático de Direito começa-se a questionar se os princípios que a Constituição Federal fez questão de resguardar estão de fato sendo aplicados ou se apenas se sustentam no discurso vazio de seus líderes.

Para podermos responder tais questionamentos, devemos adentrar mais profundamente no estudo do sistema carcerário, suas origens históricas, suas características e principalmente seus objetivos.

9 SISTEMA CARCERÁRIO

Os primeiros sistemas prisionais surgiram nos Estados Unidos, inspirados em concepções religiosas, e em alguns experimentos anteriores realizados na Europa, mais precisamente na Holanda, Alemanha e na Suíça.

9.1 SISTEMA PENSILVÂNICO OU FILADÉLFICO

⁴⁷ Redação em conformidade com Constituição da República.

O marco inicial para o sistema pensilvânico (também conhecido por filadélfico ou celular) foi a construção de uma prisão em Walnut Street Jail, por volta de 1776. Conta a história que a construção se deu pela mão dos cidadãos mais íntegros e respeitados do Estado da Filadélfia, denominados *quacres*. Seus principais influenciadores foram Benjamin Franklin e William Bradford.

A principal característica deste sistema se encontra no isolamento do preso. Com forte influência religiosa, a construção da prisão de Walnut Street tinha como objetivo criar um espaço de isolamento, abstinência do álcool, de orações e de total silêncio como meio de incentivo à leitura da Bíblia, com o objetivo de “salvar” as almas dos apenados.

Todavia, o isolamento em celas individuais foi aplicado exclusivamente aos presos de alto periculosidade, o restante dos encarcerados era dividido em celas comuns, existindo a possibilidade de trabalhar no período diurno.

O declínio do sistema começou com o exorbitante crescimento da população carcerária, o que levou a construção de mais duas prisões, Western Penitentiary e a Eastern Penitentiary.

Na primeira foi instaurado um regime de total isolamento, sendo negado a possibilidade de qualquer tipo de trabalho, posteriormente revisto. Tal sistema foi muito criticado por levar o preso completamente isolado a loucura. Já na Eastern Penitentiary foi adotado um sistema um pouco mais leve, sendo possível realizar trabalhos dentro das celas.

Tal sistema foi amplamente criticado por causa da tortura a que eram submetidos os presos, ferindo não os seus corpos, mas seu psicológico, de maneira irreparável.

Além disso, era descrito como inútil, afinal, o objetivo maior da prisão deveria ser de punir o condenado, mas deixá-lo apto a voltar a viver em sociedade. Um sistema com isolamento absoluto não permitia tal adaptação, e deixava o criminoso ainda mais perigoso e incapacitado para comunicação⁴⁸.

Conforme Rogério Greco:

Esse sistema recebeu inúmeras críticas, uma vez que, além de extremamente severo, impossibilitava a readaptação social do condenado, em face do seu completo isolamento (*solitary confinement*). Tal isolamento levava os condenados, frequentemente, a surtos psicóticos. Eram, na

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, p. 81-82.

verdade, mortos-vivos, condenados a permanecer constantemente isolados em determinado local.

9.2 SISTEMA AUBURNIANO

Em 1816 foi determinada a construção da prisão de Auburn. Uma parte dela seria destinada ao confinamento solitário, seguindo o modelo pensilvânico. Os presos seriam divididos em categorias, e a depender delas, alojados em determinadas partes do prédio.

O isolamento completo era destinado aos criminosos mais experientes e reincidentes. O isolamento parcial, que consistia em 3 dias de isolamento por semana, e permissão para trabalho, era destinado aos delinquentes com possibilidade um pouco maior de correção. Já aos que tinham maiores chances de correção era determinado o isolamento apenas durante a noite, sendo permitido o trabalho em conjunto.

Como o isolamento total foi comprovadamente falho, foi permitido o trabalho também aos presos mais perigosos, que deveriam ser confinados solitariamente durante a noite⁴⁹

A todos os presos era imposta a regra do silêncio absoluto, a todo tempo. Os condenados deveriam entrar nos refeitórios e comer com as cabeças abaixadas, utilizando capuzes, para certificação da impossibilidade de comunicação. Não podiam receber visitas, nem praticar exercícios físicos.⁵⁰

Neste sistema o trabalho era um dos principais pilares. Porém, sofria árduas críticas dos sindicatos, pois representava uma mão de obra mais barata, com a qual não poderia se competir. Ainda, conforme Bitencourt, “O trabalho não seria uma forma de tratamento, mas um instrumento adequado para transformar o delinquente em elemento útil à fábrica e ao sistema capitalista.”

