

**CENTRO UNIVERISTÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO CURITIBA**

PAULA GABRIELLA TRINDADE

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise de legitimidade à luz dos princípios constitucionais e sua contribuição para a ressocialização do condenado.

**CURITIBA
2018**

PAULA GABRIELLA TRINDADE

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise de legitimidade à luz dos princípios constitucionais e sua contribuição para a ressocialização do condenado.

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

Orientador: Gustavo Britta Scandelari

**CURITIBA
2018**

PAULA GABRIELLA TRINDADE

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise de legitimidade à luz dos princípios constitucionais e sua contribuição para a ressocialização do condenado.

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

Orientador: Prof. Gustavo Britta Scandelari

Prof. Membro da Banca

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

Aos meus pais, Claiton e Tânia, que com amor e dedicação me fornecem o suporte necessário para enfrentar qualquer desafio.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo principal verificar a legitimidade do Regime Disciplinar Diferenciado e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tal fim, em primeiro lugar busca analisar a correlação e as semelhanças do mencionado regime com o direito de exceção criado pelo jurista alemão Ghünter Jakobs, chamado Direito Penal do Inimigo. Em segundo lugar, propõe examinar a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado à luz do princípio basilar do Estado de Direito Democrático, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado a todos os indivíduos indistintamente através da Constituição Federal, bem como à luz dos princípios constitucionais penais da humanidade da pena e da individualização da pena. Ao final, preocupa-se em demonstrar qual seria a contribuição do Regime Disciplinar Diferenciado para a ressocialização do condenado, tendo em vista que a reintegração constitui uma das finalidades da pena, assim como caracteriza a base da concepção do sistema de execução penal brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo, Regime Disciplinar Diferenciado, princípios constitucionais, constitucionalidade, ressocialização.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DIREITO PENAL DO INIMIGO	8
2.1	ORIGEM.....	8
2.2	CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS	11
2.3	CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	17
3	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)	23
3.1	A ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SEUS FUNDAMENTOS.....	23
3.2	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	28
3.3	PROCEDIMENTOS DE INCLUSÃO DO PRESO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	30
4	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	39
4.1	UM PARALELO ENTRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	40
5	A LEGITIMIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO PENAL	46
5.1	O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL	46
5.1.1	A Inconstitucionalidade do RDD à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	55
5.2	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAS.....	62
5.2.1	O Princípio da Humanidade das Penas.....	62
5.2.2	O Princípio da Individualização das Penas	67
5.3	A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO PELOS TRIBUNAIS: JURISPRUDÊNCIAS.....	72
6	A FUNÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO	78
6.1	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS FINALIDADES DA PENA ...	78
6.2	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO.....	83
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
	REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que modificou a Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, criando um regime de exceção aplicado especialmente aos condenados considerados de alta periculosidade.

O presente trabalho buscar analisar a legitimidade do Regime Disciplinar Diferenciado através da sua correlação com o Direito Penal do Inimigo, direito de exceção desenvolvido pelo jurista alemão Ghünter Jakobs, apresentando suas origens, fundamentos e objetivos, e, através disso, traçar um paralelo entre as ideias desenvolvidas por Jakobs através do Direito Penal do Inimigo e o Regime Disciplinar Diferenciado, averiguando a semelhança existente entre seus fundamentos.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado como um meio de neutralizar criminosos considerados perigosos à sociedade, contudo, muitas são as divergências entre seus objetivos e os direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos humanos assegurados a todos os cidadãos brasileiros indistintamente.

A Constituição Federal de 1988 busca como objetivo primordial garantir a dignidade da pessoa humana, este objetivo se desenvolve através das garantias constitucionais que asseguram a todos os cidadãos uma existência digna, com condições de desenvolvimento pessoal e intelectual, a serem tratados como sujeitos de direitos.

A Constituição elenca também diversos outros princípios e garantias fundamentais, aplicados ao ramo do Direito Penal, em especial o princípio da humanidade da pena e da individualização da pena, os quais funcionam como base ao sistema de execução penal.

A luz de tais garantias e princípios é possível questionar-se sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, e se aplicação deste regime é legítima dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que vivemos em um Estado Democrático de Direito que visa, acima de tudo, a garantia de uma vida digna e democrática.

Outro tema não menos importante, é a análise do Regime Disciplinar diferenciado e as finalidades da pena. Sabe-se que o sistema penal brasileiro adota a teoria eclética da finalidade da pena, que busca não apenas a retribuição do mal

praticado pelo indivíduo através da aplicação de uma sanção, mas, acima disso, a reintegração deste indivíduo na sociedade com a finalidade de reeducação, para que não volte a praticar novos delitos. Tal finalidade está expressamente prevista no artigo 1º da Lei de Execução Penal, funcionando como a “pedra angular” do sistema de execução, bem como do sistema penitenciário brasileiro.

Contudo, ante as características de cumprimento de pena privativa de liberdade, estabelecidas pelo Regime Disciplinar Diferenciado, é possível examinar qual seu papel para a ressocialização do condenado à sociedade livre e a garantia de uma vida digna.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é reconhecido no meio jurídico como criação do jurista alemão Günther Jakobs, o qual ficou mundialmente conhecido por trazer à tona a discussão sobre a existência de um inimigo social e sua diferenciação dos sujeitos que devem tratados como cidadãos. Tal diferenciação é atribuída em virtude de suas condutas, contrárias ou não ao ordenamento jurídico, justificando um tratamento distinto para cada sujeito com o objetivo de manter a paz social.

2.1 ORIGEM

O Direito Penal do Inimigo surgiu pela primeira vez em 1985 em um Congresso realizado em Frankfurt, através do jurista alemão Günther Jakobs. Em que pese, nesta ocasião, a matéria não tenha causado ampla repercussão, em 1999 o tema foi o grande destaque da Conferência do Milênio, em Berlim, ministrada por Jakobs, atraindo, desta vez, forte atenção dos principais juristas da época.¹

Contudo, a idealização do inimigo e a existência de um direito penal direcionado ao tratamento diferenciado desses indivíduos é de longa data. Em épocas passadas, este direito era criado de forma excepcional, com o fim de reprimir determinados grupos de indivíduos. Conforme menciona Francisco Muñoz Conde:

Desde logo, exemplos deste Direito Penal excepcional sempre existiram, desde as origens da codificação penal no século XIX, quando já no primeiro momento se recorreu a leis penais excepcionais, contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros códigos penais, para não citar precedentes históricos mais remotos. Assim, por exemplo, na Espanha logo apareceu uma legislação excepcional para reprimir em primeiro lugar casos de banditismo organizado e depois os movimentos sociais de caráter anarquista no final do século XIX, e sobretudo, após a Guerra Civil (1936-1975), teve lugar uma legislação penal de caráter bélico ou militar que se prolongou com maior ou menor intensidade durante todo o regime da ditadura franquista (1939-1975), culminando em setembro de 1975 com a

¹ SILVA FILHO, Lídio Modesto da. Direito penal do inimigo. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v.12, n.1, p.93-106, 2010. p.93

execução de cinco membros de grupos terroristas condenados à morte por um tribunal militar.²

Nesta mesma linha de pensamento, Eugenio Raúl Zaffaroni faz referência ao poder punitivo do Estado, emanado através de legislações de exceção em situações de “emergência”, como forma de combater os inimigos da sociedade:

O certo, porém, é que a invocação de *emergências* justificadoras de *Estados de exceção* não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, constataremos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se ordinárias e convertendo-se na *execução perpétua* -, tendo sido amplamente superadas pela legislação de *segurança* latino-americana.³

Certo é que, o poder punitivo do estado há muito vem sendo utilizado para reprimir de forma mais consistente aqueles indivíduos que, de certa forma, classificados como *inimigos da sociedade*, são considerados perigosos, tanto no presente quanto para o futuro da ordem social. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *pessoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e rigorosamente.⁴

Esta tendência vem crescendo recentemente e de forma consistente em diversos países como meio de resposta equivalente à violência sofrida pelas sociedades nas últimas décadas, de acordo com Francisco Muñoz Conde:

Nos últimos cinco anos e, sobretudo, depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e Washington, se observa não só nos Estados Unidos da América, como também em outros países, uma

² CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p.32

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.14.

⁴ *Ibid.*, p.11.

crescente tendência ao que o penalista alemão Ghunter Jakobs denomina um Direito Penal do Inimigo.⁵

Do mesmo modo, Eugenio Raúl Zaffaroni faz um alerta sobre o ciclo que se forma através da violência, quando a resposta que se apresenta é a própria violência:

Os crimes de destruição maciça e indiscriminada ocorridos em 11 de setembro de 2001 e em 11 de maio de 2004 são expressões de violência brutal que, na opinião dos internacionalistas, configuram *crimes de lesa-humanidade*, os quais, por sua vez, são respostas a outras violências e assim poderíamos continuar até Adão e Eva ou até o primeiro golpe que um homínideo desferiu contra o outro, sem chegar a nenhuma solução com vistas a uma convivência racional no futuro.⁶

No Brasil também é possível identificar esta tendência se analisarmos as medidas de segurança que atualmente vem sendo tomadas e positivadas no ordenamento jurídico, como forma de punir e prevenir a violência. Tais medidas acabam por refletir os apontamentos de Ghünter sobre o Direito Penal do Inimigo. De acordo com Lídio Modesto Silva Filho:

O Brasil, um país pacífico, vive apavorante momento de sua história, pois a população está desacostumada a lidar com situação de terror orientada por criminosos que se valem de táticas guerrilheiras e arquitetada logística, que traz para a sociedade um trauma e multiplica a sensação de insegurança. Várias cidades de diferentes unidades da Federação, mas principalmente Rio de Janeiro e São Paulo, que contam com milhões de moradores, são alvos de atentados contra pessoas comuns, bases policiais, agências bancárias, instituições públicas, estações de metrô, supermercados, vários ônibus são queimados, centenas de pessoas são mortas e dezenas de rebeliões são deflagradas nos presídios, demonstrando a força que emana dos segregados controladores das ações criminosas e a ineficiência do Estado, sobretudo no combate ao crime organizado.⁷

Esta insegurança gerada pela violência, na opinião de muitos brasileiros, é fundamento para a tomada de medidas mais drásticas em relação a esse grupo de criminosos, justificando, inclusive, dispor a esses “inimigos” um tratamento

⁵ CONDE, 2012. p.31

⁶ ZAFFARONI, 2007, p.16.

⁷ SILVA FILHO, 2010, p.93.

diferenciado, suprimindo garantias fundamentais sob o argumento de garantir a segurança da sociedade.

É neste cenário que se propaga a idealização de um direito penal do inimigo. Günther Jakobs, na tentativa de justificar a criação de um direito de exceção, argumenta que o direito não deve ser percebido como um mero postulado, mas, para ser eficaz, deve levar em consideração a realidade social, e neste contexto direcionar a conduta de seus cidadãos. Neste sentido, afirma: “cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social”⁸, e, desta forma, conclui:

Si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal – determinado por derechos y deberes –, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo.⁹

Assim, o direito, entendido como instrumento de direção de condutas dos cidadãos, deve estabelecer seus parâmetros de atuação de acordo com o indivíduo ao qual é direcionado. Aquele que não se comporta de acordo com o direito deve ser tratado como um indivíduo perigoso, um inimigo da sociedade. Desta forma o Estado deve estabelecer medidas de tratamento diferenciados a cada qual, cidadão ou inimigo.

2.2 CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS

Para Jakobs os indivíduos que recusam a se submeter ao direito posto, são considerados como inimigos e devem ser separados dos demais, dispensando a eles um tratamento diferenciado, na busca de impedi-los de cometer outros delitos que comprometam a segurança da ordem social.

⁸JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del Enemigo**. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thomson, 2003. p.13

⁹ Ibid., p.14

Diferencia, portanto, os delinquentes perigosos (aqueles que representam uma ofensa constante e futura) dos delinquentes cotidianos (aqueles que cometem pequenos delitos de pouca repercussão para a sociedade).

Assim, Jakobs divide o direito em duas vertentes: o direito do cidadão e o direito do inimigo. Apesar de ambos fazerem parte de um mesmo direito penal, são polos distintos, com contextos opostos. Para ele:

Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como médio para intimidar a otros.¹⁰

Desta forma, os indivíduos classificados como inimigos da sociedade não são considerados como pessoas e, portanto, não lhes é assegurado as mesmas garantias e direitos dispensados aos cidadãos. De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega a condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas [...].¹¹

Esses indivíduos, de acordo com o Direito Penal do Inimigo, possuem maior tendência a cometer crimes graves, cabendo a eles, não somente a pena como forma de reprimir seu delito passado, mas uma medida de segurança que garanta a proteção da sociedade contra seu potencial criminoso. Esta é a ideia que preceitua Günther Jakobs em seu Direito Penal do Inimigo:

En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la

¹⁰ JAKOBS, 2003, p.22

¹¹ ZAFFARONI, 2007, p.18.

custodia de seguridad encuanto medida de seguridad (5 61 núm. 3, 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige -y sobre todo - hacia delante, al futuro, en el que una »tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos »peligrosos» para la generalidade [...].¹²

Segundo Jakobs, portanto, o Direito Penal do Inimigo estabelece um sistema duplo de punição: de um lado um sistema penal baseado em culpabilidade por um fato passado, aplicado aos cidadãos; e, de outro, um sistema preventivo como medida de segurança para aqueles que representam um perigo presente e futuro, aplicado aos inimigos.

Lídio Modesto da Silva Filho, em análise à Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs e este duplo sistema de punição, estabelece a distinção entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo:

Com efeito, o Estado moderno tem o agente delituoso, não como um inimigo, mas um cidadão, uma pessoa que, através de sua conduta, viola a norma vigente e, por esta ação deve ser chamado a equilibrar o dano, na vigência da norma, todavia, como cidadão e não como inimigo. Este seria o Direito Penal do Cidadão, que continua sendo Direito Penal de todos, ainda quando se refere ao delinquente, que segue sendo pessoa, como um cidadão que ataca a vigência da norma. A esta pessoa é plenamente assegurado o devido processo legal, sendo-lhe asseguradas todas as garantias penais e processuais existentes para que possa se ajustar com a sociedade. Para o Estado esta pessoa não é inimigo, mas apenas um autor de fato normal e que, ainda que cometa um delito, mantém o status de pessoa, mas não vê no indivíduo um inimigo que precisa ser destruído, mas o autor de um fato normal, que, mesmo cometendo um ato ilícito, mantém seu status de pessoa e cidadão dentro do Direito. O Direito Penal do Inimigo é direito voltado ao indivíduo que intimida o cidadão e é considerado indivíduo perigoso, que não garante interesse em ajuste com a sociedade e com o ordenamento jurídico. É para o indivíduo que rechaça, por princípio, a legitimidade da vigência da norma e persistentemente comete crimes, e por isso persegue a destruição da ordem social, tornando-se inimigo a ponto de o Estado instaurar contra ele, uma guerra.¹³

Para Francisco Muñoz Conde, o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs “relembra muito o *Direito Penal do Autor* que propugnaram os penalistas nazistas, segundo o qual o relevante não era o fato delitivo cometido, e sim a ‘perversão’,

¹² JAKOBS, 2003, p.24

¹³ SILVA FILHO, 2010. p.96.

‘inclinação ou tendência ao delito’, ou ‘periculosidade criminal’ que pudesse ter o autor.”¹⁴

De acordo com Conde, essa é a impressão que Jakobs passa ao mencionar exemplos de sujeitos que podem ser classificados como inimigos:

O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais; já o antigo delinqüente habitual “perigoso” segundo § 20 do Código Alemão), ou em sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada e também, especialmente, tráfico de drogas), ou principalmente através de uma organização (terrorismo, delinqüência organizada, novamente o tráfico de drogas ou o já antigo “complô de assassinato) ou seja, em qualquer caso, de uma forma supostamente duradoura, abandonou o direito e portanto, não garante o mínimo cognitivo de segurança do comportamento pessoal e demonstra este déficit através de seu comportamento.¹⁵

Eugenio Raúl Zaffaroni, na tentativa de elucidar quem é o inimigo, utiliza-se de um conceito trazido por Carl Schmitt:

O inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro [...], de modo que, no caso extremo, seja possível ocorrer com ele conflitos, que que não podem ser decididos nem através de um sistema de normas pré-estabelecidas nem mediante a intervenção de um *tertius* descomprometido e, por isso, imparcial.¹⁶

Zaffaroni conclui que o inimigo é aquele considerado como tal em razão da sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem levar em consideração se a privação dos direitos a qual é submetido, sobretudo a privação da liberdade, é praticada com nome diverso de *pena*, ou ainda, se lhe seja reconhecido algum resíduo de direitos.¹⁷

De acordo com Lídio Modesto da Silva filho, em análise a obra de Günther Jakobs:

¹⁴ CONDE, 2012. p.41.

¹⁵ CONDE, 2012, apud JAKOBS, Ghunter. La ciência penal ante los retos del futuro”. In: ESER; HASSEMER; BURKHARDT. **La ciência del derecho penal ante el cambio del milênio**. Tradução de Teresa Manso. CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). Valencia: 2004. p.59.

¹⁶ ZAFFARONI, 2007, p.21.

¹⁷ Ibid., 2007, p.25.

O foco de atenção do Direito Penal do Inimigo é para aqueles indivíduos que, sobretudo, cometem crimes resultantes da evolução da globalização, como o terrorismo, a criminalidade econômica, delitos sexuais, crimes relacionados a drogas tóxicas, tráfico de pessoas e outras formas de manifestação da criminalidade organizada, em que o sujeito passivo é difuso e o bem jurídico violado é da coletividade [...] A regra contra o indivíduo selecionado como um inimigo do Estado se prende não no que fez, em sua culpabilidade, mas no que poderá vir a fazer, o perigo que representa, não sendo, portanto, aplicado a ele um Direito Penal retrospectivo, mas sim prospectivo. Ao inimigo não é aplicada uma pena, mas lhe é estabelecida uma medida de segurança, ainda que intensa e desproporcional à medida.¹⁸

Assim, pode-se concluir que o inimigo é o indivíduo que age de forma contrária ao ordenamento jurídico, e, com seu comportamento desviado, coloca em perigo a convivência em sociedade. O inimigo não é um delinquente comum, mas sim um ente perigoso com fortes tendências a cometer delitos de natureza grave. Diante disso, de acordo com o direito penal do inimigo, o único meio eficiente para contê-lo é através da aplicação de uma medida de segurança, que afasta direitos e garantias que normalmente protegem o indivíduo como pessoa e como cidadão, e, desta forma, o inimigo deixa de ser tratado como pessoa detentora de direitos fundamentais.

Segundo Günther Jakobs:

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.¹⁹

E, assim, argumenta:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Este guerra tiene lugar com um legítimo derecho de los ciudadanos, em su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, nos es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluído.²⁰

¹⁸ SILVA FILHO, 2010. p.97.

¹⁹ JAKOBS, 2003. p.47.

²⁰ Ibid., p.55.

Desta forma, Jakobs conclui que o Estado possui duas alternativas frente a esses indivíduos: trata-los como pessoas que delinquem, que tenham cometido erros ou trata-los como indivíduos que, mediante coação, devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico. Ambas as perspectivas possuem lugar legítimo, em determinados âmbitos, podendo-se concluir que podem ser utilizadas em lugar equivocado.²¹ Sendo certo que a alternativa proposta por Jakobs ao criar o direito penal do inimigo é obviamente a segunda opção.

