

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MONOGRAFIA

O Regime Disciplinar Diferenciado e a Ressocialização do preso:

(des) respeito ao princípio da dignidade humana e a

(in) constitucionalidade do Instituto.

Nadir Lorencetti Parenti
Acadêmico

Prof. Dr. Antônio Carlos Brasil Pinto
Orientador

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

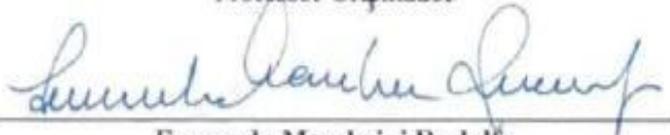
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "O Regime Disciplinar Diferenciado e a Ressocialização do preso: (dê)s respeito ao princípio da dignidade humana e a (in) constitucionalidade do instituto.", elaborado pelo(a) acadêmico(a) "Nadir Lorencetti Parenti", defendido em 04/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

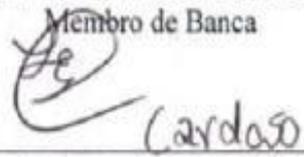
Florianópolis, 04 de julho de 2016



Antônio Carlos Brasil Pinto
Professor Orientador



Fernanda Mambrini Rudolfo
Membro de Banca



Luiz Eduardo Cardoso
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno (a): Nadir Lorencetti Parenti

RG: 6.061.718-0

CPF: 939.130.609-87

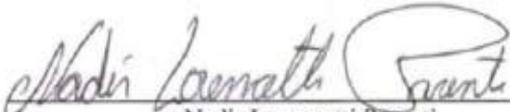
Matrícula: 11201177

Título do TCC: O Regime Disciplinar Diferenciado e a Ressocialização do preso: (dês) respeito ao princípio da dignidade humana e a (in) constitucionalidade do instituto.

Orientador (a): Antônio Carlos Brasil Pinto

Eu, Nadir Lorencetti Parenti, acima qualificado (a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de julho de 2016.


Nadir Lorencetti Parenti

NADIR LORENCETTI PARENTI

O Regime Disciplinar Diferenciado e a Ressocialização do preso:

(des) respeito ao princípio da dignidade humana e a

(in) constitucionalidade do Instituto.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito sob orientação do professor Dr. Antônio Carlos Brasil Pinto.

FLORIANÓPOLIS
2016

RESUMO

O presente trabalho monográfico visa compor algumas considerações e fazer um aprofundado estudo acerca das características do Instituto do Regime Disciplinar Diferenciado o qual foi inserido na Lei de Execução Penal (LEP) como mais uma sanção disciplinar e que possui como sua principal finalidade o isolamento total dos presos nacionais ou estrangeiros (condenados ou provisórios) que estejam cumprindo a pena no regime fechado, que apresentem elevado nível de periculosidade e que coloquem em risco a segurança e a ordem do estabelecimento prisional ou da sociedade. Trás questões sobre a aplicação do RDD no que concerne ao controle e combate ao crime organizado. Como fonte utilizou-se a pesquisa bibliográfica além de dados extraídos da internet, e o método de pesquisa utilizado foi o dedutivo. A importância do presente trabalho se destaca devido à onda de violência praticada contra a sociedade por conta dessas facções criminosas organizadas dentro dos presídios brasileiros.

Palavras-chave: pena; lei de execução penal; regime disciplinar diferenciado; Facções criminosas; Direitos Humanos.

RIASSUNTO

Il presente lavoro monografico intende esporre delle considerazioni e fare un approfondito studio circa le caratteristiche dell'Istituto del Regime Disciplinare Differenziato (RDD), il quale è stato inserito nella Legge di Esecuzione Penale (LEP) come ancora un'altra sanzione disciplinare e che ha come principale finalità quella dell'isolamento totale degli arrestati nazionali o stranieri (sia condannati che provvisori) che sono in corso di scontare la pena nel regime chiuso, i quali appresentano un elevato livello di pericolosità e che pongono a rischio la sicurezza e l'ordine del complesso prigionale o della società. Porta questioni sull'applicazione del RDD rispetto al controllo e lotta contro la criminalità organizzata. Come fonte di ricerca, è stata utilizzata la ricerca bibliografica, oltre a dati estratti dall'internet, ed il metodo di ricerca utilizzato è stato l'induttivo. L'importanza del presente lavoro si distingue dovuto alle onde di violenza praticate contro la società a causa delle fazioni criminali organizzate all'interno dei carceri brasiliani.