Não interessa a ressocialização do condenado, mas sua utilidade dentro do regime econômico. Não se educa uma pessoa capacitada para trabalhar fora dos presídios, mas se tenta criar um indivíduo que obedece sem argumentar.⁵¹

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, p. 89.

⁵⁰ GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, p. 175-176.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, p. 90-92.

Ainda, os castigos físicos eram aplicados discricionariamente e frequentemente. Segundo Rogério Greco⁵²:

“Os castigos corporais não foram abolidos na prisão de Auburn, sendo aplicados, muitas vezes, coletivamente, quando não se conseguia descobrir qual dos detentos havia infringido as normas carcerárias.”

Apesar de utilizados com intenção de disciplina, para controlar os detentos que, ao contrário do sistema pensilvânico, não estavam completamente isolados, havia casos em que a punição física não era suficiente para manter a ordem, como na prisão de San Quintin, em que havia uma desordem generalizada⁵³.

9.3 SISTEMA PROGRESSIVO

O sistema progressivo consiste em uma divisão de períodos de cumprimento da pena pelo condenado. A cada período que cumpre, dependendo de seu comportamento, poderá ter mais privilégios, sendo que, em última instância, o ideal seria sua reaproximação definitiva da sociedade, diminuindo-se os índices de reincidência.

Há uma dupla função deste sistema, uma, de fazer com que o condenado tenha vontade de se comportar bem, e duas, de prepara-lo aos poucos para a vida em sociedade.

Dentro do sistema progressivo se destaca o sistema progressivo inglês, o sistema progressivo irlandês e o sistema de Montesinos.

9.4 SISTEMA PROGRESSIVO INGLÊS OU *MARK SYSTEM*

Idealizado por Alexander Maconochie, na Ilha Norfolk, na Austrália. Os condenados recebiam marcas ou vales de acordo com o trabalho produzido dentro da

⁵² GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, p. 175.

⁵³ BITENCOURT, Cezar. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, p. 94.

prisão. Poderiam receber vários por dia, e a cada mau comportamento, eram penalizados com a retirada de uma marca.

A pena final do condenado era indeterminada, sendo calculada com base no trabalho e bom comportamento, devendo eles serem equivalentes ao crime praticado. A divisão de períodos da condenação se dava da seguinte forma, segundo Roberto Bitencourt⁵⁴:

1º) Isolamento celular diurno e noturno — chamado período de provas, tinha a finalidade de fazer o apenado refletir sobre seu delito. O condenado podia ser submetido a trabalho duro e obrigatório, com regime de alimentação escassa.

2º) Trabalho em comum sob a regra do silêncio — durante esse período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, sob o regime de trabalho em comum, com a regra do silêncio absoluto durante o dia, mantendo-se a segregação noturna. Esse período é dividido em classes; possuindo determinado número de marcas e depois de certo tempo, o condenado passa a integrar a classe seguinte. Assim ocorria “até que, finalmente, mercê de sua conduta e trabalho, chega à primeira classe, onde obtinha o *ticket of leave*, que dava lugar ao terceiro período”, quer dizer, a liberdade condicional.

3º) Liberdade condicional — nesse período o condenado obtinha liberdade limitada, uma vez que a recebia com restrições, às quais devia obedecer; tinha vigência determinada. Passado esse período sem nada que determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade de forma definitiva.

O condenado progredia no seu regime conforme alcançava as marcas suficientes, calculadas de acordo com o delito praticado.⁵⁵

9.5 SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS

Neste sistema se acrescentou uma fase às 3 inicialmente propostas por Maconochie, sendo que antes da liberdade condicional o condenado passaria por uma prisão intermediária, em uma colônia agrícola ou industrial.⁵⁶

Tal modificação foi feita por Walter Crofton, diretor das prisões na Irlanda e tinha como objetivo a avaliação do condenado, para analisar se ele estava realmente pronto para viver dentro da sociedade.⁵⁷

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, p. 98-100

⁵⁵ GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, p. 176.