De acordo com João Paulo Arrossi:

Vale ainda anotar que a oposição cidadão/ inimigo, de que fala Jakobs, parece evocar, por sua vez, um outro binômio, muito semelhante, concebido nos idos de 1930 por Carl Schmitt, proeminente jurista e pensador político alemão que aderira explicitamente ao regime nazista – a dicotomia amigo/inimigo: “A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo”²²

Carl Smith argumenta sobre o Estado soberano e a necessidade de um estado de exceção em situações de extrema necessidade e perigo, situações essas que não podem ser decididas de pronto pelo Direito, sendo uma decisão política como expressão da soberania do Estado. Deste modo, define o enfrentamento entre o amigo e o inimigo como a essência do que é político. Segundo Jacson Luiz Zilio:

A oposição amigo-inimigo é o conteúdo do que é político e, segundo o pensamento de SCHMITT, chega a oferecer uma definição conceitual e um critério que permite se referir as ações e aos motivos políticos. Assim, assinalou SCHMITT: “O significado da distinção de amigo e inimigo é o de indicar o extremo grau de intensidade de uma união ou de uma separação, de uma associação ou de uma dissolução; ela pode subsistir teórica e praticamente, sem que, ao mesmo tempo, devam ser empregadas todas as demais distinções morais, estéticas, econômicas ou de outro tipo”.²³

²¹ JAKOBS, 2003, p.47.

²² FRANÇA, Leandro Ayres (Coord.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p.63 apud SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51.

²³ ZILIO, Jacson Luiz. **Do direito penal de classes ao direito penal do estado social e democrático de direito. Tipo: Inimigo**. Organização de Leandro Ayres França. Curitiba: FAE Centro Universitário, p.11-54, 2011. p.17 apud SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza, 1998, p. 56.

Apesar de internacionalmente reconhecido muitas são as críticas feitas à Günther Jakobs a respeito do Direito Penal do Inimigo, justamente por retirar do indivíduo, classificado como inimigo, a característica de pessoa e, portanto, sujeito de direitos, buscando eliminá-lo da sociedade.

2.3 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é uma medida de segurança amplamente repressora, que identifica em determinados indivíduos maior potencialidade ao cometimento de crimes aplicando a esses indivíduos penalidades drásticas com o fim de garantir a segurança da sociedade. Tais medidas, como visto acima, retiram do indivíduo o caráter de “pessoa”, justificando, assim, o afastamento dos direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos.

Diante disso, o Direito Penal do Inimigo é vastamente criticado por muitos juristas e doutrinadores, devido, principalmente, a seu caráter extremamente restritivo e repressor.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, na América Latina todo suspeito é tratado como inimigo, apesar da legitimação do direito processual penal e, em que pese a categoria de inimigo não estar expressa no ordenamento, pois intui-se sua incompatibilidade com o princípio do Estado de Direito, o tratamento dispensado à um grande número de pessoas nessas condições é legitimado ou simplesmente ignorado²⁴. Segundo Zaffaroni,

Diante da constatação acima, a discussão atual em torno do direito penal do *inimigo* não se pode limitar à recusa de uma proposta de legitimação parcial nem à demonstração de que se trata de um caminho errado de contenção deste. Na medida em que a doutrina penal legitime ou ignore, com o nome que for, o tratamento diferenciado dos *inimigos* ou *estranhos*, esse comportamento está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invalidando o princípio diretor do Estado de direito, porque toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal. Não é

²⁴ ZAFFARONI, 2007, p. 189.

de se estranhar, portanto, que tantas vezes o direito penal tenha perdido o rumo.²⁵

Verifica-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo fere o princípio do Estado de Direito, justamente no ponto em que nega à determinados indivíduos seus direitos e garantias fundamentais. Zaffaroni sustenta, ainda, que a medida que o direito penal, por ação ou omissão, admite ou legitima um tratamento que exclui o caráter de pessoa do indivíduo, por considera-lo uma *coisa perigosa*, sem se preocupar com a extensão dos direitos que este indivíduo é privado, constitui uma enorme contradição entre a doutrina jurídico-penal e o Estado de Direito²⁶. Para ele,

como princípio ideal, o princípio do Estado de direito não admite a legitimação de nenhuma exceção, pois esta significa a sua neutralização como instrumento orientador da função do direito penal na dialética que opera no interior de todo Estado de direito real ou histórico com o Estado de polícia.²⁷

Já para Francisco Muñoz Conde, no momento atual, não basta identificar, nos ordenamentos jurídicos atuais, exemplos de um Direito Penal do Inimigo, mas é preciso verificar se são compatíveis com um Estado de Direito e com os pactos internacionais de direitos civis reconhecidos e acolhidos nos ordenamentos jurídicos dos Estados civilizados²⁸.

Segundo Conde, se se admitir como inevitável a tendência dos ordenamentos, de adoção de aspectos do Direito Penal do Inimigo, é preciso que este esteja situado em um determinado contexto sócio-político e, principalmente, é preciso verificar se responde à duas questões: a primeira diz respeito a definir quem é o inimigo e se todos os delinquentes são inimigos, pois, se forem, deve-se admitir que o direito penal é exclusivamente um direito penal do inimigo. Ao contrário, se não o forem, necessita identificar com maior precisão quem são estes os inimigos. A segunda questão diz respeito a verificação se a implantação do direito penal do

²⁵ Ibid., p. 190.

²⁶ ZAFFARONI, 2007, p. 190.

²⁷ ZAFFARONI, loc. cit.

²⁸ CONDE, 2012, p. 66.

inimigo é compatível com o Estado de Direito e com o reconhecimento a todos, sem exceção, dos direitos fundamentais do ser humano²⁹.

Neste passo, afirma que Jakobs não responde satisfatoriamente à essas questões, pois se limita a constatar uma realidade e alude à necessidade de uma segurança cognitiva como fundamento da existência do direito penal do inimigo. No entanto, tal segurança nunca poderá ser totalmente garantida por nenhum sistema penal, seja de que tipo for, pois trata-se de menores ou maiores níveis de segurança e sua compatibilidade com o exercício de direitos fundamentais.

Assim, tendo em vista que o equilíbrio entre estes dois polos é dificilmente alcançado, pois estão em constante tensão, o que se verifica é a inclinação à segurança cognitiva. A consequência de uma sociedade em que a segurança se torna um valor fundamental é sua paralização, a incapacidade de assumir a possibilidade de qualquer mudança ou progresso ante ao risco.³⁰ Do mesmo modo defende Paulo César Busato,

se a proposta de “eliminação do inimigo” fere os direitos fundamentais do ser humano, logo, dos cidadãos, rompe com o modelo de Estado que se organiza para garanti-los. Sendo assim, dita proposta constitui uma apologia contra o Estado, que terminaria por justificar a aplicação de um Direito penal do inimigo contra o próprio Estado! Vale dizer: a proposição de violação de direitos fundamentais rompe com a idéia de formação do próprio Estado, que é a entrega de uma parcela da liberdade em troca da proteção mais eficiente destes mesmos direitos fundamentais. Se permitirmos ao Estado, que chamamos para nos proteger, que ele desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos – condição esta de qual depende a legitimidade deste mesmo Estado que formamos – quem nos protegerá do Estado?³¹

Luís Grego enumera os principais pontos em que a obra de Ghünter Jakobs é criticada, segundo o qual o alvo principal foi o suposto direito do Estado em negar a determinados seres humanos o *status* de pessoa³². Desta forma, menciona, entre inúmeras outras críticas, que

²⁹ Ibid., p. 66 e 67.

³⁰ CONDE, 2012, p. 67 e 68.

³¹ BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 14, p. 137-145, Abr./Jun. 2004. p. 142.

³² GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7. p. 211 – 247. dez. 2005. p. 222.

o conceito do direito penal do inimigo significaria uma volta a idéias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhança a certas concepções de *Mezger* ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo, de *Carl Schmitt*; a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito; ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros; ele representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal; ela configuraria um inadmissível direito penal de autor. Contra quase todos os outros aspectos do conceito formularam-se adicionais objeções: o direito penal teria que permanecer estranho a quaisquer idéias bélicas; a idéia do direito penal do inimigo seria demasiado imprecisa e de todo inadequada ao sutil trabalho dogmático e político-criminal de que necessita o direito penal moderno; a rigor, o direito penal do inimigo sequer seria conceitualmente direito penal ou direito; a idéia decorreria de raciocínios circulares; tratar indivíduos como inimigos não seria funcional para reestabilizar a norma violada em sua vigência; o problema do controle dos inimigos não poderia ser resolvido pelo direito penal, mas sim por outros ramos do direito. Ofereceram-se também várias diagnoses: o direito penal do inimigo seria consequência de um excessivo eficientismo, mas apesar disso ineficaz; ele decorreria do funcionalismo de Luhmann, para qual apenas interessa a manutenção do sistema, ou de uma combinação entre o direito penal simbólico e o direito penal punitivista; ou ele representaria nada mais do que a estrutura geral dos discursos jurídico-penais autoritários.³³

Verifica-se que a grande maioria da doutrina ofereceu pesadas críticas ao Direito Penal do Inimigo, especialmente quando Jakobs sustenta que é legítimo ao Estado tomar medidas mais severas contra o “inimigo”, negando seu caráter de pessoa e subtraindo todos os direitos fundamentais desse indivíduo, sendo ele excluído da sociedade. Da mesma forma afirma Lídio Modesto da Silva Filho:

A grande maioria dos criminalistas apresenta um posicionamento crítico em relação às reflexões de Jakobs acerca do Direito Penal do Inimigo, alegando ser uma teoria inconstitucional, por ser inadmissível uma pessoa ser tratada pelo ordenamento jurídico como um inimigo a ser aniquilado, despido de sua essência de pessoa. Que a legislação baseada em linhas Jakobsianas não reduziram a criminalidade. Que o Direito Penal do Inimigo é nocivo, inimaginável e desnecessário.³⁴

O mencionado autor sustenta, ainda, que o Direito Penal do Inimigo é inconstitucional, pois em um Estado Democrático de Direito, em que há a garantia da dignidade da pessoa humana, não é admissível tratar um ser humano como não-

³³ GRECO, 2005, p. 223.

³⁴ SILVA FILHO, 2010, p. 101.

pessoa ou como objeto de coação do Estado se identificado como inimigo, isto porque este procedimento não segue o processo democrático, visto que suprime o devido processo legal e as garantias penais e processuais.³⁵ Desta forma, conclui

Com a elevação da criminalidade em todos os países do mundo, os cidadãos clamam por uma medida mais severa por parte do Estado, com o objetivo de se eliminar a violência, de modo que uma legislação mais rígida e severa é medida que se impõe, todavia, em hipótese alguma é compreensível um Estado tratar o infrator como um inimigo ou um irracional, afinal é um ser humano e, por mais grave que seja sua conduta, não é crível a atuação de um Estado com intolerância em relação a uma pessoa, que perde de vista normativas internacionais de direitos humanos, faz uso de procedimentos sem garantias processuais e penais, pois somente é possível uma legislação penal que esteja em harmonia com a Constituição do Estado, porque forma diversa seria dilacerar a estrutura de um Estado Democrático de Direito.³⁶

Como bem explica Eugenio Raúl Zaffaroni, a admissão de um tratamento diferenciado para indivíduos considerados perigosos não pode ser eficaz, pois, entre outros motivos, não é possível direcionar um tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo do Estado, eis que não há como saber quem exatamente são essas pessoas. Neste passo, o que se discute efetivamente é se os direitos dos cidadãos podem ser reduzidos para que se possa individualizar os “inimigos”, assim, o ponto de discussão difere da eficácia do meio utilizado para a contenção. Deste modo, para Zaffaroni, caso a ofensa aos direitos de todos os cidadãos for legitimada, concede-se ao Estado o poder de estabelecer até que ponto será necessário limitar esses direitos para se exercer seu próprio poder, e, neste caso, o Estado de direito terá sido abolido.³⁷

Evidentemente que a legitimação do uso de restrições de direitos pelo Estado a fim de atribuir aos “inimigos” um tratamento diferenciado, legitima também a restrição de direitos de todos os cidadãos, pois, como esclareceu Zaffaroni, não é possível identificar previamente quem são esses indivíduos.

Diante disto, concede-se ao Estado o poder de estabelecer os limites para esta restrição, transformando-se em um aparato poderoso do poder punitivo Estatal

³⁵ Ibid., p. 102.

³⁶ SILVA FILHO, 2010, p. 106.

³⁷ ZAFFARONI, 2012, p. 191.

a ser aplicado indistintamente. Assim, conforme afirma Francisco Muñoz Conde, é evidente que o Direito Penal do inimigo

representa ou pode representar uma ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito e, com isso, desvalorizar a segurança normativa, acentuando apenas a segurança puramente cognitiva, isto é, a eficácia frente a perigos, e não o restabelecimento da vigência da norma ou confiança dos cidadãos na mesma.³⁸

Ante ao exposto, ainda que alguns juristas e doutrinadores sejam favoráveis à aplicação de um Direito Penal do Inimigo como a melhor forma de combater os criminosos que ameaçam a segurança da sociedade, como bem afirma Conde,

o Estado de Direito oferece mais garantias e respeito pela dignidade da pessoa humana e pelas possibilidades de reinserção, de renúncia à violência, mudança e de esperança na mudança que podemos ter no terrorista ou no inimigo, do que a que simplesmente o considere como um objeto a ser vigiado e castigado, como um ser daninho que deve ser preso o maior tempo possível, inclusive ainda que seja pelo resto dos seus dias, ou simplesmente eliminá-lo fisicamente como um animal, como alguém que nem sequer merece ser tratado como pessoa.³⁹

Conclui-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com um Estado Democrático de Direito, pois ao tratar determinados seres humanos como não-pessoas, restringindo seus direitos e garantias fundamentais, afasta o princípio diretor de um Estado de Direito e legitima a utilização irrestrita do poder punitivo.

³⁸ CONDE, 2012, p. 73.

³⁹ CONDE, 2012, p. 76.

3 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

No Brasil, uma clara expressão do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs é o chamado Regime Disciplinar Diferenciado, regulamentado pela Lei 10.792/03 que modificou a Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) para implantar um novo regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Este regime foi especialmente criado para indivíduos considerados potencialmente perigosos para a sociedade, como um meio de resposta a violência gerada dentro dos presídios, resultante de um sistema carcerário deficitário e decadente.

3.1 A ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SEUS FUNDAMENTOS

O Regime Disciplinar Diferenciado foi inicialmente criado pela Resolução nº 26 de 04/05/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e modificado por resoluções subsequentes.

Esta primeira iniciativa foi uma resposta à megarrebelião ocorrida em São Paulo, envolvendo cerca de 25 estabelecimentos prisionais, no início de 2001. O objetivo principal era combater as rebeliões e a formação de organizações criminosas no interior dos presídios, bem como dificultar as ações de líderes de facções criminosas, que mesmo presos, mantinham o comando dessas organizações, emitindo ordens para cometimento de crimes, de dentro das penitenciárias.

Primeiramente o RDD foi restrito a apenas cinco unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré⁴⁰.

Conforme Christiane Russomano Freire:

⁴⁰ FREIRE, Christiane Russomano, **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. 9º Concurso IBCCRIM de Monografias Jurídicas. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 126.

A Resolução 26 dispunha, no seu art. 1.º, que o regime disciplinar diferenciado seria aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, restrito somente às unidades penitenciárias acima referidas. O tempo máximo de permanência previsto para a primeira inclusão no RDD era de 180 dias, e as demais, de 360 dias (art. 4.º). Ainda, cabia ao diretor técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, solicitar a remoção do preso ao RDD, perante o coordenador regional das unidades prisionais, que, se estivesse de acordo, encaminharia o pedido ao secretário adjunto, para decisão final (art. 2.º)⁴¹.

Neste contexto, foi editada a Resolução 49 de julho de 2002, que restringia o direito a visitas e entrevistas com advogados para os presos submetidos ao RDD. No art. 2.º da Resolução, as visitas eram restritas a apenas duas pessoas por dia, enquanto que o art. 5.º estabelecia restrições para entrevistas com os advogados, que deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento, a qual fixaria data e horário dentro de um prazo de 10 dias.⁴²

Na sequência, foi editada a Resolução 59, em agosto de 2002, que instituiu o Regime Disciplinar Especial no Complexo Penitenciário de Campinas. O RDE era previsto não somente para condenados, mas também para os presos provisórios que praticaram atos previstos como crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional. O tempo máximo de permanência era de 360 dias e estabelecia um rol de condutas que levariam a submissão ao RDE no art. 2.º, como por exemplo: incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; tentativa de fuga; participação em facções criminosas; posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa e prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento⁴³.

Já no Estado do Rio de Janeiro, o regime disciplinar diferenciado foi instituído em dezembro de 2002, após uma rebelião liderada por Fernandinho Beira Mar, no presídio de Bangu I. Após este episódio, a Secretaria da Administração Penitenciária

⁴¹ FREIRE, 2005, p. 127.

⁴² FREIRE, loc. cit.

⁴³ Ibid., p. 128.

do Rio de Janeiro reeditou o regime disciplinar especial de segurança e generalizou a medida para outras penitenciárias do estado.

Em artigo publicado em 23 de agosto de 2003 o Secretário do Estado, Astério Pereira dos Santos elucidou os propósitos a que se destinavam as punições disciplinares:

“No que pertine ao regime disciplinar especial de segurança ora implantado, tanto aqui no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, está ele em consonância com o que se acabou de expor, deixando certo que se trata de um imperativo de disciplina, mas muito mais que isto, de uma medida destinada a afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjagam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pôde ver na semana passada.⁴⁴ [...] o regime disciplinar especial, entretanto, não pode ser considerado, apenas uma sanção disciplinar, mas sim uma forma diferenciada de tratar presos de exacerbada periculosidade, em real observância ao nível de criminalidade hoje vivenciado. O regime, ora implementado, é uma medida emergencial que visa transformar o caos do sistema penitenciário para, ao menos em relação aos presos mais perigosos, impor-lhes um verdadeiro regime de segurança máxima, sem o qual, infelizmente, a atuação desses líderes de organizações criminosas não pode ser contida”.⁴⁵

Em 2001 foi elaborado o projeto de Lei nº 5.073/2001, que regulamentava o Regime Disciplinar Diferenciado. O então projeto foi enviado pelo Presidente da República, na época Fernando Henrique Cardoso, para ser apreciado pela Câmara dos Deputados, tendo sido aprovado.

O projeto transformou-se na Lei 10.792/2003 que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2003, alterando a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 e o Código de Processo Penal, para inserir a nova medida disciplinar no sistema penal brasileiro.

Verifica-se, portanto, que o argumento utilizado para a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, está consubstanciado na busca de novos meios mais eficazes para combater o crime organizado dentro das penitenciárias.

Neste sentido, o Estado, através de seu poder punitivo, legitimou um “regime de exceção”, o RDD, voltado exclusivamente a indivíduos considerados perigosos à segurança da sociedade.

⁴⁴ FREIRE, 2005, p. 128 apud SANTOS, Astério Pereira dos. Regime disciplinar especial – legalidade e legitimidade. Disponível em: <http://www.seap.rj.gov.br/> Acesso em 22 ago. 2004.

⁴⁵ Ibid., p. 154.