Parole-chiave: penna, legge di esecuzione penale; regime disciplinare differenziato; fazioni criminali; diritti umani.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA DE RESTRIÇÃO DE LIBERDADE	8
1.1 Origem e Evolução da Pena de Restrição de Liberdade no Mundo	8
1.1.1. Período da Vingança	9
1.1.1.1. <i>Vingança Privada</i>	10
1.1.1.2. <i>Vingança Divina</i>	11
1.1.1.3. <i>Vingança Pública</i>	12
1.1.2. Período Humanitário	13
1.1.2.1. <i>Escola Naturalista</i>	15
1.1.2.2. <i>Escola Clássica</i>	15
1.1.3. Período Científico	16
2. BREVE HISTÓRICO DAS PENAS NO BRASIL	19
2.1. Período Colonial	19
2.1.1. <i>Ordenações Afonsinas</i>	19
2.1.2. <i>Ordenações Manuelinas</i>	20
2.1.3. <i>Ordenações Filipinas</i>	21
2.2. Período Imperial.....	22
2.3. Período Republicano	23
2.4. A Segunda República	25
2.5. A Reforma Penal de 1984.....	27
2.6. Leis Posteriores à Reforma de 1984 e Atuais Tendência do Legislador	29
2.7. A Pena no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	30
3. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	33
3.1. Os Principais Aspectos do Regime Disciplinar Diferenciado	34
3.2. Surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil.....	35

3.3. Requisitos e Cabimento de Acordo com a Lei de Execução Penal (LEP)	39
3.4. Procedimentos Para a Inclusão do Preso no RDD	42
3.5. Posições Doutrinárias Referentes à Implementação do RDD no Sistema Penitenciário Brasileiro	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Um dos principais fatores de preocupação da população brasileira atualmente é o aumento da criminalidade, e, por conseguinte, a violência generalizada. Vivemos em um país que ainda existem bairros, favelas e até cidades onde a população vive na miséria, predominando a desigualdade social e, por conseguinte a violência. É notória a ineficiência do Estado em melhorar a distribuição da renda e em combater essa disparidade social. Pode-se dizer que a violência urbana que tanto assombra a sociedade é fruto de políticas que não visam o combate desse estado de miséria.

Por outro lado, as prisões estão superlotadas, ficando claro não estarem preparadas para exercerem o papel destinado a elas na LEP para com os condenados, e de cumprir com a finalidade da pena: reeducação e ressocialização dos apenados, para que possam ser reinseridos na sociedade.

A situação carcerária do Brasil tem se deteriorado a cada ano: superlotação crônica, instalações deficientes, massacres em diversas penitenciárias, rebeliões de presos, corrupção dos agentes penitenciários e torturas são alguns exemplos do dia-a-dia dos estabelecimentos prisionais. Esses problemas se agravaram atualmente devido às ações, cada vez mais violentas, das facções criminosas que se instalaram dentro do sistema prisional de vários Estados do Brasil. Os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, todavia, revelam o lado mais organizado e violento desse fenômeno.

Desde o início do ano 2000 se intensificaram nos presídios dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro e Paraná, várias rebeliões por parte dos detentos. Devido a esses movimentos rebelatórios a Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) emitiu a resolução 26/2001 que inseriu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no Estado de São Paulo, ocorrendo posteriormente à edição da Lei nº 10.792/2003 inserindo, ou melhor, dizendo, oficializando esse novo instituto em nível nacional.

Ocorre que esse novo instituto se caracteriza pela sua excessiva rigidez e severidade que, segundo especialistas em comportamento humano dizem chegar e ultrapassar os limites da dignidade da pessoa humana. Suas regras violam vários dos princípios consagrados na Constituição Federal e em tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, com, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica.