⁵⁶ GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, p. 177.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, p. 100-101.

9.6 SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS

Aplicado pelo Coronel Manuel Montesino y Molina, no Presídio de San Agustín em Valência, Espanha, entre 1835 a 1854. Havia forte incentivo à recuperação do condenado, constando na própria porta do presídio a frase “Aqui entra o homem; o delito fica na porta”.

Com intenção de restaurar o homem à sociedade, foram realizadas diversas medidas humanitárias neste presídio, como a abolição dos castigos físicos; permissão do trabalho remunerado; concessão de saídas temporárias da prisão; introdução de uma liberdade condicional como recompensa; absorção do preso como responsável solidário pela segurança institucional, entre outras ideias absolutamente revolucionárias para a época.

O governo espanhol acabou por tirar o incentivo financeiro ao presídio de San Augustín, em razão das inúmeras reclamações no sentido de que não se via a necessidade da ressocialização dos condenados, e mais, havia preconceito contra aqueles que saíam recuperados, sem possibilidade de readequar-se completamente à sociedade.⁵⁸

A intenção de Montesinos era de respeitar a dignidade dos presos, ao contrário de tantos outros da época, que castigavam violentamente e humilhavam os condenados. Ainda, tinha como objetivo a reabilitação dos presos à sociedade por meio do trabalho, ensinando verdadeiramente os encarcerados novos ofícios para que pudessem ser ressocializados.

Montesinos foi um pioneiro na abolição ao sistema celular de isolamento, acreditando que não era possível reabilitar o apenado que estava preso solitariamente, devendo, necessariamente, haver comunicação entre os encarcerados.

10 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O sistema Carcerário Brasileiro vem sendo moldado desde quando o Brasil ainda era uma colônia portuguesa. Em um primeiro momento e até o ano de 1830 o

⁵⁸ GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, p. 180-181.

que vigorava no Brasil colonial era o sistema jurídico português, conhecido como “Ordenações Filipinas”.

Ressalta-se que a implementação de uma legislação política no território brasileiro não era uma das prioridades da corte portuguesa. Todavia, a carta portuguesa reservava um espaço, em seu Capítulo V, para especificar quais crimes e penas que seriam aplicadas em nosso território.

É de se constatar que tais penas eram demasiadamente cruéis, sendo aceitas penas de morte, humilhação pública, confisco de bens, multas, além de penas corporais (açoites, esartejamentos, morte por força). Nota-se que não havia qualquer menção a penas privativas de liberdade. Entretanto, esse tipo de pena não poderia ser aplicado a pessoas com certos títulos, como fidalgos, juizes, cavaleiros, doutores, médicos ou vereadores.

A predominância das leis de Portugal começou a se dissipar com a proclamação da independência do Brasil (1822), e a subsequente Constituição de 1824, nela já se vê uma alta dose Iluminista e liberal, podendo-se dar ênfase em seu artigo 179 que prevê:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.⁵⁹

Tais alterações demonstram um tremendo avanço nas leis aqui implementadas, porém, ainda não poderiam ser classificadas como plenas, uma vez que não protegiam os escravos.

⁵⁹ Redação em conformidade com o artigo 179 da Carta de Lei de 25 de Março de 1824

10.1 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO (1830)

A implementação do Código Criminal do Império (1830) foi o marco da ruptura com o sistema jurídico português. Sua criação se deu sob forte influência dos códigos criminais da França, Espanha e Rússia, além de beber da fonte do Iluminismo e liberalismo.

É lembrado até hoje como um dos códigos mais marcantes por sua ruptura com o passado, sendo um código muito moderno para a época por seu viés mais humanitário. Observa-se que o código de 1830 assegurou a proporcionalidade entre pena e crime, o princípio da pessoalidade, além de incorporar as mudanças já trazidas pela constituição de 24 (pelo menos no papel). Pois por mais que o açoite tivesse sido abolido pela constituição, sua aplicação ainda era vista na sociedade, mais especificamente contra os escravos.

Por fim, o código cria duas formas de pena privativa de liberdade: a pena simples e a pena do trabalho, podendo a segunda ser de forma perpétua.