Renato Marcão estabelece a origem do Regime Disciplinar Diferenciado conforme lição do jurista e magistrado Adeildo Nunes:

Com base no crescimento desenfreado do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas nos grandes e médios presídios de São Paulo, seu Secretário de Administração Penitenciária, em maio de 2001, pela Resolução n. 26, criou em seu Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, estipulando a possibilidade de isolar o detento por até trezentos e sessenta dias, mormente os líderes e integrantes de facções criminosas e todos quantos o comportamento carcerário exigisse um tratamento específico. É claro que tão logo foi editada a Resolução 26 a arguição da sua inconstitucionalidade foi premente. Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta grave a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la. Porém, chamado a intervir, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, ao argumento de que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislar sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88). Sabe-se, por isso, que o Regime Disciplinar Diferenciado vem sendo regularmente aplicado aos detentos de São Paulo que se enquadrem na Resolução, embora, reconheça-se, a matéria bem que poderia ter sido regulamentada pela Assembleia Legislativa daquele Estado, desde que não se tratasse de acrescentar nova forma de falta grave, pois, como se sabe, haveria necessidade de alterar o art. 50 da LEP.⁴⁶

Pertinentemente ao assunto, Paulo César Busato esclarece que:

As origens desta Lei podem ser perfeitamente detectadas. Há um estado de medo permanente na sociedade brasileira, provocado pela existência de alarmantes índices de criminalidade que, além do mais, tem invadido as cadeias e subvertido o próprio sistema de execuções penais, convertendo os próprios estabelecimentos prisionais em pontos de referência das organizações criminosas, de onde partem ordens e diretrizes para a realização de certas ações delitivas. Isto, associado à crescente influência dos bandos criminosos, principalmente em locais onde se acumulam milhares de pessoas em condições de vida desumanas, têm feito com que as instâncias estatais de controle social reajam de modo já conhecido: a edição reiterada de mais legislação penal, progressivamente restritiva e ofensiva para as garantias fundamentais.⁴⁷

Assim também complementa Junior Barbosa Casemiro da Silva:

⁴⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.77. apud Adeildo Nunes, O regime disciplinar na prisão. Disponível na Internet: [http://www. ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 28-7-2003.

⁴⁷ BUSATO, 2004, p. 139.

As autoridades políticas e nossos legisladores se depararam com problemas imensuráveis no início do século XXI causados por organizações criminosas dentro e fora dos presídios em nosso país. Ocorriam muitas rebeliões, e o ápice da desordem ocorreu em 18 de fevereiro de 2001, quando 29 estabelecimentos prisionais entraram em rebelião simultaneamente no Estado de São Paulo, a ação foi coordenada por líderes da facção criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital), que se encontravam presos. O fato motivou a Secretaria de Segurança Pública de Administração Penitenciária a editar a resolução número 26, que estabelecia a inclusão, permanência e exclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado, os presídios de Taubaté, Presidente Venceslau, Iaras e Avaré, considerados de segurança máxima, foram os eleitos para aplicação do novo sistema.⁴⁸

De acordo com Christiane Russomano Freire, a criação de um controle disciplinar no interior das penitenciárias surgiu como uma medida penal de dimensões complexas que busca concentrar dois objetivos: além da punição, neutralização e incapacitação do indivíduo perigoso, busca também a segurança e proteção da coletividade decorrente dos medos ambientes. Coloca-se como necessária a combinação desses dois fatores: a certeza de uma punição severa e eficaz e uma confiança capaz de reduzir as angústias coletivas. Assim, segundo Christiane Russomano Freire, três foram os pressupostos essenciais que, inter-relacionados, determinaram a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado pelo sistema penal brasileiro:

Os dois primeiros de caráter genérico, e o terceiro, de caráter específico. O primeiro está vinculado à expansão do modelo punitivo em nível mundial, nos termos problematizados anteriormente, que têm na ressignificação e no revigoramento da missão das prisões sua maior expressão. O segundo está relacionado com os efeitos produzidos pelo desgaste das premissas *ressocializadoras* que, por longo tempo, lograram conferir legitimidade à sanção penal, inferindo-lhe uma função pedagógica, instrumentalizada por meio de uma complexa estrutura disciplinar voltada para o *tratamento* dos sujeitos encarcerados. Finalmente, o terceiro se restringe ao espaço prisional brasileiro e se refere aos problemas *endêmicos* do próprio sistema.⁴⁹

Deste modo, extrai-se do acima abordado que o surgimento deste regime de exceção no Brasil, foi uma junção de diferentes fatores analisados sob diferentes

⁴⁸ SUZUKI, Claudio Mikio et al. **Estudos Críticos de Direito Penal e Processo Penal - Volume 1**. São Paulo: Editora Nelpa. 2014, p. 144

⁴⁹ FREIRE, 2005, p. 136.

perspectivas, que juntos culminaram na adoção de uma medida penalizadora mais severa, tendo em vista que as anteriormente adotadas tornaram-se ineficazes no combate a violência. Contudo, após 14 anos de sua implantação no sistema penal brasileiro, questiona-se se tal medida está atingido o nível de eficiência que se esperava.

3.2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Com o advento da Lei 10.792/2003 o Regime Disciplinar Diferenciado passou a integrar o sistema penal brasileiro, sendo aplicado em todos os Estados do país.

Conforme conceitua Renato Marcão, o Regime Disciplinar Diferenciado é “modalidade de sanção disciplinar a que está sujeito o preso provisório ou condenado definitivo que praticar falta grave, a teor do disposto no art. 53, V, da Lei de Execução Penal.”⁵⁰

De acordo com Luiz Régis Prado:

A Lei 10.792/2003 introduz no ordenamento jurídico o regime disciplinar diferenciado (art. 53, V, LEP) para os presos provisórios e condenados, que pode ser aplicado nas seguintes hipóteses: a) quando a prática de fato previsto como crime doloso ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, caput, LEP); b) para presos nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º, LEP); c) para o acusado em que recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, EP).⁵¹

Marco Polo Levorin conceitua o Regime Disciplinar como “uma sanção disciplinar aplicada em decorrência de uma falta grave”, e faz uma ressalva:

É preciso ressaltarmos que o artigo 53, inciso IV, da LEP o configura como sanção disciplinar e não como regime de cumprimento de pena. Como é

⁵⁰ MARCÃO, 2016, p.211.

⁵¹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7 ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.569.

sabido, os regimes de cumprimento de pena são previstos no artigo 33 do Código Penal, quais sejam: regime fechado, semiaberto e aberto. [...]. Portanto, sob o ponto de vista da tipificação da lei, o Regime Disciplinar Diferenciado não é um regime de cumprimento de pena, mas nele influi e, pior, é aplicável ao preso provisório, portanto, é uma sanção disciplinar que interfere no regime de cumprimento de pena do sentenciado.⁵²

O Regime Disciplinar Diferenciado está previsto na Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, nos artigos 52 e seguintes:

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

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

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

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

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

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

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.⁵³

⁵² LEVORIN, Marco Polo. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016. p. 109.

⁵³ BRASIL, Lei 10.792/03. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 dezembro 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

Verifica-se dos citados artigos que o Regime Disciplinar Diferenciado estabelece o cumprimento de pena privativa de liberdade dentro de regras extremamente restritivas para o preso, condenado ou provisório, que cometer delito doloso ou falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, bem como preveem os § 1.º e § 2.º do artigo 52, aos presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou com fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas.

3.3 PROCEDIMENTOS DE INCLUSÃO DO PRESO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Conforme abordado anteriormente, para que o preso seja submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado basta que tenha incorrido nas hipóteses previstas no artigo 52 da Lei de Execução Penal.

O Regime Disciplinar Diferenciado poderá conter duas finalidades: servir de sanção disciplinar, normalmente aplicado ao condenado ou ao preso provisório que cometer falta grave, fato previsto como crime doloso ou fato que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (artigo 52, caput); ou, ainda, como medida cautelar, nas hipóteses em que o detento represente um alto risco a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou que hajam fundadas suspeitas de participação ou envolvimento em organizações criminosas (artigo 52, § 1º e 2º).⁵⁴

Assim pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. REQUERIMENTO. EXTEMPORANEIDADE. FINALIDADE DO INSTITUTO. DESCARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Regime Disciplinar Diferenciado consiste em um sistema de disciplina carcerária especial, dotado de regras mais rígidas do que os demais

⁵⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 255.

regimes de cumprimento de pena, sendo aplicável como sanção disciplinar ou dada a imprescindibilidade cautelar. [...].⁵⁵

A inclusão do detento no Regime Disciplinar Diferenciado como medida cautelar ou preventiva está prevista no artigo 60 da Lei de Execução Penal, sendo possível sua aplicação, através de despacho do juiz competente, no interesse da disciplina e averiguação de fatos pelo prazo de até dez dias. Sobre a inclusão preventiva no detento no RDD, esclarece Renato Marcão:

Consideradas a urgência e as demais peculiaridades que a envolvem, a inclusão preventiva pode ser decretada pelo juiz sem a prévia oitiva do Ministério Público e da Defesa, não havendo que se falar, por aqui, em violação de garantias constitucionais como contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc. Com efeito, por certo a operacionalização das oitivas prévias, no mais das vezes, poderia desatender a finalidade emergencial da medida extrema. Ademais, nada impede que após a decisão que determinar a inclusão sobre ela se manifestem o Ministério Público e Defesa, apresentando as ponderações que entenderem pertinentes.⁵⁶

Ocorrendo a inclusão cautelar, o tempo em que o detento permaneceu em isolamento será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

Como sanção disciplinar, a inclusão definitiva no Regime Disciplinar Diferenciado cabe ao preso que cometer infração prevista no artigo 52 da LEP. De acordo com Renato Marcão a decisão sobre a inclusão definitiva é medida jurisdicional, “inserindo-se na alçada do juiz da execução penal. Não pode o magistrado decretar a inclusão ex officio, e o Ministério Público não tem legitimidade para postular a inclusão no RDD”⁵⁷. Contudo, conforme menciona Marco Polo Levorin:

[...] para alguém ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado, torna-se indispensável fazer prova da falta grave, ou seja, não basta apenas ter

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 339.764/SP, da 6.ª Turma. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Relator p/ Acórdão: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 30/06/2016, Publicado em 01/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 12 nov. 2017.

⁵⁶ MARCÃO, 2016, p. 83.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 83.

integrado uma organização criminosa. Desta forma, se foi comprovada a falta grave, não poderá o sentenciado ser incluído no mencionado regime, principalmente se tem boa conduta carcerária, conforme entendeu o TRF da 1ª Região no *habeas corpus* nº 2004.01.00.000468-5/MT (DJU 12.03.2004).⁵⁸

De acordo com o voto do Desembargador Federal Plauto Ribeiro, relator no citado processo de *habeas corpus*:

O fato do detento, como na hipótese em exame, ter integrado organização criminosa, para praticar determinados delitos, que lhe renderam condenação, por si só, não autoriza a inclusão do aludido regime diferenciado, que é pena por infração carcerária.

No caso em análise, como bem ressaltado no parecer ministerial, “... *não há comprovação de ter o paciente praticado falta grave*” (cf. fl. 77). Ao contrário, pois segundo atestou o Diretor da Unidade Prisional Regional Pascoal Ramos em Mato Grosso, o paciente, oriundo do Departamento de Polícia Federal, em 13 de maio de 2003, à época, com prisão temporária decretada em seu desfavor, não registra nenhuma nota que “...*desabone sua conduta*” (cf. fl. 38).⁵⁹

Assim, para que o preso seja incluído no RDD faz-se necessário fazer prova da falta grave cometida durante o cárcere. De acordo com os artigos 50 e 52 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), são consideradas faltas graves: incitar ou participar de movimento que subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da lei, quais sejam a obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; e, a prática de fato previsto como crime doloso.⁶⁰

⁵⁸ LEVORIN, 2016, p. 110.

⁵⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. *Habeas Corpus* n.º 468 MT 2004.01.00.000468-5, 3.ª Turma. Relator: Desembargador Federal Plauto Ribeiro, Julgado em 17/02/2004, Publicado em 12/03/2004. Disponível em: <<http://www.http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 03. Nov. 2017.

⁶⁰ BRASIL, Lei 10.792/03. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

Quanto a prática de fato previsto como crime doloso previsto no artigo 52 da lei, segundo Renato Marcão, “não basta, como se vê, a prática de falta grave consistente em fato previsto como crime doloso. É imprescindível que de tal agir decorra subversão da ordem ou disciplina internas”, neste sentido esclarece:

Subversão é o mesmo que tumulto. Assim, ocasionar subversão é o mesmo que tumultuar. É o “ato ou efeito de transtornar o funcionamento normal ou o considerado bom (de alguma coisa)”.

Ordem lembra organização e, no léxico, significa “regulamento sobre a conduta de membros de uma coletividade, imposto ou aceito democraticamente, que objetiva o bem-estar dos indivíduos e o bom andamento dos trabalhos”.

Disciplina, por sua vez, significa obediência às regras e aos superiores.⁶¹

A prática de falta grave é averiguada através da instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) prévio, conforme determina o artigo 59 da Lei de Execução Penal, sendo tal procedimento imprescindível para a aplicação de sanções disciplinares, dentre elas a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado. Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. Recurso especial não provido.⁶²

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 dezembro 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁶¹ MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

⁶² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1378557/RS, 3.º Seção. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Publicado em 21/03/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 03 nov. 2017.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. FUGA. HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL. CARACTERIZADA A NULIDADE DA HOMOLOGAÇÃO DA FALTA GRAVE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos, entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado; a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso; a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado, além da revogação em até 1/3 do tempo remido.

2. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal - no caso, fuga do estabelecimento prisional -, é imprescindível o reconhecimento da infração pelo juízo competente, mediante homologação de procedimento administrativo disciplinar, no prazo previsto no art. 4º do Decreto n. 7.648/2011, o que ocorreu apenas em data posterior à publicação do decreto presidencial.

3. Agravo regimental não provido.⁶³

Tal entendimento foi inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme enunciado da Súmula 533 que dispõe:

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.⁶⁴

Neste sentido também já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO. REPERCUSSÃO NO ALCANCE DOS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL. INDISPENSABILIDADE. NÃO INSTAURAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE A SANÇÃO JÁ CUMPRIDA NÃO PRODUZA EFEITOS NA APRECIAÇÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL. O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de

⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 313.105/MG, 6.ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Julgado em 18/06/2015, Publicado em 01/07/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 03 nov. 2017.

⁶⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 533**. 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. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> Acesso em: 03 nov. 2017.

prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado.⁶⁵

Dessa forma, infere-se que o processo para inclusão do detento no Regime Disciplinar Diferenciado tem início com a instauração de procedimento administrativo disciplinar para a apuração da falta grave, dando ensejo ao requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento, conforme previsão do artigo 54, § 1.º da LEP. Na sequência, serão emitidos os pareceres do Ministério Público e da Defesa, culminando, por fim, na decisão judicial que determinará a inclusão ou não do detento no regime disciplinar diferenciado, devendo ser prolatada no prazo de 15 (quinze) dias, em consonância com o artigo 54, § 2.º da lei. Segundo Marco Polo Levorin:

O procedimento para a inclusão do preso em regime disciplinar prevê inicialmente o requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento, após a manifestação do Ministério Público e da Defesa, e, por fim, a decisão fundamentada da autoridade judiciária no prazo máximo de 15 dias. Da decisão caberá *habeas corpus*.

É preciso ressaltar que o diretor do estabelecimento pode decretar o isolamento preventivo quando houver prática de falta disciplinar no prazo de até 10 dias, mas a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado dependerá de despacho do juiz competente, sendo o tempo de isolamento ou inclusão preventiva computado no período de cumprimento da sanção disciplinar (art. 60 LEP).⁶⁶

Os procedimentos para a inclusão do preso ao RDD estão previstos de forma genérica na Lei de Execução Penal, sendo certo que os critérios utilizados pelo magistrado para decretar a inclusão e estabelecer o tempo de permanência não se encontram igualmente descritos na lei.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado é poder geral de cautela do magistrado, cabendo a ele a avaliação e sopesamento de sua necessidade e conveniência:

⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 96.326, 2.^a Turma. Relator: Cezar Peluso, Julgado em 08/04/2010, Publicado em 09/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 03 nov. 2017.

⁶⁶ LEVORIN, 2016, p. 111.

PENAL. INCLUSÃO DO PRESO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

1. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) - que se caracteriza como um regime de disciplina carcerária especial -, embora esteja regulamentado na Lei de Execuções Penais, se aplica tanto ao cumprimento de pena privativa de réu condenado como à custódia de preso provisório, podendo, assim, assumir duas funções: punitiva e cautelar.

2. A inclusão no regime disciplinar diferenciado não resultou de falta disciplinar grave praticada em estabelecimento prisional, hipótese em que se exigiria a instauração de procedimento disciplinar, nos termos do art. 59, da Lei de Execuções Penais, e a prévia oitiva do Ministério Público e da defesa, conforme determina o art. 54, § 2o, da mesma lei.

3. A aplicação do RDD derivou do poder geral de cautela, conferido aos magistrados e consagrado no art. 798 do CPC, extensível ao processo penal em decorrência da autorização expressa do art. 3o deste estatuto, o qual admite interpretação extensiva, aplicação analógica e suplementação através dos princípios gerais de direito, e, resultando deste poder geral de cautela, firma-se a competência do Juízo impetrado para a sua decretação.

4. O Regime Disciplinar Diferenciado constitui um remédio emergencial e excepcional, onde o cerceamento à liberdade de locomoção - já restrita em decorrência da custódia preventiva do paciente -, é ainda mais limitado, devendo a sua aplicação pautar-se na demonstração de que o sistema prisional comum é ineficaz ou inoperante em relação ao custodiado, obedecendo-se, desta feita, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. As "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando", como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, nos termos do § 2º do art. 52 da Lei nº 7.210/1984, com a redação da Lei nº 10.792/2003, devem ter relação com atos por ele praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar.

6. Ordem concedida.⁶⁷

PENAL. INCLUSÃO DO PRESO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PODER ESPECIAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO.

1. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) - que se caracteriza como um regime de disciplina carcerária especial -, embora esteja regulamentado na Lei de Execuções Penais, se aplica tanto ao cumprimento de pena privativa de réu condenado como à custódia de preso provisório, podendo, assim, assumir duas modalidades distintas: punitiva e cautelar.

2. O RDD punitivo, por força de sua própria natureza, depende de procedimento disciplinar que assegure o direito de defesa (art. 59), de requerimento circunstanciado da autoridade competente (art. 54, § 1o), de manifestação do Ministério Público e da defesa (art. 54, § 2o), e, por fim, de decisão fundamentada do juiz competente (art. 54, caput). 3. O RDD cautelar, também por força de sua própria natureza, está adstrito ao poder especial de cautela do órgão judicial, com vistas a eliminar uma situação de perigo evidente para a sociedade.

3. Muito embora se trate de medida cautelar tipificada na LEP, não prevê a norma legal qualquer procedimento que possa ser aplicado, diferentemente

⁶⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2.^a Região. *Habeas Corpus* n.º 4956 – 200702010005150/RJ, 2^a Turma Especializada. Relator: Desembargadora Federal Liliane Roriz, Julgado em 15/02/2007, Publicado em 26/02/2007. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia>> Acesso em 03 nov. 2017.

do que fez com o RDD disciplinar, confiando ao órgão julgante a avaliação e sopesamento de sua necessidade e conveniência.

4. A manifestação prévia do Ministério Público e da defesa só se impõem quando se tratar de regime disciplinar diferenciado punitivo, o que explica a posição topográfica do dispositivo legal supracitado no capítulo das sanções disciplinares, bem como a referência do caput a estas sanções disciplinares aplicadas aos custodiados.

5. As "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando", como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, nos termos do § 2º do art. 52 da Lei nº 7.210/1984, com a redação da Lei nº 10.792/2003, devem ter relação com atos por ele praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar.