Após ser removido ao RDD, o preso, condenado ou provisório, que cometa falta grave que constitua crime doloso, ou represente alto risco para a ordem e segurança do

estabelecimento prisional ou para a sociedade, ou então, basta que seja suspeito de envolvimento em organizações criminosas, é submetido a isolamento em cela individual, sem assistência religiosa, educacional ou laboral, com duas horas diárias para o banho de sol e podendo receber visitas de somente duas pessoas por semana sem contar as crianças.

A Constituição Federal elenca em seu art. 5º os direitos e garantias fundamentais, tais como: a proibição à tortura e a tratamento desumano ou degradante, o direito à assistência religiosa aos presos, a proibição às penas cruéis, o respeito à integridade física e moral dos presos, bem como à assistência da família e do advogado.

O objetivo deste trabalho de monografia será discutir se o Regime Disciplinar Diferenciado resguarda os direitos e garantias do art. 5º, inerentes aos seres humanos, (principalmente do homem preso), insculpidos na nossa Carta Magna, bem como se tal Instituto está em conformidade com os princípios constitucionais, alicerce do Estado Democrático de Direito elencados pela Constituição Federal em seu art. 1º, com os princípios do direito penal e também confrontar o referido RDD com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica).

Analisaremos ainda as deficiências do sistema penitenciário brasileiro, sua falta de estrutura, o que gera, constantemente os conflitos que perturbam a ordem interna dos estabelecimentos prisionais. Logo, pode-se afirmar que o RDD é fruto de uma má política penitenciária por parte do Estado para com estas instituições. Sendo assim, não é correto que em virtude dessa ineficiência estatal, seres humanos tenham seus direitos e garantias fundamentais, bem como a sua dignidade humana suprimidos e desrespeitados por tal regime.

Importante frisar que o RDD é, ainda, uma ofensa ao princípio norteador das leis penais, princípio este que motiva a interpretação dessas leis em benefício do réu (Princípio do *in dubio pro reu*), bem como também o princípio da presunção de inocência, o qual nos remete ao pressuposto de que todo réu é inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. O fato de ser possível conduzir os presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda não foram condenados em sentença transitada em julgado ao RDD, é uma afronta direta a estes dois princípios.

1 – ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA DE RESTRIÇÃO DE LIBERDADE.

Por ser a pena o nosso objeto de estudo, convém primeiramente verificar o significado de sua expressão.

Conforme destacado por Rogelio Morais de Oliveira a palavra "pena" vem do latim POENA, "punição, castigo" para outros autores do Grego POINE, derivado de uma raiz do Sânscrito PUNYA, "puro, limpo" ligada à idéia de purificar ou limpar a alma através do castigo, sofrimento e, segundo outros, de PONDUS (peso) porque, na balança da justiça, seria necessário equilibrar os dois pratos. Há quem atribua, porém, ao vocábulo outra palavra de origem grega PONUS, "trabalho, fadiga". No sentido medieval de expiação, os partidários dessa última etimologia poderiam invocar a procedência da expressão "expiar", do grego EUS (pius) "bom, religioso, afável". Expiar seria, pois, fazer, converter em bom, corrigir. Não se deve esquecer que Platão e, contemporaneamente, Roder julgavam a pena um bem.¹

Modernamente encontramos nas palavras de Abbagnano que, "pena é a privação ou castigo previsto por lei positivada, para quem se torne culpado de uma infração". Ainda segundo o autor, "o conceito de pena varia conforme as justificações que lhe forem dadas, e tais justificações variam segundo o objetivo que se tenha em mente: 1º ordem da justiça; 2º salvação do réu; 3º defesa dos cidadãos" (ABBAGNANO, 1998, p.749).

Levando-se em conta que a pena depende de uma autoridade pública que a imponha, de lei e julgamento, é certo que a pena nesse contexto público dependeu da evolução política da comunidade, que passou a se organizar em grupos, cidades e Estados. (DOTTI, 1998, p. 31).