Ficou por conta das “câmaras das cidades” a responsabilidade da criação de uma comissão com o dever de fiscalizar e fazer relatórios sobre as condições dos estabelecimentos prisionais, como pode-se ver:

Art. 56. Em cada reunião, nomearão uma comissão de cidadãos probos, de cinco pelo menos, a quem encarregarão a visita das prisões civis, militares, e ecclesiasticas, dos carceres dos conventos dos regulares, e de todos os estabelecimentos publicos de caridade para informarem do seu estado, e dos melhoramentos, que precisam.

Art. 57. Tomarão por um dos primeiros trabalhos, fazer construir ou concertar as prisões publicas, de maneira, que haja nellas a segurança, e commodidade, que promette a Constituição.⁶⁰

Os relatórios chegaram e com eles a constatação encontrada não é muito diferente da que encontramos nos dias de hoje, presídios sem função social, imundos, sem comida, sem coleta de lixo, entre tantas outras reclamações.

⁶⁰ Redação em conformidade com a Lei Imperial de 1º de Outubro de 1828

Nesse sentido, vale destacar que os relatórios trazidos pelo Estado de São Paulo foram vitais como a primeira fagulha para incendiar a discussão a respeito da importação de sistemas prisionais estrangeiros, principalmente os sistemas Filadélfico e Auburniano.

Seguindo essa nova tendência, foram construídas as Casas de Custódia de São Paulo (1852) e do Rio de Janeiro (1850) com o intuito de adequar os complexos ao sistema Auburniano e ao Código de 1830, sendo assim, tais estabelecimentos ganharam espaços para pátios, oficinas de trabalho e celas individuais. Cumpre destacar que, outra grande influência para as duas edificações foi a o estudo “Panóptico” do jurista inglês Jeremy Bentham.

10.2 CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA (1890)

No ano de 1889, Marechal Deodoro proclamou o início da República no Brasil. Com essa grande mudança organizacional, foi necessária a readequação de vários pontos do ordenamento jurídico. Nesse sentido foi instituído o Código penal da República, e com ele vieram a abolição da pena de morte, pena perpétua, o limite de 30 (trinta) anos para as penas.

Outra novidade apresentada pelo código de 89 foi a instauração de quatro tipos de prisão, encontradas em seu artigo 43, quais sejam: prisão “cellular”, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e por fim a prisão disciplinar.

O artigo 45 definia que as prisões “cellulares” seriam cumpridas em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatório. Já a reclusão seria cumprida em “fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares” (art. 47). A prisão com trabalho seria cumprida em penitenciárias agrícolas, ou em presídios militares (art. 48). Por fim, a pena de prisão disciplinar deveria ser cumprida em estabelecimentos industriais especiais, onde seriam recolhidos os menores de 21 (vinte e um) anos (art 49).

A maioria dos crimes previstos neste código tinha cominado em si o tipo de pena celular, conseqüentemente, a maior parte dos presos eram encaminhados para os presídios com esse fim.

Desta forma se deu início a defasagem entre a população carcerária e o número de vagas nos complexos penitenciário, essa crise se agravou com o tempo e seus reflexos podem ser vistos até os dias de hoje.

10.3 LEGISLAÇÃO ATUAL (1940)

Durante o Governo Vargas, no ano de 1940, foi promulgado o terceiro Código Penal brasileiro, sendo o código que mais perdurou, e em atividade até os dias de hoje. Com sua vigência, os crimes passaram a ter três tipos de penas previstas, dependendo de sua gravidade, sendo elas: multa, penas privativas de liberdade e restritivas de direitos.

O código se preocupou em especificar a aplicabilidade dos regimes vigentes. Todavia, o código foi duramente criticado, sendo necessário a realização de algumas reformas. Após algumas tentativas fracassadas foi instaurada uma comissão, com a presença de renomados pensadores do Direito Criminal, entre eles: Miguel Reale Júnior, Francisco de Assis Toledo e René Dotti. Desta comissão adveio a reforma da parte geral do código, datada em 1984.

Era sabido que as penas necessitavam de especial atenção, sendo assim no ano de 1984 foi promulgado a Lei de Execuções Penais que tinha como função criar medidas que possibilitam a ressocialização do preso ao convívio social.