6. Ordem parcialmente concedida.⁶⁸

Vale dizer que a decisão que autoriza a remoção do preso para inclusão no regime disciplinar diferenciado deve ser sempre motivada conforme artigo 112, § 1.º da lei, neste sentido alerta Adeildo Nunes:

Não é preciso dizer, entretanto, que a decisão do juiz estadual que autoriza a remoção deve ser sempre fundamentada. É absolutamente necessário que fique comprovada a condição de "preso perigoso", seja pelos seus antecedentes criminais ou carcerários, seja porque é membro de facções criminosas, mas outros elementos de convicção devem conter nos autos, sob pena de indeferimento do pedido.⁶⁹

No que se refere ao tempo inicial de duração no RDD, o artigo 52, inciso I, estabelece que será de, *no máximo*, trezentos e sessenta dias, podendo ser prorrogado até o limite de um sexto da pena aplicada, se houver sanção por nova falta grave de mesma espécie.

Assim, ao decretar a inclusão no regime, deve-se analisar as circunstâncias do caso concreto, bem como as características pessoais do detento, adequado a duração inicial no regime conforme as necessidades e conveniência de cada caso, devendo respeitar o princípio da motivação. Neste sentido é a orientação da Ministra do STJ Maria Thereza de Assis Moura em voto emitido no *Habeas Corpus* 89935/BA:

⁶⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. *Habeas Corpus* n.º 4955 – 200702010005112/RJ, 2ª Turma Especializada. Relator: Desembargadora Federal Liliâne Roriz, Julgado em 15/02/2007, Publicado em 26/02/2007. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia>> Acesso em 03 nov. 2017.

⁶⁹ NUNES, Adeildo, *Da Execução Penal*. 3ª Ed. Rev. E Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 104.

Desproporcional, ainda, a imposição do regime disciplinar diferenciado no seu prazo máximo de duração, de um ano, sem uma individualização da sanção adequadamente motivada, sendo que também para a aplicação das sanções disciplinares deve-se levar em conta "a natureza, o motivo, as circunstâncias, e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", de acordo com a determinação legal expressa prevista no artigo 57 da Lei de Execução Penal.⁷⁰

Por fim, caberá ao juiz da execução penal definir o estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena ou para abrigar o preso provisório, conforme artigo 86, § 3.º da LEP, sendo o estabelecimento de segurança máxima devido aos procedimentos especialmente adotados aos presos submetidos ao RDD.

O artigo 87, parágrafo único da LEP, prevê que a União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado.

Os estabelecimentos destinados aos detentos submetidos ao RDD deverão ser equipados com aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública (artigo 3º da Lei 10.792/03), bem como dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1o, da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997 (artigo 3º da Lei 10.792/03). A Lei 10.792/03, nos artigos 7º e 8º, estabelece ainda que a União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar, devendo priorizar, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.⁷¹

⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 89.935/BA, 6.ª Turma. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 06/05/2008, Publicado em 26/05/2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 03 nov. 2017.

⁷¹ BRASIL, Lei 10.792/03. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm> Acesso em: 04 nov. 2017.

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

É frequente a discussão atualmente, no âmbito do direito penal, sobre a evidente precariedade do sistema carcerário brasileiro, que, ao longo das últimas décadas vem se apresentando como uma forma ineficiente de conter a criminalidade dentro e fora das penitenciárias, seja por problemas estruturais ou por falhas na legislação penal.

Esta ineficiência acarretou no aumento da criminalidade e o surgimento de organizações criminosas dentro dos presídios, e, conseqüentemente, gerando insegurança na sociedade.

Diante do exposto, como forma de conter o crescimento da criminalidade e, motivado pela atuação de facções criminosas dentro das penitenciárias e as rebeliões ocorridas principalmente nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, foi criado o Regime Disciplinar Diferenciado.

O Regime Disciplinar Diferenciado busca a neutralização dos líderes das organizações criminosas, bem como dos detentos que representam um alto grau de periculosidade para a ordem e a disciplina do sistema carcerário, através de uma sanção disciplinar que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade de forma mais severa, o qual prevê o isolamento por longo período de tempo, bem como a restrição de direitos, configurando-se em um regime de exceção.

Tal sanção pode ser comparada ao Direito Penal do Inimigo elaborado pelo penalista alemão Ghünter Jakobs, o qual confere tratamento diferenciado aos indivíduos considerado perigosos à sociedade, com grandes restrições e a perda de direitos e garantias fundamentais. Estes indivíduos são considerados por Jakobs como “inimigos” por não possuírem perspectivas de retorno ao meio social e, portanto, deixam de ser considerados como pessoas de direito e passam a receber um tratamento diferenciado daqueles considerados como cidadãos.

Assim, é possível verificar que o Regime Disciplinar Diferenciado é clara expressão do Direito Penal do Inimigo dentro sistema penal brasileiro, podendo se estabelecer um paralelo entre ambos.

4.1 UM PARALELO ENTRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Em análise as características peculiares do Regime Disciplinar Diferenciado e seus fundamentos abordados nos capítulos anteriores, percebe-se uma clara semelhança com as ideais desenvolvidas por Ghünter Jakobs no Direito Penal do Inimigo. Assim também ponderam vários doutrinadores e juristas penais, dentre eles Paulo César Busato que afirma:

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “Direito penal de inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”.⁷²

Buscando-se estabelecer um paralelo entre o Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo, analisa-se suas semelhanças a partir das características essenciais do Direito Penal do Inimigo estabelecidas por Ghünter Jakobs.

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punição, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva, ou seja, seu ponto de referência é o fato futuro; em lugar de, como é habitualmente, retrospectiva, onde seu ponto de referência é o fato cometido. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas, a antecipação da barreira punitiva não é levada em conta para a redução da pena imposta. E, em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou suprimidas.⁷³

Com relação ao primeiro elemento, amplo adiantamento da punição, verifica-se que para Jakobs, o sujeito considerado perigoso para a sociedade e

⁷² BUSATO, 2004, p. 140.

⁷³ JAKOBS, 2003, p. 79.

caracterizado como inimigo, não é mais considerado como pessoa e recebe tratamento diferenciado dos cidadãos. Ao passo que, para os sujeitos considerados inimigos, o direito penal atua de forma prospectiva, pois tem-se, neste caso, a atuação do direito penal não apenas como forma de punição à um fato passado, mas uma medida de segurança que visa garantir que o indivíduo não cometa outros crimes, visto que o inimigo possui grande tendência a cometer atos delitivos de considerável gravidade.⁷⁴

Assim, as medidas punitivas e restritivas adotadas com relação ao inimigo visam assegurar que ele não venha a cometer novos delitos, mantendo-se assim a segurança da sociedade.

Da mesma forma ocorre com o Regime Disciplinar Diferenciado, como já visto anteriormente, será incluído no RDD o detento, condenado ou provisório, que cometer fato previsto como crime doloso, conforme previsto no caput do artigo 52 da Lei de Execução Penal, ou ainda, caso represente um alto risco a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou se existam fundadas suspeitas de participação ou envolvimento do detento em organizações criminosas, de acordo com as hipóteses previstas nos § 1.º e 2.º.

Neste passo, o RDD pode conter duas funções: a função punitiva ou a função cautelar, sendo certo que a inclusão no regime atua de ambas as formas, punir o detento que cometer falta grave e, ainda, evitar que ele cometa novas infrações.

Neste sentido, o Regime Disciplinar Diferenciado atua tanto de maneira retrospectiva como de maneira prospectiva, afim de manter a segurança e a disciplina no meio carcerário. Desta forma, no segundo caso há uma antecipação da punição, não por um fato cometido, mas sim pelo perigo que o indivíduo representa. Conforme Valéria Diez Scarance, “a segunda hipótese prevê a punição com base em “meras suspeitas”, independentemente da exteriorização de uma conduta que configure crime ou falta grave”.⁷⁵

Neste sentido discorre Paulo César Busato ao afirmar:

⁷⁴ JAKOBS, 2003, p. 22.

⁷⁵ SCARANCE, Valéria Diez Fernandes Goulart et al. In ____ Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. Coordenação de Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2ª edição. Quartier Latin. São Paulo. 2009, p. 981

[...] todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde “não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor)”.⁷⁶

Desta forma, em ambos os casos há uma antecipação da punição com o objetivo de neutralizar o indivíduo perigoso, excluindo-o do convívio social e prevenindo o cometimento de infrações futuras como forma de assegurar a paz social.

O segundo elemento que caracteriza o Direito Penal do inimigo, de acordo com Jakobs, é elevação desproporcional das penas.

Para o Direito Penal do Inimigo, o sujeito perigoso não é considerado como pessoa, mas sim como um inimigo da sociedade, desta forma, a reação do ordenamento jurídico nestes casos deve ser no sentido de eliminar o perigo. O Estado, portanto, deve adotar todas as medidas possíveis para combatê-lo, estabelecendo-se aqui uma guerra entre o inimigo e o direito do cidadão.⁷⁷

São admitidas todas as medidas necessárias para combater o inimigo, gerando em consequência a imposição de penas desproporcionalmente elevadas com o fim de garantir a neutralização do indivíduo perigoso.

No Regime Disciplinar Diferenciado, as penalidades impostas aos detentos incluídos no regime são extremamente severas, diferentemente das penalidades impostas aos demais. De acordo com Luís Régis Prado:

O regime disciplinar diferenciado apresenta as seguintes características: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o preso terá direito a saída da cela por 2 horas diárias para banho do sol (art. 5 2 ,1, II, III, IV, LEP).⁷⁸

⁷⁶ BUSATO, 2004, p. 139.

⁷⁷ JAKOBS, 2003, p. 56.

⁷⁸ PRADO, 2007, p. 570.

E, ainda, conforme Guilherme de Souza Nucci:

Observa-se a severidade incontestada do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos.⁷⁹

O preso condicionado ao Regime Disciplinar Diferenciado, normalmente líderes de facções criminosas considerados de alta periculosidade, são também tratados como “inimigos”, igualmente ao Direito Penal do Inimigo, ou seja, uma ameaça à segurança da sociedade, devendo ser combatidos pelo Estado através de punições severas como bem argumentou Nucci.

O terceiro elemento que caracteriza o Direito Penal do Inimigo é a supressão ou relativização de garantias penais e processuais penais.

Para Jakobs, quem não presta uma segurança cognitiva com seu comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, como o Estado não deve tratá-lo como pessoa, pois, ao contrário, vulneraria o direito e a segurança dos demais.⁸⁰ Assim, defende que o indivíduo que não participa do estado de cidadania não merece compartilhar dos benefícios dirigidos aos cidadãos⁸¹.

No Direito Penal do Inimigo, o indivíduo perigoso deixa de ser tratado como pessoa e, em razão disso, perde todas as garantias asseguradas ao cidadão.

Esta é a grande polêmica dirigida atualmente ao Regime Disciplinar Diferenciado, a discussão em torno do tema esbarra na sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Para Bruno Seligman de Menezes:

Este Regime sustenta-se na falácia da defesa social, erigindo o apenado a “inimigo número um” da sociedade, pelo que mereceria tratamento desumano, degradante, instituído oficialmente pela anatematizada lei. Por meio do isolamento, limitação de visitas e diminuição dos horários de banhos de sol, o Estado “vinga” a sociedade de todos os problemas

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 977.

⁸⁰ JAKOBS, 2003, p. 47

⁸¹ Ibid., p. 40.

relacionados à criminalidade, segurança pública, inculando nela – sociedade – um falso sentimento de segurança.⁸²

A Constituição Federal garante a todas as pessoas, indistintamente, uma série de garantias fundamentais, dentre elas a mais importante é a dignidade da pessoa humana. Dessas garantias e princípios constitucionais, derivam também os princípios que regem todo o ordenamento jurídico brasileiro, incluindo o Código Penal e suas leis esparsas.

Contudo, o Regime Disciplinar Diferenciado restringe esses direitos e garantias, conforme previsão do artigo 53, III da Lei de Execução Penal, e, principalmente, fere o princípio basilar da Constituição Federal, qual seja a dignidade da pessoa humana. De acordo com Adeildo Nunes:

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), chamado a se manifestar sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, portanto após a vigência da Lei Federal n. 10.792/2003, por meio de parecer relatado pelo conselheiro Pedro Sérgio dos Santos, em julho de 2005, aprovado pelo seu plenário, entendeu que se trata de um modelo disciplinar que viola a Constituição Federal, Tratados Internacionais, Regras Mínimas das Nações Unidas, concluindo que o RDD tem caráter vingativo do Estado mediante tratamento desumano e cruel à pessoa do detento.⁸³

Desta forma verifica-se que o Regime Disciplinar Diferenciado implantou no sistema penal brasileiro uma medida que visa garantir a segurança e a ordem do sistema carcerário e da sociedade, através da limitação de garantias e direitos fundamentais do detento, esquecendo-se de sua condição humana, igualmente ao que estabelece o Direito Penal do Inimigo. Segundo Paulo César Busato:

O esquecimento da condição humana do autor do delito presente nesta proposição dogmática é o que permite a formulação de um “Direito penal do inimigo” e logo, o que abre as portas às construções legislativas de matizes menos garantistas. Assim, fica evidente que a elaboração legislativa brasileira recente, em geral, e especialmente no caso da regulamentação do Regime Disciplinar Diferenciado, não só se vincula a uma Política Criminal equivocada, de ingresso em um ciclo vicioso de responder à violência com mais violência, como também se encontra respaldada por uma perigosa

⁸² MENEZES, Bruno Seligman de. **Regime disciplinar diferenciado – “o direito penal do inimigo” brasileiro**. Disponível em: www.ibccrim.org.br/site/boletim. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁸³ NUNES, 2013, p. 103.

concepção dogmática defendida por mais de um no Brasil, como aposta para o futuro.⁸⁴

Por todo o exposto, é possível concluir que o Regime Disciplinar Diferenciado apresenta-se como uma verdadeira expressão do Direito Penal do Inimigo dentro do sistema penal brasileiro.

⁸⁴ BUSATO, 2004, p. 143.

5 A LEGITIMIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO PENAL

Conforme abordado no capítulo anterior, o Regime Disciplinar Diferenciado pode ser entendido como uma expressão do Direito Penal do Inimigo, e como tal, suprime ou restringe muitas garantias e direitos assegurados constitucionalmente, bem como pelos princípios que norteiam todo ordenamento jurídico brasileiro, em especial a legislação penal.

Sendo assim, o tema está envolto em grande discussão envolvendo a legitimidade deste regime dentro ordenamento jurídico brasileiro à luz dos princípios constitucionais e do direito penal.

5.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL

Os princípios constitucionais são disposições abstratas que regem todo o ordenamento jurídico e a própria Constituição. Situam-se no topo do sistema jurídico e antecedem qualquer norma, podendo-se dizer que são os elementos mais importantes do sistema normativo, motivo pelo qual devem ser respeitados e garantidos por todos os operadores do direito. De acordo com Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

[...] temos de afirmar que os princípios são, dentre as formulações doentias de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito — advogados, juízes, promotores públicos etc. —, todos têm de, em primeiro lugar levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes.⁸⁵

⁸⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

Para Luís Roberto Barroso, “os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo”. Segundo ele, os princípios operam como fonte de direitos e deveres quando seu núcleo essencial funciona como base para elaboração de normas que incidirão em casos concretos. Já no papel de interpretação, funcionam como orientação de sentido e alcance dos direitos constitucionais.⁸⁶

Temos assim que os princípios estruturam e dão coesão a todo o ordenamento jurídico, influenciando na interpretação das normas que compõem o sistema e garantindo direitos essenciais do ser humano. Conforme menciona Luiz Antônio Rizzatto Nunes, ainda que dispostos de forma genérica e abstrata, sua eficácia é e deve ser plena:

Agora, diga-se que os princípios situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade. É que, como as normas jurídicas incidem no real e como devem respeitar os princípios, acabam por levá-los à concretude. É nesse aspecto que reside a eficácia dos princípios: como toda e qualquer norma jurídica deve a eles respeitar, sua eficácia é — deve ser — plena.⁸⁷

Dentre os diversos princípios assegurados pela Constituição Federal de 1988, o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. Ele é a base estruturante da república brasileira e o elemento legitimador de todo sistema jurídico nacional, bem como serve de arcabouço de guarda dos direitos individuais.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2013. p.273.

⁸⁷ NUNES, 2010, p. 35.

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso) ⁸⁸

Em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana representar um elemento basilar de todo o ordenamento jurídico nacional e, principalmente, o fundamento essencial da República Democrática, sua definição é imprecisa e extremamente ampla, o que torna difícil a construção de um significado definido e a delimitação de sua abrangência e conteúdo. Conforme afirma Bruno Cunha Wayne:

Embora o princípio da dignidade humana tenha assumido um papel fundamental no âmbito do Direito positivo, a maioria dos juristas que sustentam essa fundamentalidade também reconhece a grande dificuldade de revelar o significado ou o conteúdo da dignidade humana, haja vista a sua complexidade semântica.⁸⁹

Neste mesmo sentido entende Carmem Lúcia Antunes da Rocha,

Contudo, não por ser um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo se pode ignorar a ambiguidade e a porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana. Princípio de frequente referência tem sido igualmente de parca ciência pelos que dele se valem, inclusive nos sistemas normativos. Até o papel por ele desempenhado é diversificado e impreciso, sendo elemento de construção permanente mesmo em seu conteúdo.⁹⁰

Verifica-se, portanto, que apesar da dignidade da pessoa humana ser a essência de todo sistema jurídico brasileiro e sua principal finalidade, não possui conceito e abrangência definidos. É de extrema dificuldade a delimitação do seu

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 nov. 2017.

⁸⁹ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

⁹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 2, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001, p. 50.

conteúdo, visto que a dignidade é um elemento interno e abstrato do ser humano e, ao mesmo tempo, uma característica precípua. De acordo com Luiz Antônio Rizzatto Nunes, da experiência histórica vivenciada pelas diferentes nações extrai-se que a dignidade surge com o próprio indivíduo. “Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência”⁹¹.

Assim, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é algo que não necessariamente precisa ser definido, é sim um elemento inerente à pessoa humana e, portanto, manifesto, ou seja, a dignidade não possui um conceito delimitado e preciso, mas é compreendido por todos. Contudo, por fazer parte da essência de cada ser humano, pode representar significados distintos, a depender da análise das características e circunstâncias de cada indivíduo, suas necessidades, cultura, modo de vida, dentre outros elementos particulares. Desta forma Bruno Cunha Wayne, utilizando-se do argumento de Roberto Andorno, conclui:

Assim, embora a dignidade humana seja aceita como fundamento dos direitos humanos, ela é comumente proclamada, sem maiores reflexões – não apenas no domínio jurídico-político, mas em toda a vida social – como um princípio autoevidente, isto é, como “algo que não necessita ser demonstrado, mas apenas afirmado”.⁹²

No entanto, apesar da abrangência conceitual que a dignidade da pessoa humana pode representar, e tendo em vista a finalidade deste trabalho, é necessário estabelecer alguns conceitos, ainda que abstratos, do que enfim pode representar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que ele pretende assegurar e, principalmente, seus efeitos jurídicos. Segundo Ricardo Maurício Freire Soares:

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins

⁹¹ WEYNE, 2003, p. 63.

⁹² Ibid. p.102.

superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados.⁹³

Alexandre de Moraes apresenta o seguinte conceito:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menospreza a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.⁹⁴

Já para Luís Roberto Barroso, “para que possa funcionar como um conceito operacional do ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação”. Dessa forma, Barroso esclarece que o primeiro passo para a definição de um conceito jurídico de dignidade é afastá-la de doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas, assim a característica de um conteúdo mínimo deve ser a laicidade. Em segundo lugar, deve ter neutralidade política, ou seja, o conceito de dignidade deve poder ser compartilhado por todos os ideais políticos, sejam eles liberais, conservadores ou socialistas. E, em terceiro lugar, deve ser um conceito universal, que possa ser compartilhado por toda a família humana. Por fim, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural⁹⁵. Assim, para Barroso:

Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada

⁹³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.149.

⁹⁴ MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128.

⁹⁵ BARROSO, 2013, p. 274.

indivíduo, (3) limitadas por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário.⁹⁶

Para dar sentido a este conceito, Barroso esclarece cada um dos três elementos. Em primeiro lugar, o valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade ligado à natureza do ser, a afirmação da posição da pessoa no mundo que o distingue dos demais, como por exemplo a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação. São elementos que lhe atribuí uma condição singular. Em segundo lugar, a autonomia é “o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas”. Neste sentido, a autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do ser humano, a capacidade de decisão e de desenvolvimento de sua personalidade, o poder de escolha sobre valores morais e existenciais sem a interferência de imposições externas. E, em terceiro e último lugar, está o valor comunitário da dignidade, que constitui “o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*”.⁹⁷

Como visto acima, a dignidade da pessoa humana é inerente ao ser, nasce com ele e faz parte de sua essência. Assim, a dignidade desenvolve-se ao longo da vida, ganhando novos aspectos e conteúdo. Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

[...] nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha — ou, como veremos, tem o direito de ganhar — um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento em que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento — isto é, sua liberdade —, sua imagem, sua intimidade, sua consciência — religiosa, científica, espiritual — etc., tudo compõe sua dignidade.⁹⁸ Ou, como diz Chaves de Camargo, toda “pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero

⁹⁶ BARROSO, loc. cit.

⁹⁷ BARROSO, 2013, p. 274-276.

⁹⁸ NUNES, 2010, p. 63.

existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana”.⁹⁹

Neste contexto, percebe-se, então, que a dignidade da pessoa humana, como uma acepção intrínseca do ser humano, nasce com o indivíduo e se desenvolve ao longo de sua vida, tanto no plano individual quanto no plano coletivo, ampliando sua abrangência e estabelecendo novos conceitos. Como bem esclarece Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

[...] o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.¹⁰⁰

Esta última está intimamente ligada aos direitos sociais e ao mínimo existencial. De acordo com Rizzatto Nunes, embora a Constituição estabeleça um mínimo de garantias essenciais para uma existência digna, previstos no artigo 6º da carta magna, muitas pessoas vivem abaixo deste mínimo.¹⁰¹ Tais garantias, em sua maioria, deveriam ser asseguradas pelo Estado, pois sua prestação foi atribuída pela Constituição à administração pública. De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares:

A dignidade da pessoa humana não somente expressa a autonomia da pessoa humana que caracteriza os direitos individuais, vinculada à ideia de autodeterminação na tomada das decisões fundamentais à existência, como também requer prestações positivas do Estado, especialmente quando fragilizada ou ausente a capacidade de determinação dos indivíduos no cenário coletivo.¹⁰²

Para ele:

⁹⁹ NUNES, loc. cit. abud CAMARGO, A. L. Chaves de. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 27-8.

¹⁰⁰ NUNES, 2013, p. 64.

¹⁰¹ NUNES, loc. cit.

¹⁰² SOARES, 2010, p. 155.

O reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana requer não somente o reconhecimento da necessidade de assegurar os direitos individuais dos cidadãos (vida, liberdade, igualdade formal, propriedade, segurança), também conhecidos como direitos de primeira dimensão, cuja concretização demanda a abstenção dos órgãos estatais, mas ainda implica a necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social), cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado.¹⁰³

Conclui-se, portanto, conforme menciona Luiz Antônio Rizzatto Nunes, que “se, de um lado, a qualidade da dignidade cresce, se amplia, se enriquece, de outro, novos problemas em termos de guarida surgem”.

No que se refere ao Direito Penal, esclarece Alberto Jorge Correia de Barros Lima que o princípio da dignidade humana funciona “tanto como fundamento dos limites do *jus puniendi* quanto como alicerce das possibilidades e necessidades de criminalização e ainda como fundamento constitucional da própria pena”¹⁰⁴. Do mesmo modo, sustenta Affonso Celso Favoretto que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao se irradiar por todo ordenamento jurídico,

exerce especial influência no contexto do Direito Penal, tendo em vista que se trata do ramo do Direito que invade de forma mais severa a liberdade do indivíduo, tendo a possibilidade de lhe aplicar as sanções mais rígidas que o arcabouço jurídico pátrio contempla.¹⁰⁵

Vê-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce grande influência no Direito Penal e no Processo Penal, ao passo que regula não só os limites de aplicação da pena, mas também serve como base a todo sistema normativo penal, visando garantir a dignidade da vítima do delito, bem como a dignidade do próprio condenado como pessoa humana, na busca de sua reinclusão na sociedade. Para Barros Lima:

¹⁰³ SOARES, 2010, p. 152.

¹⁰⁴ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

¹⁰⁵ FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 40.

No Direito Penal, é correto afirmar que o cometimento do crime não retira do agente o valor de **ser humano**, da posição que ele ocupa junto aos seus semelhantes, não faz desaparecer a sua dignidade e, assim, a reação penal deve, necessariamente, partir desse axioma normativo. Por outro lado, se for correta a tese de que a construção do crime passa, em última análise, pela verificação da afetação aos direitos fundamentais, a garantia de observância do princípio estende-se à pessoa da vítima, exatamente em razão das **reduções possíveis** de direitos fundamentais impostas ao condenado. A pena, nessa lógica, não deixa de ser a reafirmação da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

Segundo Eugênio Pacelli, “em matéria penal, há normas específicas que permitem identificar o princípio da dignidade humana, não só em uma dimensão política, mas também de aplicação prática e, por isso, de grande utilidade dogmática”. Pacelli cita como exemplo a proibição da pena de morte ou de caráter cruel, bem como, no que diz respeito aos detentos mulheres, o direito à amamentação. Assim, conclui que a limitação radical de determinadas intervenções estatais, impede que se adote contra os condenados por crime, sanções que ultrapassem a fronteira da existência humana digna.¹⁰⁷ No mesmo sentido, adverte Barros Lima:

O aparato estatal não deve, nem pode, buscar no Direito Penal uma (aparente) solução para os problemas sociais, transferindo ao plano simbólico o que deveria resolver com ações políticas, administrativas e econômicas. Os efeitos da chamada prevenção geral positiva, ou seja, a propagação do avigoreamento da crença no sistema não autoriza, por si, a elaboração presta de leis penais mais severas. Não é possível admitir uma política criminal simbólica que não propicie a efetiva aplicação da lei, resignada com punições restritas a determinados fatos cometidos por conhecidos estratos da população. A Carta Constitucional garante o bem de todos, não sendo permitido maximizar a felicidade de alguns em detrimento da felicidade de muitos. Ademais, a prevenção pretendida com a linguagem sancionadora sempre teve eficácia duvidosa.¹⁰⁸

Deste modo, é possível extrair que o princípio da dignidade humana no Direito Penal serve como um limite do poder punitivo estatal, buscando garantir que todos os indivíduos, mesmo aqueles que tenham, de algum modo, violado o ordenamento

¹⁰⁶ LIMA, 2012, p. 34.

¹⁰⁷ PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**. 3ª Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 104.

¹⁰⁸ LIMA, op. cit., p. 35.

jurídico, recebam tratamento digno, assegurada a condição de ser humano, detentor de direitos e garantias fundamentais. Segundo Marco Polo Levorin,

Esse princípio pode ser observado como a vedação a um tratamento cruel, desumano ou degradante, impondo uma limitação do poder estatal (através do uso racional e humanitário das intervenções), de modo a respeitar os direitos humanos e promovendo o mínimo de sofrimento possível ao cidadão (considerado como sujeito de direitos). Desse modo, a dignidade da pessoa humana não se coaduna com excessivas intervenções ou desrespeito à integridade dos cidadãos, seja através da privação da liberdade às margens do parâmetro constitucional, convencional ou legal, seja com sanções disciplinares desproporcionais, cruéis, desumanas, degradantes.¹⁰⁹

Conclui-se que o poder de atuação repressiva do Estado fica condicionado às normas intrinsecamente estabelecidas pelo princípio da dignidade humana, o qual funciona, inclusive, como critério de legitimidade da atuação estatal.

Contudo, diante dos preceitos fundamentais que o princípio da dignidade humana busca garantir a todos os cidadãos brasileiros, indaga-se se tais garantias são realmente asseguradas a todos os indivíduos indistintamente, em especial àqueles que se encontram encarcerados. Questiona-se se a punição que vem sendo aplicada aos indivíduos que violaram de forma grave o ordenamento jurídico e estão cumprindo pena através do regime disciplinar diferenciado, observa os limites garantidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

5.1.1 A Inconstitucionalidade do RDD à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Desde sua criação discute-se a legalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista os princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal, em especial o princípio da dignidade humana. De acordo com Christiane Russomano Freire, uma das iniciativas mais importantes em desfavor da implantação do regime, foi o manifesto elaborado pelo Conselho Nacional de Política

¹⁰⁹ LEVORIN, 2016, p. 45.

Criminal Penitenciária, em abril de 2003, no qual o Conselho se manifestou contrário à aprovação do projeto de lei que implementava o RDD¹¹⁰. Sustenta o manifesto que o RDD

[...] subverte os princípios que informam as diretrizes de política penal e penitenciária nacional, consagradas pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e materializados nos dispositivos da Lei de Execução Penal¹¹¹.

Segundo Luiz Regis Prado et al., o Regime Disciplinar Diferenciado é matéria controvertida que enseja inúmeros debates na doutrina nacional. Segundo ele,

Desde a origem, tem essa forma diferenciada de implantação de um preso, dentro de uma unidade penal, críticos e adeptos. Ocorre que esse instituto surgido em meio ao emaranhado penitenciário de medidas e soluções caóticas, ante a realidade do sistema carcerário, hodiernamente vem sendo aplicado nos presídios brasileiros, enquanto a reflexão acerca de sua eficácia no plano fático, que deveria coadunar com o ordenamento jurídico-penal, proveniente de um Estado democrático de Direito, ainda se mostra diminuta.¹¹²

Da mesma forma, Maurício Kuehne afirma:

Temerosa tem sido a questão do RDD – Regime Disciplinar Diferenciado, ensejando posicionamentos díspares. De um lado, os reclamos no sentido de se poder “neutralizar” aqueles conturbadores da ordem ou disciplina internas nos estabelecimentos penais. Ninguém contesta a necessidade de que o poder disciplinar deve ser exercido com energia, mas respeitando a condição de ser humano privado de liberdade. O regramento contido na Lei de Execução Penal, assim como as disposições supletivas por parte das unidades federadas é entendido por muitos como sendo suficientes para resguardar a tranquilidade que deve imperar nos estabelecimentos. A realidade, entretanto, tem se mostrado diversa. Debe-se, todavia, a intranquilidade hoje reinante à inércia do Estado como um todo, que ao longo dos anos vieram a permitir que o “caos” se instalasse.¹¹³

¹¹⁰ FREIRE, 2005, p. 130.

¹¹¹ FREIRE, 2005, p. 131.

¹¹² PRADO, Luiz Regis. et al. **Direito de execução penal**. 2ª ed. atual., ampl., e reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 83 e 84.

¹¹³ KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada**. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 154.

A legitimidade da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado divide opiniões gerando grandes discussões desde sua implantação. Alguns adeptos entendem que sua imposição é uma medida necessária para assegurar o bem geral em detrimento do bem-estar individual daquele que cometeu o crime, sendo legitimado pelo princípio da proporcionalidade. Neste sentido, é o discurso sustentado por Ricardo Alves Bento e Patricia Stucchi Bento:

Pensamos que a política criminal brasileira, diante desta forma de criminalidade, deve agir com pulso firme, pois o risco quem sofre é a coletividade, diante de um pequeno grupo de pessoas, empenhadas na prática do ilícito penal. Registre-se que não se trata do Direito Penal do Inimigo, tão propalado por alguns. Trata-se única e exclusivamente de uma necessária adequação da resposta legislativo-criminal em face do evento que não gera a tranqüilidade social. A discutível violação da dignidade da pessoa humana pelo isolamento do suspeito ou condenado resta como proporcional diante dos fatos que assombraram a sociedade paulista, como uma rebelião em série nos presídios em 2001 ou ataques às instituições estatais, tais como Polícia, Ministério Público e Magistratura. [...] A preservação da paz social entra em choque com os valores individuais e com a própria essência da criação do Estado Democrático de Direito, que não pode ver suas instituições sendo atacadas em prol dos interesses do crime organizado. Assim, alguns justificam que a política criminal pode ousar no objetivo de preservação da dignidade humana coletiva em detrimento daqueles que subjugam a soberania estatal. Outros mais fervorosos até imaginam a lei de segurança nacional para tais casos.¹¹⁴

De igual modo, Débora Deyse Tavares da Costa defende que o Regime Disciplinar Diferenciado

surge como uma medida alternativa que pode e deve ser utilizada, objetivando conter a livre atuação das facções criminosas dentro do sistema carcerário, buscando, em última *ratio*, assegurar aos presos não perigosos o seu direito de dignamente cumprir sua pena e retornar à sociedade. O fundamento para a aplicação do RDD nas circunstâncias acima expostas não se encontra meramente na lei. Antes e principalmente, tem sua razão de ser na atenta observância dos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais. Não podemos dar idêntico tratamento a indivíduos que estão, nitidamente, em situações de desigualdade (presos não perigosos diferem dos presos perigosos). Além disso, não apenas os presos perigosos devem ter assegurada a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; também, e com maior razão de ser, os presos não perigosos que buscam pagar o preço de seu erro e retornar ao convívio social. Vale ressaltar que essa

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge; DA SILVA, Marco Antônio Marques (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 779

última categoria de presos (não perigosos) constitui a grande maioria da população carcerária. Em sendo assim, os presos perigosos devem ter restringidos alguns de seus direitos fundamentais, que, é importante destacar, não são absolutos, mas, ao contrário, podem ser relativizados, no intuito de neutralizar as ações das organizações criminosas, garantindo os direitos dos demais detentos, bem como o funcionamento estatal e a existência do Estado Democrático de Direito.¹¹⁵

Em que pese as justificativas acima expostas, como bem ponderou Kuehne, ninguém contesta a necessidade de que o poder disciplinar deve ser exercido com energia, contudo, deve respeitar a condição de ser humano privado de liberdade. Assim, muitos doutrinadores e operadores do direito sustentam que o Regime Disciplinar Diferenciado ofende frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Levorin, “o RDD viola a dignidade da pessoa humana, porque a previsão de 720 dias de isolamento, com saída da cela por 2 horas diárias, em razão de prática de falta disciplinar constitui, a nosso ver, um excesso de *castigo*”¹¹⁶. Ainda, conforme Levorin, “o Regime Disciplinar Diferenciado é cruel, desumano e degradante porque pode levar o preso confinado em isolamento à perda total da sanidade, à surtos psicóticos, enfim, à loucura”.¹¹⁷

Do mesmo modo, argumenta Freire ao afirmar que o isolamento proporciona ao detento um encontro cara a cara com a violência que o Estado exerce sobre ele, e assim conclui:

Logo, o isolamento celular (denominado pela nova norma executiva *regime disciplinar diferenciado*) modula uma forma original de regime carcerário, manifestamente influenciada pelos pendoros eliminatórios, que atinge não apenas o corpo do sujeito, mas, sobretudo, a sua subjetividade, tendo em vista as seqüelas psíquicas daí decorrentes.¹¹⁸

Sustenta Junior Barbosa Casemiro da Silva que para os defensores da inconstitucionalidade do RDD, há ofensa ao princípio da dignidade humana previsto

¹¹⁵ COSTA, Débora Dayse Tavares da. O regime disciplinar diferenciado: ante os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais: garantia do direito do preso não perigoso ao cumprimento da pena e à ressocialização. Revista da Esmape, Pernambuco, v. 11, n. 23, jan./jun. 2006, p. 448 e 449.

¹¹⁶ LEVORIN, 2016, p. 46.

¹¹⁷ LEVORIN, loc. cit.

¹¹⁸ FREIRE, 2005, p. 137.

pela Constituição Federal, “pois o isolamento do presidiário sujeito ao regime e a disciplina rígida a que são submetidos seria sobremaneira prejudicial aos mesmos, pois lhes seriam ofendidas a moral e a integridade física”.¹¹⁹ Desta forma, afirma:

O Regime disciplinar diferenciado, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, todavia o isolamento de um indivíduo sujeito ao regime e a disciplina rígida sem ao menos ser condenado ofende a moral e sua integridade física previsto no artigo 5º, XLIX da Carta Magna.¹²⁰

Assim também afirma Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire:

O isolamento celular de até 360 dias, sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena – com ênfase na inabilitação e exclusão – que não apenas redefine o significado de controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais.¹²¹

Sustenta Vivian Calderoni, que o RDD “constitui prática de tortura e maus tratos, além de uma penal cruel e degradante, ferindo diretamente a integridade física e psíquica da pessoa e aniquilando sua dignidade humana”.¹²² Segundo ela o instituto do RDD “atinge de forma brutal e avassaladora a dignidade da pessoa humana, colocada na Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III, CF). Trata-se, portanto, de um princípio irrefutável”.¹²³

Importante destacar que, ainda que favorável à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, Débora Deyse Tavares da Costa confirma que

Não se pode, portanto, violar um princípio, pois isso configuraria, em última *ratio*, numa violação a todo o sistema normativo, equivalendo a uma

¹¹⁹ SUZUKI, 2014, p.153.

¹²⁰ SUSUKI, 2014. p. 154.

¹²¹ CARVALHO, Salo de (Coord.) **Crítica à execução penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 277.

¹²² MIGUEL, Vinicius Valentin Raduan; KHALED JUNIOR, Salah H (Org.). **Direitos fundamentais na era dos extremos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 212 e 213.

¹²³ Ibid., p. 225.

situação de maior gravidade do que a violação a uma lei. Na verdade, é a forma mais gravosa de ilegalidade ou de inconstitucionalidade (caso o princípio violado seja constitucional)¹²⁴. [...]. Em matéria de execução penal, podemos dizer que tanto os presos não perigosos, quanto os presos perigosos merecem a tutela estatal em razão da dignidade da pessoa humana, que, vale ressaltar, subsiste mesmo atrás das grades, já que o indivíduo não se descaracteriza como um ser humano em virtude do cumprimento de uma pena. Nesse sentido, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana compreende um direito humano fundamental.¹²⁵

Vê-se, portanto, que, ainda que defenda a implantação do RDD como medida legítima para assegurar o bem-estar coletivo, Costa sustenta a inviolabilidade dos princípios constitucionais, bem como que padece de inconstitucionalidade a norma jurídica que assim o fizer. Neste contexto, torna-se um tanto quanto contraditório sua defesa em prol da legitimidade da medida disciplinar.

Com relação à implantação do regime e sua ofensa aos princípios constitucionais, Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire sustentam que

Não parece precipitado afirmar que a normatização do RDD nas prisões brasileiras, como aposta na aniquilação dos condenados da sua condição de seres humanos, equivale à opção por um modelo ultrapassado e bárbaro de punição. O sistema penitenciário nacional depara-se, pois, tragicamente, com uma opção política de eliminação dos seus excluídos que cometeram desvios. Coerente com a tendência contemporânea de conferir sentido inabilitador à pena de prisão, o RDD surge como técnica penitenciária eficaz que visa ao mesmo tempo conter e eliminar os sujeitos *indesejáveis*. Para além da privação da liberdade, se agrega um castigo que remonta aos suplícios medievais.¹²⁶

Cabe mencionar, ainda, o que corrobora Maria Theresa Rocha de Assis Moura com relação à inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Segundo ela:

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 República. Mas, não pára por aí a inconstitucionalidade. A Lei Maior assegura, como um dos princípios de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º),

¹²⁴ COSTA, 2006, p. 438.