Sabe também que o código penal foi implementado e complementado antes da promulgação da Constituição Federal vigente (1988), sendo assim, diversas adequações ao texto de lei tiveram que ser realizadas, outrossim, fez-se necessário a criação de vasta lei complementar.

Destaca-se, entre as leis complementares, a lei nº 9.714 de 1988, mais conhecida como Lei das Penas Alternativas e a lei nº 10.792 de 2003, que implantou o RDD, como as que mais atingiram a vida dos apenados.

11 - ANÁLISE ATUAL DO SISTEMA CARCERÁRIO

Para podermos realizar uma análise precisa sobre o estado atual do sistema carcerário brasileiro devemos primeiramente nos atentar aos alarmantes dados oficiais apresentados pelo governo nacional.

O INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) é um dado de bases criado no ano de 2004 pelo DEPEN (Departamento Penitenciário

Nacional) que coleta e analisa dados de todos os presídios nacionais. Sua atuação se dá pelo preenchimento de formulários pelos gestores de cada instituto prisional.

O último levantamento apresentado pelo INFOPEN foi apresentado à população em dezembro de 2017 e apresenta as informações sobre o ano de 2016. Nele podemos analisar que o **número geral de pessoas privadas de sua liberdade é de 726.712 para 368.049 vagas**

Ou seja, atualmente o Brasil tem um déficit de 358.663 vagas (trezentos e cinquenta e oito mil seiscentos e sessenta e três).

Já a termos internacionais o país vem cada vez mais se “destacando”. Atualmente já apresentamos a terceira maior quantidade de preso, perdendo apenas para Estados Unidos e China.

O Estado do Paraná possui um número de 51.700 sendo o terceiro estado com mais presos. Ganhando de estados como o Rio de Janeiro e perdendo apenas para São Paulo e Minas Gerais. O Estado possui um número de 18.365 vagas, restando em um déficit de 33.335 vagas, sendo o segundo nesse quesito.

Outro dado encontrado na análise do INFOPEN é de que 40% da população carcerária do Brasil está presa sem condenação, sendo 28% destes no estado do Paraná. Sabe-se também que de 2000 para cá o Brasil teve um aumento de 157% na taxa de aprisionamento.

Sobre a faixa etária dos presos, a pesquisa possui dados de apenas 75% do total, dentro dessa informação sabe-se que 30% tem entre 18 e 24 anos, 25% entre 25 e 29 anos, 19% para 30 a 34 anos e também 19 por cento para 35 a 45 anos.

Extrai-se informações sobre a raça dos presos, nesse sentido tem-se a informação de apenas 72% dos presos, sendo assim sabe-se que 53% das pessoas privadas de liberdade são negras e 46% brancas. Todavia a discrepância se mostra bem maior quando analisamos aqueles que se encontram dentro de estabelecimentos prisionais, sendo 64% da população carcerária negra e 35% de presos brancos.

Já em relação ao grau de escolaridade, existem dados sobre 70% da população e nota-se que mais da metade (51%) dos presos não terminou os estudos no Ensino Fundamental. Os presos que conseguiram o diploma do Ensino Superior não chegam a completar 1% do total.

Outra informação relevante para a tese está ao saber que atualmente existem 176.691 presos por envolvimento com drogas (tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico internacional). Sendo o segundo maior grupo de envolvimento,

perdendo apenas para os crimes contra ao patrimônio. Vale a ressalva de que existem muito mais crimes tipificados contra o patrimônio do que para os do grupo das drogas.

Na análise estatística, o crime de tráfico aparece em primeiro lugar nos demais cometidos pelos homens, empatado com o crime de roubo, cada um com 26% do total. Já para as mulheres a “vantagem” na liderança é assustadoramente maior, 62% das mulheres atualmente presas se encontram por envolvimento com o tráfico.

Outro dado muito relevante é que apenas 12% da população carcerária têm acesso a algum tipo de educação, seja para a ressocialização ou para a remissão e apenas 15% da população tem algum acesso a algum tipo de trabalho, sendo 87% em trabalhos internos ao estabelecimento.