¹²⁵ Ibid., p. 441.

¹²⁶ CARVALHO, 2007. p. 280.

estando disposto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor no Brasil, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. O mesmo direito está assegurado no art. 5^a, III, da Constituição da República, que também garante, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5^o, XLIX).¹²⁷

Diante de todo o exposto, verifica-se que o princípio da dignidade humana é uma garantia fundamental, assegurada pela Constituição Federal em seu art. 1^o, inciso III; e, portanto, não pode ser afastada sob qualquer argumento, é indisponível e deve ser garantida a todos os cidadãos indistintamente.

A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar da Carta Magna e rege todo o ordenamento jurídico pátrio, bem como é o fundamento essencial do próprio Estado Democrático de Direito. Permitir que este princípio possa ser relativizado desestrutura todo nosso sistema jurídico, pois, como sustenta Luiz Vicente Cernicchiaro, “o direito deve disciplinar - valorativamente - a vida em sociedade. Sem princípios, far-se-á simples operação de jogo de xadrez, ou seja, o raciocínio meramente formal, vazio, indiferente ao aspecto mais importante: a teleologia da norma jurídica”¹²⁸. É por este motivo que muitos doutrinadores e operadores do direito sustentam a ilegitimidade e inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

De acordo com Maurício Kuehne, a questão do isolamento celular já foi discutida na ONU, em sua 68^a Assembleia Geral, ocasião em que se estabeleceu os princípios básicos que sustentam as regras para o tratamento dos reclusos. Tais regras foram adotadas pela ONU e aceitas pelo Brasil. Neste sentido o princípio nº 7 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, prevê expressamente: “Devem empreender-se esforços tendente à abolição ou restrição do regime de isolamento, como medida disciplinar ou de castigo”. Desta forma, tendo em vista as experiências internacionais já realizadas, “várias decisões de cortes estadunidenses vêm obrigando as autoridades administrativas a rever condições exacerbadas de confinamento, por se mostrarem inconstitucionais, ante sua crueldade”.¹²⁹

¹²⁷ Ibid., p. 287.

¹²⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **RDD – Regime disciplinar diferenciado**. Doutrina Superior Tribunal de Justiça: Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília: Jurídica, STJ, 2005. p. 451.

¹²⁹ KUEHNE, 2011, p. 156.

Diante do exposto, certo é que o Regime Disciplinar Diferenciado mostra-se inconstitucional e ilegítimo, pois afronta diretamente as garantias constitucionalmente garantidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, base fundamental do Estado Democrático de Direito.

5.2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.

Além de infringir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o Regime Disciplinar Diferenciado ofende, ainda, outros princípios constitucionalmente previstos e promulgados pelo Sistema Jurídico Penal, em especial o Princípio da Humanidade das Penas e o Princípio da Individualização das Penas como veremos a seguir.

5.2.1 O Princípio da Humanidade das Penas.

O princípio da humanidade das penas está igualmente previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVII, e também visa a proteção da pessoa humana ante a vedação da aplicação de determinadas penas. Prevê o citado artigo:

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;¹³⁰

¹³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 17 mar. 2018.

Este princípio encontra-se intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com Luiz Regis Prado et al.,

O princípio da humanidade consiste em tratar o condenado como pessoa humana e foi consagrado, expressamente, na Constituição da República, em vários preceitos, merecendo destaque o artigo 5º, XLIX, que dispõe que *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*. O inciso L do mesmo artigo realça a condição peculiar da condenada, estabelecendo que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação”. [...]. Pela leitura que se faz dos preceitos aqui evidenciados, o princípio da humanidade deve orientar toda ação estatal voltada ao condenado, não só na leitura da lei e no âmbito do cumprimento efetivo da pena, como também na aplicação da sanção administrativa e no resgate do condenado como pessoa humana.¹³¹

Verifica-se que este princípio em especial, está diretamente voltado à organização e estruturação do sistema penitenciário no que tange ao respeito ao ser humano, pois, conforme afirma Cristiano Rodrigues, “o Direito Penal deve respeitar, sempre e acima de tudo, os direitos humanos fundamentais, garantindo e preservando a dignidade da pessoa humana”.¹³²

De acordo com Rodrigues, o princípio da humanidade rege todo o Direito Penal, desde a criação das leis até a execução das penas, possuindo como fonte principal de referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este princípio é aplicado em todo o âmbito do direito penal, contudo, é na Teoria das Penas que aparece de forma mais evidente, tendo como principal função “proibir qualquer tipo de pena que atente contra a dignidade da pessoa humana e que viole os Direitos Humanos Fundamentais”.¹³³

Em que pese sua profunda relação com a Teoria da Pena, conforme menciona Affonso Celso Favoretto, “o caráter humanitário nem sempre foi diretamente relacionado à imposição da pena, já que em legislações remotas representava apenas e tão somente um instrumento de castigo em face do mal praticado pelo indivíduo”¹³⁴.

¹³¹ PRADO, 2011. p. 21 e 22.

¹³² RODRIGUES, Cristiano. **Direito penal: parte geral I** – Princípios até teoria do delito. (Coleção Saberes do Direito; 4). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

¹³³ Ibid., p. 23.

¹³⁴ FAVORETTO, 2012, p.129.

Favoretto destaca, ainda, que não havia qualquer preocupação com o caráter pessoal da pena, pois em muitas ocasiões a pena ultrapassava a pessoa que havia praticado o crime. Neste sentido, percebe-se a evolução do direito em paralelo à evolução da própria sociedade, pois o que antes era utilizado como regra, hoje mostra-se incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹³⁵

Luiz Regis Prado destaca a menção aos fins preventivos da sanção penal no princípio da humanidade citando René Ariel Dotti, em especial “o fim de prevenção social que alguns sistemas elevam à dignidade constitucional ao proclamarem que a pena deve ter o senso de humanidade e tender à reeducação do condenado”.¹³⁶

Ainda que o princípio da humanidade das penas almeje a aplicação de penas humanizadas, garantindo assim a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, através de disposições constitucionais, conforme bem elucida Favoretto,

Muitas dessas disposições carecem de efetividade, não passando de letra fria e esquecida na lei. Percebe-se que a intenção do constituinte e do legislador ordinário foi estabelecer um sistema carcerário humanizado, ideal que até os dias de hoje não conseguiu ser atingido nos presídios brasileiros.¹³⁷

No que diz respeito a este ideal esquecido, merece especial destaque o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que esta medida disciplinar possui no núcleo de sua criação a violação dos princípios humanitários. De acordo com Maurício Kuehne,

E a Lei Maior, mostra-se violada pelo Substituto em questão em diversos aspectos, a começar no tocante ao art. 5º, inc. XLVII, alínea “e”, que veda a aplicação de pena de natureza cruel. O cumprimento de pena em que apenas é exercido o castigo, sem que o isolamento social contribua, de alguma forma, para que o sentenciado retorne à sociedade de forma produtiva e harmônica, é o exercício puro e simples da vingança social, o qual não mais é admitido pelo ordenamento jurídico, revelando a crueldade da aplicação da pena. No mesmo sentido, as Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil, aprovadas pela Resolução do CNPCP 14,

¹³⁵ FAVORETTO, loc. cit.

¹³⁶ PRADO, 2011, apud DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998. p. 23.

¹³⁷ FAVORETTO, 2012, p. 128.

de 11.11.1994, proibem toda punição de natureza cruel, desumana ou degradante.¹³⁸

Levorin afirma que o Regime Disciplinar Diferenciado está inserido em medidas desumanas e indignas combatidas pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, “posto que a tortura ‘branca’ se caracteriza pelos sofrimentos atrozes proporcionados pelo isolamento carcerário, o qual pode provocar perturbações e doenças para a saúde mental dos sentenciados”¹³⁹. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que o RDD, ao prever o isolamento celular de 360 dias, prorrogáveis por igual período,

comina punição cruel e desumana e, portanto, inaplicável no Brasil. Na realidade, esse tipo de regime, que constitui verdadeira sanção criminal, promove a destruição moral, física e psicológica do preso, que, submetido a isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis.¹⁴⁰

Neste contexto, certo é que o Regime Disciplinar Diferenciado constitui tratamento desumano, degradante e cruel. Neste sentido, menciona Levorin que

esse castigo previsto no aludido regime é excessivo, posto que as consequências do isolamento são dramáticas, trazendo danos intensos à saúde física e mental do sentenciado (como perda total da sanidade, surtos psicóticos, tendências suicidas, etc.), podendo ser considerado como desumano e degradante.¹⁴¹

Para além disso, como bem afirma Vivian Calderoni, “as consequências físicas, psicológicas e sociais marcam a vida dos que passam pelo Regime de RDD para sempre”¹⁴². É neste sentido que a ONU, através de um relatório dedicado ao confinamento solitário apresentado pelo Relator Especial para Tortura Juan Mendez, recomendou aos Estados que proibissem o confinamento solitário como forma de

¹³⁸ KUEHNE, 2011, p. 156.

¹³⁹ LEVORIN, 2016, p. 26.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. V1-Parte Geral. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.74.

¹⁴¹ LEVORIN, 2016, p. 50.

¹⁴² MIGUEL; KHALED JR, 2016, p. 212.

punição, visto que este tipo de sanção atenta contra a dignidade da pessoa humana, bem como dispõe tratamento desumano ao condenado que encontra-se privado de sua liberdade. Afirma Calderoni que “o RDD brasileiro foi condenado expressamente nesse relatório temático por ser forma de confinamento solitário torturante”¹⁴³. Assim, segundo ela,

O confinamento solitário é hoje tratado como forma de tortura e tratamento cruel por diversos e importantes marcos normativos internacionais. A legislação brasileira é, inclusive, citada como mau exemplo de norma estabelecadora de regimes de confinamento solitário, merecendo, pois, que seja declarada inconstitucional.¹⁴⁴

Assim também destaca Bitencourt ao afirmar que o Regime Disciplinar Diferenciado

constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de *violação do princípio da humanidade da pena*, não passando de forma cruel e degradante de cumprimento de pena; representa verdade, *autêntica vingança social*, e tem o castigo como único objetivo desprezando por completo a recuperação social, primado declarado da pena privativa de liberdade. Espera-se que os tribunais superiores, na primeira oportunidade que tiverem, reconheçam a inconstitucionalidade desse diploma legal. Concluindo, neste sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social, o que violaria flagrantemente o princípio da dignidade humana, postulado fundamental da Carta da República.¹⁴⁵

Deste modo, verifica-se que o Regime Disciplinar Diferenciado além de ofender o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, afronta também o princípio constitucional penal da humanidade das penas previsto no artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, evidenciado mais uma vez sua ilegitimidade e inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁴³ Ibid., p. 215.

¹⁴⁴ Ibid., p. 220.

¹⁴⁵ BITENCOURT, 2017, p. 74.

5.2.2 O Princípio da Individualização das Penas

Merece destaque outro princípio constitucional penal, o princípio da individualização da pena, previsto expressamente no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o qual dispõe:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;¹⁴⁶

De acordo com Affonso Celso Favoretto, o princípio da individualização da pena “trata-se de importante preceito constitucional, tendo em vista que consagra, em primeiro lugar a própria isonomia, em razão de atribuir tratamento diverso a indivíduos que se encontrem em situações distintas”¹⁴⁷. Conforme Guilherme de Souza Nucci:

*A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante.*¹⁴⁸

Assim, o princípio da individualização da pena serve como balizador do sistema penal, pois, orienta a aplicação e a execução da pena em detrimento do indivíduo que cometeu o crime. A pena deve ser aplicada em decorrência das características do acusado, bem como do crime cometido, de forma individualizada.

¹⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 mar. 2018.

¹⁴⁷ FAVORETTO, 2012, p. 113.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [s.p]

Ou seja, o condenado deverá receber a pena que lhe compete de acordo com as circunstâncias do caso concreto, devendo os operadores do direito analisar cada situação e impor a sanção que mais se adequar, bem como executar exclusivamente a pena imposta. Segundo Luiz Regis Prado,

O princípio da individualização da pena consiste numa diretriz constitucional orientadora de imposição, aplicação e execução da pena (art. 5º, XLVI), no sentido de que o condenado não só receba a pena adequada à reprovação e prevenção do crime, dentre os critérios previamente estabelecidos em lei, mas que também, no decorrer da execução, receba o condenado a devida atenção do Estado, não só no que tange às suas características pessoais, mas que, de igual forma, a expiação seja atenuada, à medida que se constate uma prognose positiva de reeducação penal.¹⁴⁹

Neste sentido, a individualização ocorre em três etapas: a primeira etapa consiste na individualização legislativa, na segunda etapa procede-se a individualização judiciária e, por final, na terceira etapa ocorre a individualização executória.

De acordo com Prado, “na primeira, na feitura da lei, o legislador fixa, em cada tipo penal, uma ou mais reprimendas de acordo com a importância do bem jurídico protegido e a gravidade da conduta”¹⁵⁰. Complementa Affonso Celso Favoretto que esta fase “ocorre no momento em que o legislador atribui *status* de crime a uma determinada conduta, estabelecendo um patamar mínimo e máximo de pena a ser atribuída ao delinquente”¹⁵¹. Assim, afirma que

O princípio da individualização da pena deve ter seu conteúdo observado já no momento de elaboração da lei penal, de modo a atribuir patamar abstrato de pena adequado, para que, em um momento posterior, o magistrado possa avaliar cada caso concreto e, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, tornar concreta a sanção penal. Neste momento, a atuação do legislador deve pautar-se em outros princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade, evitando estabelecer sanção penal exagerada, bem como insuficiente em face da conduta típica.¹⁵²

¹⁴⁹ PRADO, 2011, p. 27.

¹⁵⁰ PRADO, 2011, p. 27.

¹⁵¹ FAVORETTO, 2012, p. 114.

¹⁵² *Ibid.*, p. 115.

Já na segunda fase, Prado esclarece que “o juiz fixa, dentre os critérios orientadores, qual a pena adequada ao caso concreto, estabelecendo, inclusive, de que forma processará a sua execução”. Assim, nesta fase, o juiz atua com discricionariedade, pois deverá ajustar a sanção levando-se em consideração a pessoa do condenado¹⁵³. Da mesma forma Affonso Celso Favoretto menciona que “neste segundo momento de individualização da pena, o magistrado deverá aplicar a norma abstrata ao caso concreto, sendo certo que cada circunstância fática deverá ser avaliada para que se possa atingir o *quantum* ideal em face do delito perpetrado”. Observa-se também, que nesta fase, a dosimetria da pena deverá seguir o modelo trifásico adotado pelo Código Penal (art. 68)¹⁵⁴, devendo o magistrado observar o princípio da individualização da pena em cada fase do processo.

A terceira e última fase refere-se à execução da pena, conforme Favoretto “refere-se à possibilidade que tem o juiz da Vara de Execuções Criminais de analisar, em cada caso, a situação de um determinado sentenciado, podendo, desta forma, dispor de maneira mais justa acerca de possíveis pedidos de benefícios prisionais”¹⁵⁵. Segundo ele,

A última etapa da individualização da pena deve ser observada no momento do cumprimento da sanção penal. Como sabemos, o ordenamento jurídico-penal é rico em prever benefícios prisionais (progressão de regime, livramento condicional, remição, etc.) e, diante do dinamismo do cumprimento da pena, o magistrado deverá observar se o condenado preenche os requisitos necessários para fazer *jus* à concessão das referidas benesses.¹⁵⁶

Assim, os operadores do direito devem observar o princípio da individualização da pena em todas as fases do processo penal, desde a criação da norma até a execução da pena, garantindo que ao condenado será imposta a pena mais adequada ao seu caso, de acordo com suas características pessoais e circunstâncias do delito cometido, garantindo assim que o indivíduo não receba uma

¹⁵³ PRADO, op. cit.

¹⁵⁴ FAVORETTO, op. cit., p. 116.

¹⁵⁵ FAVORETTO, 2012, p. 114.

¹⁵⁶ Ibid., p. 123.

pena além ou aquém da justa medida de punição. Desta forma, Bitencourt destaca que,

o texto constitucional permite ao legislador ordinário regular, em cada fase (legal, judicial e executória), a individualização da pena; não o autoriza, contudo, suprimi-la em qualquer de suas etapas, sob pena de violar o núcleo essencial da individualização penal, reconhecida, finalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, como direito e garantia fundamentais (art. 5o, XLVI, da CF).¹⁵⁷

Para Rodrigo Duque Estrada Roig, o princípio da individualização da pena impõe duas obrigações ao juízo aplicador:

A primeira delas consiste no dever de que a aplicação da pena se dê sem o apelo a considerações quanto à espécie abstrata do delito, fato este que retiraria da agência judicial o poder discursivo e argumentativo de, individualizadamente, conter a ação irracional do poder punitivo. A segunda das obrigações exige que a apreciação do caso concreto pelo juízo seja totalmente desprovida de considerações de ordem preventiva, uma vez que a medida da reprimenda deve se dar em função da atuação concreta do agente, não em função da necessidade de promover exemplo aos demais.¹⁵⁸

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da individualização da pena possui grande influência no Direito Penal e Processual Penal. Conforme Maria Thereza Rocha de Assis Moura,

a individualização da pena constitui corolário da aplicação da garantia do devido processo legal, consubstanciando no direito à limitação do *ius puniendi* do Estado que, não obstante sua conotação nitidamente de direito material, tem indiscutíveis e inafastáveis reflexos na persecução penal.¹⁵⁹

Tendo em vista toda argumentação acima exposta, trago a análise do princípio da individualização da pena na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

¹⁵⁷ BITENCOURT, 2017, p. 640.

¹⁵⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 110.

¹⁵⁹ CARVALHO, 2007, p. 289.

Como bem afirma Cernicchiaro, “o réu tem direito à pena individualizada, bem como à execução conforme o regime vigente à data da prática da infração penal condenatória”¹⁶⁰. Contudo, no que diz respeito ao RDD veremos que este princípio resta relativizado.

De acordo com Marco Polo Levorin, “a disciplina e a maneira de segregação dos condenados do Regime Disciplinar Diferenciado opõem-se ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF/88)”¹⁶¹. Conforme menciona Levorin,

segundo o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, feriu-se o direito à individualização da pena (previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal), pois a mesma pseudopunição é aplicada a pessoas distintas e para fatos diferentes, embora, neste caso, reste a hipótese de o juiz, casuisticamente, temperar a duração do castigo.¹⁶²

Do mesmo modo aponta Maria Thereza de Assis Moura que

A garantia da individualização da pena também se acha nitidamente violada pela Lei, ao estabelecer o regime disciplinar diferenciado com as características acima apontadas, tornando letra morta o programa individualizador da pena, na medida em que sujeita o preso a isolamento celular diuturno de 360 dias, prorrogável até 1/6 da pena aplicada.¹⁶³

Nesta linha, Levorin complementa que a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, tanto a presos condenados quanto aos presos provisórios, afeta a individualização da pena, pois diferentemente do primeiro caso, contra o preso provisório nem sequer existe uma condenação transitada em julgado, contudo, ambos recebem a mesma punição. “Ademais, é possível aplicar o aludido regime para crimes absolutamente diferente, com gravidades absolutamente distintas, pois basta a prática de qualquer crime doloso que subverta a ordem ou disciplina interna”¹⁶⁴.

Diante do exposto, resta claro que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma medida disciplinar inconstitucional, pois, além de violar o princípio da dignidade

¹⁶⁰ CERNICCHIARO, 2005, p. 455.

¹⁶¹ LEVORIN, 2016, p. 57.

¹⁶² LEVORIN, loc. cit.

¹⁶³ CARVALHO, 2007, p. 289.

¹⁶⁴ LEVORIN, 2016, p. 58.

humana, fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito que por si só já é argumento suficiente para a declaração de sua ilegitimidade, ofende também os princípios constitucionais penais da humanidade da pena e da individualização da pena, que garantem a aplicação na medida justa e equilibrada da pena a cada condenado.

Importante destacar que a relativização dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, gera um precedente muito perigoso que poderá ser utilizado para se justificar, inclusive, a negação de diversos outros direitos assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio, em especial pela Carta Magna, os quais foram conquistados ao custo de grandes batalhas ao longo de toda a história do direito brasileiro, podendo levar ao desmoronamento do próprio Estado Democrático de Direito.

5.3 A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO PELOS TRIBUNAIS: JURISPRUDÊNCIAS.

Em que pese o Regime Disciplinar Diferenciado gerar grandes discussões doutrinárias sobre sua constitucionalidade, desde a sua criação e, posteriormente, com a entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003, esta medida disciplinar continua vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste passo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4162 questionando a constitucionalidade da Lei nº 10.792/2003. Conforme menciona Vivian Calderoni,

O argumento central dos autores da Adin é que a Lei nº 10.792/2003 afronta o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Isto porque a inclusão do preso no RDD depende apenas de uma solicitação da administração penitenciária e de um despacho do juiz – não há processo, nem mero procedimento. Além disso, afrontaria a dignidade da pessoa humana e a vedação da tortura, de penas cruéis e de tratamento degradante, já que o preso fica isolado e incomunicável, com severa restrição ao recebimento de visitas. Afrontaria, ainda, a previsão constitucional segundo a qual “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*”,

ou seja, o tipo de diferenciação prisional estabelecido pelo RDD não está previsto na Constituição.¹⁶⁵

A Adin nº 4162 foi proposta em 10/10/2008 e ainda encontra-se em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Enquanto o STF não se manifesta de forma conclusiva acerca da constitucionalidade do RDD, a jurisprudência dos tribunais divide-se em adeptos e contrários a sua aplicação.

O Superior Tribunal de Justiça caminha para o entendimento da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Conforme decisão proferida no HC nº 40.300/RJ, a 5ª Turma do Tribunal entendeu que a aplicação do RDD cumpre ao princípio da proporcionalidade:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional, liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos, e, também, no meio social.

3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal.

5. Ordem denegada.

(HC 40.300/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 312).¹⁶⁶

¹⁶⁵ CALDERONI, 2016, p. 199.

¹⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 40.300/RJ, Quinta Turma, Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 07.06.2005, publicado no DJ de 22.08.2005, p. 312. RT vol. 843 p. 549.

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003.

2. O regime diferenciado, afora a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade".

3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei nº 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada.

4. Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias.

5. Ordem denegada.¹⁶⁷

Em discussão de Habeas Corpus impetrado em defesa de Luiz Fernando da Costa, conhecido como Fernandinho Beira-Mar, contra a possibilidade de reinclusão no Regime Disciplinar Diferenciado sob o argumento de constrangimento ilegal, em que requereu-se a declaração incidental de inconstitucionalidade do RDD, o STF não entrou no mérito da discussão pois o recurso não foi conhecido:

“HABEAS CORPUS” PREVENTIVO - ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM RAZÃO DA POSSIBILIDADE DE REINCLUSÃO DO PACIENTE EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) - PRETENDIDA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO REGIME - PACIENTE QUE NÃO MAIS SE ENCONTRA NESTA CONDIÇÃO - MODIFICAÇÃO DO QUADRO PROCESSUAL - PREJUDICIALIDADE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OUTRA AÇÃO DE “HABEAS CORPUS” - PLENA CORREÇÃO JURÍDICA DA DECISÃO QUE EXTINGUIU O “WRIT” CONSTITUCIONAL PELA PERDA DE OBJETO. INVIABILIDADE DE EXAME, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR. IMPOSSIBILIDADE DE AGIR “PER SALTUM”, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PRECEDENTES. PEDIDO NÃO CONHECIDO.¹⁶⁸

¹⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 44.049/SP, Sexta Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, Relator p/ Acórdão: Hamilton Carvalhido. Julgado em: 12.06.2006, publicado no DJ de 19.12.2007, p. 1232.

¹⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 104.815 /MS, Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 19.10.2010, publicado no DJe de 14.03.2011, ATA Nº 28/2011. DJE nº 47, divulgado em 11/03/2011.

Seguindo o entendimento do STJ, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem decidindo quanto a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado:

EXECUÇÃO PENAL. Falta grave. Ameaça e agressão a servidor com uso de faca artesanal. Regime disciplinar diferenciado. Constitucionalidade da medida, que é excepcional e temporária e voltada à manutenção da ordem e disciplina interna dos presídios. Respeito ao princípio da proporcionalidade. Regular instauração de sindicância, observadas as formalidades que lhe são inerentes. Excepcionalidade e urgência da medida demonstradas. Prazo de internação em RDD bem justificado e em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante da gravidade do caso e do histórico prisional do sentenciado. Agravo improvido, rejeitadas as preliminares, com recomendação.¹⁶⁹

HABEAS CORPUS. Pedido de cassação da r. decisão que determinou a submissão do paciente ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Via inadequada. Ausência de ilegalidade a ser reconhecida. Inexistência de inconstitucionalidade do RDD. Sanção disciplinar que não constitui pena cruel, tratamento desumano ou degradante. Cabimento da submissão ao RDD. Paciente que teria participado do homicídio do companheiro de cela juntamente com outros sentenciados. Prática de crime doloso e subversão da ordem e da disciplina. Medida justificada, nos termos no artigo 52, da Lei n. 7.210/1984. Não conhecimento do writ.¹⁷⁰

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Regime Disciplinar Diferenciado - Tese de inconstitucionalidade que não comporta acolhimento - Inclusão do sentenciado no RDD que constitui sanção disciplinar legalmente prevista - Conduta infracional praticada pelo sentenciado que restou comprovada pelos elementos de convicção carreados aos autos - Alegação da impossibilidade de submissão do sentenciado ao regime disciplinar diferenciado em virtude da extemporaneidade da inclusão - Pedidos de redução do prazo máximo da internação para 30 dias, elaboração de exame médico prévio atestando que o preso suporta a inclusão no RDD e acompanhamento psiquiátrico - Prazo de internação de 240 dias que se revela proporcional e não merece reforma - Manutenção da decisão recorrida – AGRAVO IMPROVIDO.¹⁷¹

¹⁶⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Execução Penal* 0076393-20.2017.8.26.0050; Relator: Tristão Ribeiro; 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 08/02/2018; Data de Registro: 09/02/2018

¹⁷⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* 2212188-17.2017.8.26.0000; Relator: Leme Garcia; 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 30/01/2018; Data de Registro: 31/01/2018.

¹⁷¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Execução Penal* 0076343-91.2017.8.26.0050; Relator: Silmar Fernandes; 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 15/01/2018; Data de Registro: 15/01/2018.

Contudo de maneira diversa incorreu a decisão proferida pela 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao considerar o Regime Disciplinar Diferenciado Inconstitucional:

“Habeas Corpus”. Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Inconstitucionalidade. Ofensa a princípios fundamentais constantes da Constituição Federal. Ordem concedida. ¹⁷²

Nesta decisão, a 1ª Câmara de Direito Criminal do TJSP entendeu que:

Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas ao castigo, e que abandono os conceitos e ressocialização ou correção do detento, para adotar “*medidas estigmatizantes e inoportunas*” próprias do *Direito Penal do Inimigo*, o referido “regime disciplinar diferenciado” ofende inúmeros preceitos constitucionais.

No mesmo sentido seguiu decisão proferida pela 1ª Câmara do 1º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em Habeas Corpus impetrado em defesa de Marcos Willians de Herbas Camacho, conhecido como “Marcola”:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus, N° 00978305.3/0-0000-000, da Comarca de São Paulo, em que é(são) IMPETRANTE(S) MARIA CRISTINA DE SOUZA RACHADO, sendo IMPETRADO(S) MARCOS WILLIANS HERBAS CAMACHO. ACORDAM, em 1ª Câmara do 1º Grupo da Seção Criminal, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM COM O FIM DE DETERMINAR A IMEDIATA REMOÇÃO DO PACIENTE DO "REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO", COM RECOMENDAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento foi presidido pelo(a) Desembargador(a) MARCO NAHUM e teve a participação dos Desembargadores PERICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI.¹⁷³

¹⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* 0024055-45.2005.8.26.0000; Relator (a): Marco Nahum; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 05/07/2006.

¹⁷³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; *Habeas Corpus* 9012675-32.2006.8.26.0000; Relator (a): Borges Pereira; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro

Como podemos ver da referida decisão, segundo o entendimento dos respeitáveis desembargadores:

O chamado RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade que o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor. [...]. É evidente a inconstitucionalidade da lei, que instituiu o referido RDD, impondo-se reconhecimento da ilegalidade da medida adotada contra o paciente, e a concessão do “writ”, a fim de que o reeducando seja imediatamente removido do “regime disciplinar diferenciado” a que foi transferido.

Apesar da existência de algumas decisões no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, o que se observa é que, em sua grande maioria, os tribunais vêm decidindo pela aplicação do RDD em acordo ao entendimento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, sem entrar no mérito de sua inconstitucionalidade.

6 A FUNÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO

Importante tema que merece destaque na análise da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, diz respeito à ressocialização do condenado, eis que a ressocialização é uma das finalidades da aplicação da pena e, em tese, o objetivo do sistema de execução penal e do sistema penitenciário.

Ainda que o assunto acerca da ressocialização possa gerar matéria suficientemente ampla para a elaboração de uma nova discussão, uma breve análise, no que diz respeito especificamente aos condenados que cumprem pena no Regime Disciplinar Diferenciado, é ponto importante para a conclusão deste trabalho.

6.1 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS FINALIDADES DA PENA

A pena, em especial a pena restritiva de liberdade, é o principal meio pelo qual o Estado exerce seu poder punitivo. Passando por diversas transformações ao longo da história, busca-se hoje não apenas o caráter repressivo da pena, mas uma forma de reabilitação do condenado.

Neste aspecto, conforme leciona Inácio de Carvalho Neto, “o *jus puniendi* encontra limites no direito objetivo, também a pena tem limites e finalidades. Os limites da pena são objetivamente traçados na legislação penal, que prescreve sua espécie e o *quantum* para cada tipo de delito”¹⁷⁴.

De acordo com o mesmo autor, já a finalidade da pena é tratada através de duas teorias: a teoria absoluta ou retributiva e a teoria relativa. Para a teoria absoluta, a pena possui finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem

¹⁷⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. **A aplicação da pena**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 33.

atingida, bem como seus efeitos nada tem a ver com a sua natureza. O importante aqui é a retribuição do mal praticado¹⁷⁵.

Do mesmo modo, Enio Luiz Rossetto afirma que, para a teoria absoluta,

a essência da pena criminal reside na *retribuição, expiação, reparação* ou *compensação* do mal do crime, a pena pode até ter efeitos socialmente relevantes como a intimidação, a neutralização ou a ressocialização dos delinquentes, mas tais são reflexos e não a essência da pena, então, a pena é a *justa paga* com que o crime se realizou, é o *justo equivalente* do dano e da culpa do agente. Na doutrina retribucionista a pena não tem fim utilitário.¹⁷⁶

Já para a teoria relativa, segundo Carvalho Neto, a pena serve como uma medida prática que visa impedir o delito, subdividindo-se em duas vertentes: a prevenção geral, que diz respeito à inibição que a pena pode causar na sociedade, intimidando futuros criminosos; e a prevenção especial, que busca a reeducação do criminoso habitual corrigível ou, ainda, tornar inofensivo o incorrigível.¹⁷⁷

Enio Luiz Rossetto assevera que a teoria relativa busca na punição um fim utilitário, “ao mesmo tempo em que a pena deve proteger a sociedade, deve contribuir para evitar novas infrações realizadas por outras pessoas (*princípio da exemplaridade*)”¹⁷⁸.

Na prevenção especial, o objetivo é evitar que o condenado pratique novos delitos. Pressupõe a realização de um prognóstico seguro do comportamento futuro, bem como que a característica social e pedagógica da pena possa combater a tendência criminosa do indivíduo¹⁷⁹. Assim, o fim da pena é a “ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando por benefícios, a liberdade seja antecipada”¹⁸⁰.

Quanto à prevenção geral, o autor sustenta que “tem o fim de influenciar a todos para que não pratiquem crime”, busca intimidar a sociedade de maneira ampla, prevenindo a ocorrência de novos crimes.¹⁸¹

¹⁷⁵ CARVALHO NETO, 2013, p. 34.

¹⁷⁶ ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

¹⁷⁷ CARVALHO NETO, op. cit.

¹⁷⁸ ROSSETTO, op. cit., p. 53.

¹⁷⁹ Ibid., p. 54.

¹⁸⁰ Ibid., p. 66 apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 397.

¹⁸¹ Ibid., p. 69.

Conforme menciona Carvalho Neto, das críticas opostas contra essas duas teorias, surgiram as teorias mistas ou ecléticas, que mesclam os conceitos das teorias retributiva e preventiva¹⁸². A teoria mista é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e conforme afirmam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, “subsistem, portanto, e, até em razão da legislação pátria, a finalidade retributiva e a preventiva (art. 59, caput, CP), contendo esta última, a ressocialização do delinquente”¹⁸³.

Verifica-se, portanto, que a ressocialização é a finalidade da teoria preventiva especial da pena, possuindo um caráter social e pedagógico que visa não apenas a punição do condenado, mas sua reeducação e posterior retorno à sociedade, de maneira que não volte a praticar novos delitos. Neste sentido, segundo José Antônio Paganella Boschi,

A pena com fim ressocializador foi enunciada por Franz Von Liszt na famosa Conferência de Marburgo (1822), [...], ao afirmar que o direito penal tem por finalidade não só retribuir com a pena o fato passado ou prevenir novos delitos, mas também corrigir o corrigível e neutralizar ou tornar inofensivos os que não são corrigíveis nem intimidáveis.¹⁸⁴

Seguindo este raciocínio, Paganella Boschi sintetiza a ideia de ressocialização difundida por Von Liszt e sua Escola Sociológica do Direito:

A insistir na proposição de que as penas se legitimam com base nas finalidades citadas e ainda na proteção de bens jurídicos, ao classificar os criminosos e ao conferir ao direito penal um caráter flexível e multifuncional, destinado a punir, intimidar, neutralizar e ressocializar, o genial pensador, retomando a ideia de Baccaria, também conclui que elas, para serem justas, não devem ultrapassar o limite do necessário para a consecução das finalidades, desde a sua cominação, pelo legislador, passando pela individualização na sentença e finalizando na fase da execução.¹⁸⁵

¹⁸² CARVALHO NETO, 2013, p. 35.

¹⁸³ CARVALHO NETO, loc. cit. apud SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. São Paulo: RT, 1995, p. 44.

¹⁸⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 97.

¹⁸⁵ BOSCHI, loc. cit. apud LISZT, Franz Von. **La Idea de Fin en El Derecho Penal**. México: Edeval, 1994. p. 112-124.

Conforme menciona Cezar Roberto Bitencourt, para Von Liszt, “a função da pena e do direito penal era a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena na pessoa do delinquente, com a finalidade de evitar delitos posteriores”¹⁸⁶.

A ressocialização está prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 1º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) o qual dispõe: “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”¹⁸⁷.

Conforme destaca Adeildo Nunes,

Efetivamente, a reintegração social do condenado é uma exigência da Lei de Execução Penal, obrigação do Estado, direito do preso e da própria sociedade. A não ressocialização do condenado importa em sérios riscos à paz social, já que não regenerado o criminoso, certamente mais dias menos dias ele voltará a delinquir, no mais das vezes mediante a prática de crime mais grave do que aquele que o levou à prisão pela primeira vez.¹⁸⁸

Contudo, conforme menciona Renato Marcão, a forma como se desenvolve o Sistema de Execução Penal brasileiro e a intenção do legislador em buscar os mais nobres ideais de justiça e aplicação de técnicas modernas de ressocialização do condenado, nos faz refletir sobre o contraste entre a idealização deste sistema e a realidade de sua aplicação¹⁸⁹. Segundo o autor,

A legislação sobre execução penal no Brasil observa as linhas mestras dos principais documentos internacionais sobre a matéria, como as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14-12-1990, a Resolução n. 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14-12-1990, que aprovou as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969. Sua aplicação, contudo, como é público, desvirtua boa parte dos institutos nela contidos e coloca o Brasil como alvo de denúncias reiteradas de violação de direitos humanos.¹⁹⁰

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 139. apud MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases*, p. 70.

¹⁸⁷ BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 julho 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

¹⁸⁸ NUNES, 2013. p. 33.

¹⁸⁹ MARCÃO, 2016. p. 27.

¹⁹⁰ MARCÃO, loc. cit.

Neste sentido, sustenta Christiane Russomano Freire, que o desgaste das perspectivas “res” das penas (ressocializadoras, readaptadoras, reeducadoras, recuperadoras, repersonalizadoras, etc.) configura uma das circunstâncias que contribuíram enormemente para a reformatação do modelo punitivo. Fazendo menção ao doutrinador Thomas Mathiesen, afirma que a partir da década de 80 houve a redescoberta da função especial negativa da pena, qual seja a inabilitação do condenado. Assim, o conceito de inabilitação implica na inibição da capacidade do delinquente em cometer novos crimes através da condenação ao cárcere, devendo o delinquente ser inabilitado através da exclusão do convívio social e, por isso, utiliza-se do cárcere prolongado¹⁹¹. De acordo com a autora,

A idéia de inabilitação aparece como contraponto às perspectivas “re”, uma vez que nem sequer no discurso infere qualquer conteúdo humanitário a sanção penal, mas ao contrário, expõe claramente a intenção de retirar por longos períodos de circulação (quicá infinitamente), amplas categorias de pessoas, consideradas, suscetíveis à reincidência futura. Distante da noção de tratamento voltado para reabilitação, o efeito almejado é uma melhor inabilitação por meio do isolamento duradouro.¹⁹²

Ante ao exposto, é possível verificar que a finalidade preventiva da pena, almejada pelo legislador através da ideia da ressocialização do condenado, vem sendo substituída pelo caráter exclusivamente retributivo da sanção, em que, na realidade, objetiva-se a inabilitação permanente do delinquente através do isolamento prolongado, desconsiderando o princípio humanitário da pena. Evidentemente que o tempo prolongado do cárcere, acarreta profundos efeitos psicológicos sobre o condenado, contrariando os objetivos da ressocialização.

Ainda de acordo com Freire, a noção de inabilitação ao violar princípios substanciais, quebra a ética do direito penal. Esta inabilitação, na versão latino-americana, está disseminada pelo conjunto do sistema penal, em especial nos segmentos carcerários¹⁹³. Para ela,

¹⁹¹ FREIRE, 2005, p. 138.

¹⁹² Ibid., p. 139.

¹⁹³ FREIRE, loc. cit.

Faz sentido, neste contexto, as alterações que começam a ocorrer no interior da fase executiva da pena. O regime disciplinar diferenciado é um revelador sem nuances do intento *inabilitador* conferido à sanção penal, pois além de garantir o efetivo isolamento dos sujeitos, ainda dificulta ao máximo o seu rompimento com a rede do sistema. Logo, não há nada mais *inabilitador* do que a rigorosa submissão às técnicas de deterioração físico-psíquica engendradas pelo sistema penal.¹⁹⁴

Tem-se, portanto, que o Regime Disciplinar Diferenciado é um exemplo do caráter exclusivamente retributivo da pena, pois busca a inabilitação permanente do condenado através do isolamento celular prolongado. Deste modo, necessário se faz a análise do RDD quanto a finalidade de ressocialização da pena.