Conforme apresentado, a população carcerária é encontrada em sua maior fatia por pessoas negras, de extrema baixa escolaridade, estando presa por crime de tráfico ou algum semelhante. Soma-se a isso o fato dos presídios se encontrarem extremamente superlotados, em péssimas condições, com altos índices de violência e estará pronta a receita para a desordem, para a “escola do crime”, para a criação e consolidação de diversos grupos criminosos organizados, o que deixa cada vez mais estreita o vislumbre da tão desejada ressocialização.

Nota-se que atualmente o sistema carcerário vive em uma constante roda gigante, ou seja, se prende cada vez mais, a cadeia só piora o preso o que gera mais criminalidade e que por fim gera mais prisões.

Já o RDD, se encontra como um pequeno, mas exemplar, sintoma do loop vivido, sua criação se deu para conter uma situação de descontrole que, ironicamente, foi criada e fomentada pelo próprio Estado. Por fim, extrai-se que o regime disciplinar diferenciado tem para si dedicado “apenas” 337 vagas espalhadas por todo o Brasil.

Nota-se que a diferença que esse regime trouxe para o status a quo do sistema foi muito pequena e normalmente sempre pendendo para o lado negativo. Pois é sabido que as organizações criminosas estão cada vez mais bem articuladas, sendo extremamente preparadas para se reorganizar em caso de seus líderes seja isolado, ou até mesmo mortos.

Todavia, é certo que, ao incluir um chefe de facção no regime diferenciado, a retaliação é forte e normalmente recai sobre a população.

12 MEDIDAS MAIS EFETIVAS

Conforme já elucidado, o RDD não pode ser considerado de forma alguma a medida mais eficiente para solucionar o problema do crime organizado liderando as unidades penitenciárias ao redor do Brasil.

Sendo assim, para melhorar exemplificar tal afirmação, tem-se o dever de apontar medidas alternativas que sozinhas e/ou combinadas irão trazer resultados muitos mais efetivos na luta contra o tráfico e contra esse sistema falido.

Nesse sentido, cumpre-se destacar o estudo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, no qual cominou em um projeto chamado “Propostas Para Reduzir a Superlotação e Melhorar o Sistema Penitenciário”⁶¹. São sugeridas diversas alternativas para desafogar a superpopulação carcerária, dentre elas, as que mais se destacam são: a) proibição de prisão preventiva para casos envolvendo tráfico privilegiado; b) alteração do artigo 313 do Código de Processo Penal a fim proibir a prisão preventiva para crimes sem violência ou grave ameaça, com pena menor de quatro anos; c) alteração na LEP para garantir mais direitos aos apenados.

Nessa mesma linha, após análise dos dados apresentados no capítulo anterior, nota-se que 40% da população carcerária é composta por presos sem condenações.

Resta evidente que a solução passa pela revisão da necessidade de manutenção de tais prisões preventivas, o que certamente acarretaria em uma “soltura em massa”.

Outro caminho a ser seguido seria a utilização do Direito Penal como última ratio, preocupando-se com a preservação dos Bens Jurídicos essenciais à sociedade, alinhando-se ao pensamento do Direito Penal Mínimo, que na prática também resultaria em uma considerável diminuição no número de presos.

Tais medidas certamente diminuiriam a população carcerária, o que na prática já seria um grande avanço. Entretanto, tais medidas isoladas resolveriam apenas parte do problema.

⁶¹ Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Resumo-Encarceramento.pdf>
Acesso em: 02 abril.2018

Deve-se considerar que, a ascensão do crime organizado muito se deve à sua luta contra as condições precárias de nossas unidades prisionais. Outrossim, a melhoria dessas unidades é ponto fundamental para o enfraquecimento destas facções.

Para essas melhorias serem realizadas é necessário a iniciativa do Governo Federal, que com repasses financeiros, tem a possibilidade de investir na manutenção e melhorias dos espaços carcerários, com acréscimo de ambiente escolares e de trabalho, para fomentar a ressocialização.

Está bem claro o maior problema do atual cenário não está na letra da lei, mas sim sua falta de aplicação. Temos em nosso ordenamento jurídico boas ideias que não são postas em prática. Isso passa a gigante defasagem de vagas ofertadas em nosso sistema.

Como já demonstrado, o fundo penitenciário tem verba considerável para realização de todas essas medidas, assim como tem dinheiro suficiente para a construções de novas instalações.

Todavia é notório a falta de interesse de nossos governantes para lidar com esse problema por sua solução não trazer votos. O brasileiro médio tem uma posição por demais conservadora quando o assunto é a segurança pública. O que nos leva à solução mais ampla a ser implementada: a melhoria na educação.

A educação é o pilar para o desenvolvimento de nossa sociedade, resolvendo o problema tanto no macro como no micro. Uma população mais instruída, consciente e com mais oportunidades resulta em uma taxa menor de criminalidade.

Se tem consciência que as medidas brevemente discutidas aqui apresentariam resultado apenas no médio e/ou longo prazo e também não deixamos de nos atentar para o fato de o problema ser atual, gerando grandes estragos em nossa sociedade. Porém, mesmo assim, não se pode afirmar que o RDD seria o remédio ideal para lidar com a situação.

Para melhor elucidar, pode-se afirmar que o Projeto de lei 3019/15 de autoria do Deputado Federal Baleia Rossi (PMDB-SP), aprovado pela Câmara dos Deputados em 07/11/2017 que visa obrigar as operadoras de telefonia a instalar bloqueadores de celular em estabelecimentos penais seria medida a curto prazo muito mais eficaz, além de menos danosa a todos envolvidos.

No texto do projeto consta que, além de ser realizado o bloqueio de sinais de chamadas deverá ainda ser bloqueado o acesso à internet, ficou previsto multa entre

R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada estabelecimento em que o sistema não esteja funcionando. O relator do projeto de lei visou pacificar os questionamentos apresentados na ADI nº 5356. O projeto segue agora para aprovação no Senado.

Ficou demonstrado, acima de qualquer dúvida razoável que, existem diversas alternativas melhores, mais eficazes e menos danosas aos presos, do que a aplicação do regime disciplinar diferenciado.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao decorrer do presente trabalho pode-se concluir que o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) foi o mecanismo jurídico encontrado pelo Estado como forma de resposta à perda do controle dos presídios para as organizações criminosas, especialmente o Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo e o Comando Vermelho (CV) no Rio de Janeiro.

Seu funcionamento se dá pelo isolamento do preso dos demais apenados nos casos em que ocasione tumulto na ordem ou na disciplina interna; coloque alto risco a ordem e a segurança da sociedade ou do estabelecimento penal ou que recaiam fortes suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, na tentativa de coibir a articulação e o cometimento de novos crimes dentro da cadeia ou de ordens para fora dos presídios, tendo como pano de fundo a tentativa de retomada do controle do estabelecimento prisional.

A criação de novo regime de cumprimento de pena foi fortemente criticado pela corrente majoritária da doutrina, por sua aparente inconstitucionalidade, degradação maior ao preso, a evidente violação de direitos humanos básicos e por dificultar muito mais a ressocialização do apenado.

Todavia, conforme demonstrado por diversos julgados, a jurisprudência apoiou e optou pela manutenção da aplicabilidade do RDD. Pudemos observar também que existe uma disparidade entre os motivos pelos quais os Tribunais têm permitido a aplicação do regime diferenciado. Como foi exemplificado, um chefe do tráfico como o conhecido traficante Marcinho VP recebe a mesma punição e o mesmo selo de “periculosidade” de que “Manoel”, traficante de baixo escalão de uma pequena quadrilha.

Para melhor avaliarmos a aplicabilidade do regime diferenciado adentramos no estudo das principais correntes (teoria absoluta, teoria relativa, teoria mista) que tiveram como objetivo a procura da validação das penas por meio de seus objetivos.

Sendo assim, pudemos observar que, por mais que oficialmente termos adotado a teoria mista, o RDD fere gravemente seu principal pilar, ou seja: a ressocialização. Outrossim, também não pode ser encaixada nas demais teorias clássicas da pena. Desta forma concluiu-se que a teoria mais próxima ao surgimento desse mecanismo jurídico é a teoria agnóstica de Zaffaroni, pois sua criação não objetiva nenhum fim específico, sendo apenas meio político encontrado pelo Estado

para acalmar a população, ou seja, pune-se ainda mais o preso apenas por que é necessário apresentar punições mais severas para uma sociedade extremamente sedenta por uma visão distorcida de “justiça”.