6.2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO

O Regime Disciplinar Diferenciado como instituto sancionador disciplinar, inserido na Lei de Execução Penal através das alterações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, conforme analisado nos capítulos anteriores, constitui afronta direta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da humanização e da individualização das penas. Neste contexto, afirma Marco Paulo Levorin, que

A humanização da pena (art. 5º, inc. XLVII) e a individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI) fundamentam a ressocialização da pena, impedindo a sanção meramente retributiva, que vislumbre apenas o punitivismo, a vingança, o castigo, sem o ideal de reintegração social do sentenciado.¹⁹⁵

Assim, verifica-se que o RDD é a impressão de um modelo exclusivamente retributivo de pena, pois, ainda que o objetivo ressocializador da execução encontre-se expressamente previsto na Lei de Execução Penal, o RDD inviabiliza qualquer tipo de tentativa de reintegração do condenado, que cumpre pena em regime de isolamento, ao convívio social.

¹⁹⁴ FREIRE, 2005, p. 140.

¹⁹⁵ LEVORIN, 2016, p. 71.

Neste sentido, Levorin sustenta que a Lei nº 10.792/2003, desprezando os princípios constitucionais vigentes, adota o punitivismo retribucionista (objetivando apenas o castigo), sem observar o princípio da dignidade humana e o sentido da ressocialização, sendo, assim, incompatível com os valores fundamentais do homem.¹⁹⁶

Do mesmo modo assevera Cezar Roberto Bitencourt:

Com efeito, o regime disciplinar diferenciado — instituído pela Lei n. 10.792/2003 — viola o objetivo ressocializador do sentenciado, vigente na sociedade contemporânea desde o Iluminismo. A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu art. 1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal¹⁹⁷.

Ante ao exposto, observa-se novamente a afronta do Regime Disciplinar Diferenciado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, pois, como bem afirma Paganella Boschi, o direito penal brasileiro não se adere totalmente aos princípios garantistas, pois maximiza o Estado Penal em detrimento do Estado Social, enfraquecendo as liberdades fundamentais e revelando uma profunda intolerância oficial, que vê o condenado como um grande inimigo e não como vítima de um sistema político e econômico desigual, privilegiador e injusto, que não prioriza a educação, o trabalho, a saúde, moradia, etc.¹⁹⁸

Da mesma forma, Freire sustenta que o Regime Disciplinar Diferenciado é resultado do enrijecimento dos métodos de controle e repressão no interior das prisões, agindo em duplo sentido: “primeiro, confirmando a tendência punitiva de nulificação, neutralização e eliminação dos setores sociais que integram a clientela do sistema prisional”; e segundo, “propiciando ao público sensações de domínio e segurança diante da total crise e insubordinação que versa o sistema prisional”.¹⁹⁹

De acordo com Levorin, “a pena não existe somente como medida de retribuição, cumprindo os rigores de um punitivismo exacerbado, mas de integração

¹⁹⁶ LEVORIN, 2016, p. 43.

¹⁹⁷ BITENCOURT, 2017, p. 74.

¹⁹⁸ BOSCHI, 2013, p. 106.

¹⁹⁹ FREIRE, 2005, p. 144.

e ressocialização, como uma medida destinada à humanização”²⁰⁰. Portanto, o caráter ressocializador da pena é extremamente necessário, pois conforme assegura Adeildo Nunes,

Abolidas que foram – felizmente – as penas cruéis e degradantes, fica fácil notar que já não cabe o castigo como sinônimo de pena, pelo contrário, o Estado que puniu tem o dever de recuperar o delinquente. Sem oferecer ao condenado a dignidade e o respeito aos seus direitos, será sempre impossível conseguir a denominada ressocialização, exigência maior da Lei de Execução Penal (n. 7.210/84). Como o condenado à prisão de hoje um dia retornará ao convívio social, até porque no Brasil não existe possibilidade de aplicação da pena de morte ou perpétua, é necessário oferecer ao detento a dignidade fundamental para que ele possa recuperar-se da atitude delituosa que cometeu. Sabendo-se que uma das finalidades da pena é a recuperação do condenado, nada mais sublime e necessário que o tratamento humanitário e digno que deve ser dispensado a quem cometeu um crime.²⁰¹

Em que pese o exposto acima, verifica-se que o Regime Disciplinar Diferenciado ignora um dos alicerces do sistema de execução penal, bem como a “pedra angular” do sistema penitenciário, qual seja a reintegração do condenado ao convívio social.

Percebe-se, ainda, que as características de confinamento do RDD, configuram a aplicação de uma sanção cruel, desumana e degradante, pois a pena estabelecida pelo mencionado regime, passou a ter o fim exclusivamente punitivo, com o intuito de inabilitar e eliminar as pessoas indesejadas, consideradas como inimigos da sociedade.

Segundo Maurício Kuehne,

A Constituição Federal assegura aos presos “o respeito a integridade física e moral” (art. 5º, inc. XLIX), justamente o ponto em que o RDD mostra-se cruel, desumano e, portanto, inaplicável no Brasil. Este tipo de regime, conforme diversos estudos relatam, promove a destruição emocional, física e psicológica do preso que, submetido ao isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves. O projeto, ao prever isolamento de trezentos e sessenta dias, certamente causará nas pessoas a ele submetidas a deterioração de suas faculdades mentais, podendo-se dizer que o RDD, não contribui para o objetivo da

²⁰⁰ LEVORIN, 2016, p. 60.

²⁰¹ NUNES, 2013, p. 343.

recuperação social do condenado e, na prática, importa a produção deliberada de alienados mentais.²⁰²

Neste mesmo sentido, afirmam Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire que “o isolamento celular prolongado no RDD, em face dos efeitos destrutivos para a saúde física e mental dos condenados, assume feição de pena cruel reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício da vingança social”. Para os autores, isto representa uma ressignificação da disciplina e do próprio suplício num sistema integrado de “maxipunibilidade”.²⁰³

Ainda de acordo com os autores, não obstante a ressignificação da disciplina, o RDD reconfigurou o sistema progressivo de execução da pena na contramão da noção de reintegração social que inspirou a LEP, pois a nova medida disciplinar configura um sistema singular de inabilitação²⁰⁴. Concluem, portanto, que ao se analisar o objetivo do RDD fica claro que sua finalidade é

Reduzir ao máximo as possibilidades de saída do sistema carcerário – restrição do *output*. Logo, se o sistema progressivo da pena, ao menos no aspecto ideal, foi edificado em nome da perspectiva da reabilitação, o sistema que se inaugura com o RDD fixa claramente a noção de inabilitação. A propósito, não há nada mais *inabilitador* do que a rigorosa submissão às técnicas de deterioração físico-psíquica engendrada pelo modelo previsto pelo RDD, no qual a cela do isolamento celular assume a nítida feição de *sepulcro*. A reforma punitiva brasileira, portanto, pode ser retratada neste quadro: longe de projetar mecanismos constitucionais de redução do sofrimento imposto nas prisões, “dobra” a punição com a ressignificação da disciplina e da segurança, obstaculizando formas de minimização dos danos carcerários.²⁰⁵

Sabe-se que a Lei de Execução Penal garante ao condenado meios de viabilizar sua reinclusão na sociedade. Conforme elucida Enio Luiz Rossetto,

A legislação penal brasileira conta com o trabalho e a instrução escolar como meios adequados à ressocialização. O trabalho é obrigatório (art. 39, V, LEP). O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou

²⁰² KUEHNE, 2011, p. 156.

²⁰³ CARVALHO, 2007, p. 279.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 280.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 281.

semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena (art. 126, LEP).²⁰⁶

A Lei garante, ainda, ao condenado outros meios de ressocialização como a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde, previstas no artigo 11 da LEP, bem como a assistência ao egresso, prevista nos artigos 25, 26 e 27 da lei, que buscam auxiliar no regresso do condenado à vida em liberdade²⁰⁷.

No entanto, em que pese tais previsões legais, percebe-se que o condenado que cumpre pena através do Regime Disciplinar Diferenciado não possui acesso a esses meios de ressocialização, pois, como já mencionado, o regime prevê o isolamento celular do indivíduo por longo período de tempo, inviabilizando sua reinserção na sociedade.

Isto porque, tendo em vista que cumpre pena em isolamento total, não podendo efetuar contado com outros detentos, sem acesso à meios de comunicação, com visitas restritas (inclusive de seu advogado), fica totalmente privado do exercício de atividades laborais, educacionais, religiosas ou qualquer outra, que poderiam contribuir para sua recuperação e reintegração social.

Neste contexto, afirma Levorin que o RDD é inaplicável, visto que caracteriza sanção cruel, desumana e degradante, em afronta aos direitos humanos e direitos fundamentais da pessoa humana garantidos constitucionalmente²⁰⁸. Segundo ele,

o confinamento pelo isolamento adotado pelo Regime Disciplinar Diferenciado caracteriza tortura psíquica (branca) e física, podendo levar a pessoa a total insanidade, bem como busca uma “eficiência” através da adoção radical de punitivismo retribucionista em detrimento da ressocialização do condenado.²⁰⁹

Para Levorin, o “RDD é eliminação, inabilitação e inocuização sem qualquer interesse em tutelar a dignidade da pessoa humana, os valores inerentes aos direitos humanos e a ressocialização”²¹⁰.

²⁰⁶ ROSSETTO, 2014, p. 81.

²⁰⁷ BRASIL, Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

²⁰⁸ LEVORIN, 2016, p. 145.

²⁰⁹ LEVORIN, loc. cit.

²¹⁰ Ibid., p. 161.

Desta forma, é certo que o RDD, além de violar os princípios da dignidade da pessoa humana, humanização das penas e individualização das penas, bem como os direitos e liberdades fundamentais, constitui pena cruel, desumana e degradante, estabelecendo um punitivismo exclusivamente retribucionista que inviabiliza a ressocialização, além de violar a integridade física e psíquica do condenado, caracterizando um Direito Penal do Inimigo ao estabelecer a neutralização do indivíduo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal do Inimigo é um direito de exceção, cuja criação é atribuída ao jurista alemão Ghünter Jakobs, durante a Conferência do Milênio, em Berlim, no ano de 1999, momento em que apresentou ao mundo suas ideologias.

De acordo com o Direito Penal do Inimigo, os indivíduos que recusam a se submeter ao direito posto, são considerados inimigos da sociedade e devem ser neutralizados, através de um tratamento diferenciado que busca impedi-los de cometer outros delitos que comprometam a segurança da ordem social.

Desta forma, os indivíduos classificados como inimigos da sociedade não são considerados como pessoas e, portanto, não lhes é assegurado as mesmas garantias e direitos dispensados aos cidadãos.

Esses indivíduos, de acordo com o Direito Penal do Inimigo, possuem maior tendência a cometer crimes graves, cabendo a eles, não somente a pena como forma de reprimir seu delito passado, mas uma medida de segurança que garanta a proteção da sociedade contra seu potencial criminoso.

Em razão de seu caráter extremamente restritivo e repressor, o Direito Penal do Inimigo é vastamente criticado por muitos juristas e doutrinadores, eis que ao tratar determinados seres humanos como não-pessoas, restringindo seus direitos e garantias fundamentais, é incompatível com um Estado Democrático de Direito.

No Brasil, uma clara expressão do Direito Penal do Inimigo é o chamado Regime Disciplinar Diferenciado, regulamentado pela Lei 10.792/03 que modificou a Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) para implantar uma medida disciplinar de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Este regime foi especialmente criado para indivíduos considerados potencialmente perigosos para a sociedade, como um meio de resposta a violência gerada dentro dos presídios, resultante de um sistema carcerário deficitário e decadente, principalmente em razão das megarrebeliões ocorridas nos presídios de São Paulo e Rio de Janeiro durante os anos de 2001 e 2002, como forma de combate de organizações criminosas que comandavam ações criminosas de dentro das penitenciárias.

O Regime Disciplinar Diferenciado estabelece o cumprimento de pena privativa de liberdade dentro de regras extremamente restritivas para o preso, condenado ou provisório, que cometer delito doloso ou falta grave ou que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Dentre essas medidas estão: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas com duração de apenas duas horas; e, saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

Diante dessas medidas extremamente restritivas, que buscam a neutralização dos indivíduos perigosos, restringindo direito e garantias fundamentais em afronta aos princípios constitucionais, é que se estabelece uma correlação entre o Direito Penal do Inimigo e o RDD.

O que se verifica, portanto é uma afronta direta do Regime Disciplinar Diferenciado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como da humanização e da individualização da pena, pois, suas disposições caracterizam a aplicação de uma pena cruel, desumana e degradante, que causa ao preso confinado ao isolamento a deterioração física e psíquica.

Desta forma, conclui-se que o RDD é inconstitucional, eis que ofende os princípios constitucionais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

Neste passo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4162 objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003. Contudo, até o presente momento a ADIn encontra-se tramitação no Supremo Tribunal Federal, sem qualquer previsão de resposta definitivamente sobre o tema.

Enquanto isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da declaração de constitucionalidade do regime, justificando sua aplicação através do princípio da proporcionalidade. E, enquanto o STF não decide sobre o tema, os tribunais vêm decidindo no sentido da orientação do STJ.

Outro ponto essencial para a análise da legitimidade do RDD, diz respeito a finalidade de ressocialização da pena, expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1ª da Lei de Execução Penal.

Em que pese o legislador penal priorizar a reintegração social do condenado como a base de todo o sistema de execução, atualmente esta finalidade vem sendo

substituída pela finalidade exclusivamente retributiva da pena, que busca nada além da inabilitação do sujeito.

Neste sentido o RDD é a impressão deste modelo exclusivamente retributivo, pois o regime prevê o isolamento celular do indivíduo por longo período de tempo, desprezando os princípios constitucionais vigentes, desprezando o princípio da dignidade humana e o sentido da ressocialização, inviabilizando, assim, a reinserção do condenado na sociedade.

Desta forma, é certo que a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro é totalmente ilegítima, pois, além de violar os princípios da dignidade da pessoa humana, humanização das penas e individualização das penas, bem como os direitos e liberdades fundamentais, constituindo pena cruel, desumana e degradante, e estabelecendo um punitivismo exclusivamente retribucionista, inviabiliza a ressocialização do condenado, violando sua integridade física e psíquica, o que caracteriza um Direito Penal do Inimigo, que buscando unicamente a neutralização do indivíduo perigoso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal**. V1-Parte Geral. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL, Lei 10.792/03. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 dezembro 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 313.105/MG, 6.ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Julgado em 18/06/2015, Publicado em 01/07/2015. Disponível em : <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 339.764/SP, da 6.ª Turma. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Relator p/ Acórdão: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 30/06/2016, Publicado em 01/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 89.935/BA, 6.ª Turma. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 06/05/2008, Publicado em 26/05/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 40.300/RJ, Quinta Turma, Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 07.06.2005, publicado no DJ de 22.08.2005, p. 312. RT vol. 843 p. 549.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 44.049/SP, Sexta Turma, Relator: Hélio Quaglia Barbosa, Relator p/ Acórdão: Hamilton Carvalhido. Julgado em: 12.06.2006, publicado no DJ de 19.12.2007, p. 1232.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1378557/RS, 3.º Seção. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Publicado em 21/03/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 533**. 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. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 96.326, 2.ª Turma. Relator: Cezar Peluso, Julgado em 08/04/2010, Publicado em 09/04/2010. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 03 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 104.815 /MS, Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 19.10.2010, publicado no DJe de 14.03.2011, ATA Nº 28/2011. DJE n.º 47, divulgado em 11/03/2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Execução Penal* 0076393-20.2017.8.26.0050; Relator: Tristão Ribeiro; 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 08/02/2018; Data de Registro: 09/02/2018

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Execução Penal* 0076343-91.2017.8.26.0050; Relator: Silmar Fernandes; 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 15/01/2018; Data de Registro: 15/01/2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* 2212188-17.2017.8.26.0000; Relator: Leme Garcia; 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 30/01/2018; Data de Registro: 31/01/2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; *Habeas Corpus* 9012675-32.2006.8.26.0000; Relator (a): Borges Pereira; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 29/08/2006.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. *Habeas Corpus* n.º 468 MT 2004.01.00.000468-5, 3.ª Turma. Relator: Desembargador Federal Plauto Ribeiro, Julgado em 17/02/2004, Publicado em 12/03/2004. Disponível em: <<http://www.jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 03. Nov. 2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. *Habeas Corpus* n.º 4956 – 200702010005150/RJ, 2ª Turma Especializada. Relator: Desembargadora Federal Liliane Roriz, Julgado em 15/02/2007, Publicado em 26/02/2007. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia>> Acesso em 03 nov. 2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. *Habeas Corpus* n.º 4955 – 200702010005112/RJ, 2ª Turma Especializada. Relator: Desembargadora Federal Liliane Roriz, Julgado em 15/02/2007, Publicado em 26/02/2007. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia>> Acesso em 03 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: 05 out. 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* 0024055-45.2005.8.26.0000; Relator (a): Marco Nahum; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 05/07/2006.

BUSATO, Paul César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 14, p. 137-145, Abr./Jun.2004.

CARVALHO NETO, Inácio de. **A aplicação da pena**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO, Salo de (Coord.) **Crítica à execução penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **RDD – Regime disciplinar diferenciado**. Doutrina Superior Tribunal de Justiça: Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília: Jurídica, STJ, 2005. p. 451.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

COSTA, Débora Dayse Tavares da. O regime disciplinar diferenciado: ante os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais: garantia do direito do preso não perigoso ao cumprimento da pena e à ressocialização. *Revista da Esmape, Pernambuco*, v. 11, n. 23, jan./jun. 2006.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANÇA, Leandro Ayres (Coord.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p.63 apud SCHIMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

FREIRE, Christiane Russomano, **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. 9º Concurso IBCCRIM de Monografias Jurídicas. São Paulo: IBCCRIM,2005.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 7. p. 211 – 247. dez. 2005.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del Enemigo**. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thomson, 2003.

KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada**. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LEVORIN, Marco Polo. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14 Ed. São Paula: Saraiva, 2016.

_____. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Bruno Seligman de. **Regime disciplinar diferenciado – “o direito penal do inimigo” brasileiro**. Disponível em: www.ibccrim.org.br/site/boletim. Acesso em: 06 nov. 2017.

MIGUEL, Vinivius Valentin Raduan; KHALED JUNIOR, Salah H (Org.). **Direitos fundamentais na era dos extremos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MIRANDA, Jorge; DA SILVA, Marco Antônio Marques (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Adeildo, **Da Execução Penal**. 3ª Ed. Rev. E Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**. 3ª Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7 ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. et al. **Direito de execução penal**. 2ª ed. atual., ampl., e reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, a. 2, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

RODRIGUES, Cristiano. **Direito penal: parte geral I – Princípios até teoria do delito**. (Coleção Saberes do Direito; 4). São Paulo: Saraiva, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Execução Penal: teoria crítica.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena.** São Paulo: Atlas, 2014.

SCARANCE, Valéria Diez Fernandes Goulart et al. In____ Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. Coordenação de Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2ª edição. Quartier Latin. São Paulo. 2009.

SILVA FILHO, Lídio Modesto da. Direito penal do inimigo. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v.12, n.1, p.93-106, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SUZUKI, Claudio Mikio et al. **Estudos Críticos de Direito Penal e Processo Penal - Volume 1.** São Paulo: Editora Nelpa. 2014.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant.** São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.