Fez-se necessário se aprofundar no desenvolvimento histórico dos sistemas carcerários, juntamente com um estudo da evolução das penas no Brasil para podermos entender os diversos “por quês” que levaram ao cenário caótico do sistema prisional e poder entender que o abandono das unidades carcerárias levou ao surgimento e empoderamento de várias facções criminosas, que se valiam do discurso de defesa do preso para conseguir mais membros. Consequentemente, essas organizações chegaram a um grau de organização tão poderoso que as fazem controlar seus negócios de dentro dos presídios, sem a necessidade da participação presencial de seus líderes.

O Primeiro Comando da Capital é o principal exemplo do exposto e nota-se que mesmo tendo suas principais lideranças presas a organização não perdeu sua força, e consequentemente sua força fez a criminalidade aumentar muito nos estados em que exerce seu domínio

Em contrapartida, como forma de resposta, o Estado iniciou uma verdadeira guerra ao tráfico, o que, consequentemente, acarretou em mais violência e também aumentou consideravelmente o número de prisões. Todavia, o aumento no número de prisões, somado ao estado dos presídios apenas serviu para alimentar mais o poder do tráfico. Nesse cenário de completo descontrole que o RDD foi criado.

De todo modo, ficou demonstrado ao decorrer desse trabalho que sua existência não se mostrou eficaz, uma vez que o tráfico ainda detém o controle dos presídios e a criminalidade fora deles ainda é extremamente alta.

Nesse sentido pode-se afirmar que as medidas alternativas apresentadas são mais eficazes ao combate imediato e principalmente no longo e médio prazo.

Por fim, conclui-se que, o regime disciplinar diferenciado é um dos grandes sintomas dessa batalha do Estado contra as organizações criminosas e sua aplicabilidade consegue apenas fomentar ainda mais tal guerra, não passando nem perto de ser o caminho para a solução do problema.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução penal esquematizado**. São Paulo: Forense, 2014.

BECCARIA, Cesare Bonesana – Marquês de. **Dos delitos e das penas**, p. 42-43.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p 157.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. rev., ampl e atual - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 750.

BITENCOURT, Cezar. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**, p. 81-82.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 533. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=s%FAmula+533&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 07 set. 2017

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral** . 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 757.

Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Resumo-Encarceramento.pdf> Acesso em: 02 abril.2018

DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

DOTTI, Rene Ariel. **Direito penal: parte geral**. 3. Ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Fábio Felix. **Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol 49/2004, p. 251.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5 ed. rev., ampl e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, p. 175-176.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos de la doctrina del derecho**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 85.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: ano V, n. 28, p38-39, out./nov. 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, op. cit, p 287.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Primeiras considerações sobre a Lei n.10.792/03**. Disponível em <<http://www.cpc.adv.br>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997. t. I.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mária. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 199.

STF - HC: 132779 MS - MATO GROSSO DO SUL 0000921-11.2016.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 21/09/2017, Data de Publicação: DJe-217 26/09/2017. Original sem grifos.

STF - RHC: 124775 RO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/11/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/12/2014.

STF. Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 09/09/2015, p. 3-4.

STJ - RHC: 75402 CE 2016/0207334-3, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 26/10/2017.

STJ - RHC: 83890 BA 2017/0100659-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 31/10/2017.

TJ-PR - EP: 16098174 PR 1609817-4 (Acórdão), Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 09/03/2017, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1998 28/03/2017.

TJ-PR - EP: 16150284 PR 1615028-4 (Acórdão), Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 09/03/2017, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1998 28/03/2017.

TJ-PR - EP: 16171650 PR 1617165-0 (Acórdão), Relator: Antônio Carlos Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 30/03/2017, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 2010 17/04/2017

TJ-RS - HC: 70075562579 RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Data de Julgamento: 01/11/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/11/2017.

TRF-1 - HC: 00367365620174010000 0036736-56.2017.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de Julgamento: 06/09/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 15/09/2017 e-DJF1.

TRF-1 - HC: 00527023020154010000 0052702-30.2015.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 10/11/2015, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 24/11/2015 e-DJF1, p. 521.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. 6 ed. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 297-298.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro;Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 87