As origens e evolução da pena começam com os povos primitivos, e é interessante observar que eles não tutelavam bens jurídicos, e sim relações hipotéticas tidas como verdadeiras e baseadas em *totens e tabus*.

1.1. Origem e evolução da pena de restrição de liberdade no mundo.

Cezar Roberto Bitencourt, em Tratado do Direito Penal pondera que a origem da pena é muito remota, sendo tão antiga quanto à história da humanidade, por isso difícil de situá-la no tempo. (BITENCOURT, 2011, p.505).

¹ OLIVEIRA, Rogelio Morais de. **Pena como consequência jurídica do delito**. Disponível em: <http://www.rogelioadvogado.com.br/?id=17&i=39&act=ler&c=noticias> acesso em março de 2016.

Não se pode falar em um sistema orgânico de princípios penais, os grupos sociais desse tempo eram envoltos por um ambiente mágico (vedas) e religioso. A peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes da força divina (totem). Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se variadas proibições (religiosas, sociais e políticas) conhecidas por “tabu”, que, não obedecidas, acarretavam castigo. (MIRABETE, 2010, p.15).

Reforçando as palavras do supracitado autor, Dotti ressalta que a história da pena revela que a sua existência foi modelada por totens e tabus que lhe imprimiam contornos místicos enquanto os diversos castigos corporais até a morte traduziam as expressões cruentas da defesa e da vingança. (DOTTI, 1998, p.31).

A pena, em sua origem, nada mais foi que *vindita*, que surgiu de forma privada e nada mais significava que uma forma de defesa, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com a justiça, sendo certo que não havia um Estado constituído, capaz de regular as relações em sociedade. Os fenômenos naturais como a peste, a seca, e erupções vulcânicas eram considerados castigos divinos, pela prática de fatos que exigiam reparação. (NORONHA, 2009, p. 20).

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena, primeiro teve o *Período da vingança* que se subdivide em três fases: *vingança privada*, *vingança divina* e a *vingança pública* depois vieram o *Período humanitário* e por ultimo o *Período científico ou criminológico*. Todavia deve-se advertir-se que esses períodos não se sucederam integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso desaparece o outro desde logo, ocorrendo, então, a existência sincrônica dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra na outra, e, durante tempos, esta ainda permanece ao seu lado. (NORONHA, 2009. p. 20).

Para uma melhor compreensão dividiremos a origem da pena em períodos, sendo o primeiro deles o Período da Vingança.

1.1.1 Período da vingança.

Este Período possui três fases:

1.1.1.1 Fase da vingança privada

1.1.1.2 Fase da vingança divina

1.1.1.3 Fase da vingança pública

1.1.1.1 Vingança Privada.

A princípio, reação de indivíduo contra o indivíduo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, o conglomerado social colocar-se ao lado destes. É quando então pode se falar propriamente em vingança privada, pois, até aí, a reação era puramente pessoal, sem intervenção ou auxílio de estranhos. Devido a essa forma de vingança, o extermínio de grupos ou famílias era regra. Surge, então, como primeira conquista no terreno repressivo, o *talião*. Por ele, delimita-se o castigo; a vingança deixa de ser arbitrária e desproporcional. (NORONHA, 2009, p.21).

Antes da organização do Estado moderno, o qual passou a ser considerado o detentor do poder punitivo, a sociedade já se organizava em grupos. Esses grupos eram formados apenas pelas famílias, clãs e tribos, com nível muito baixo de organização social. Havia uma tentativa de se estabelecer regras que visavam ao bem estar comum. (TELES, 2006, p. 20).

Na vingança privada, quando alguém cometesse um crime, ocorria à reação da vítima, dos parentes e até de grupo social (tribo), que reagiam de forma desproporcional à ofensa sofrida, atingindo não só o ofensor, mas como também todo o seu grupo. Se o delinqüente fosse membro da tribo, podia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam invariavelmente à morte. Se o crime fosse praticado por elemento estranho à tribo, a reação era a de “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada, “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos”. (MIRABETE, 2010, p.16).

Segundo Mirabete (2010), dessa modalidade de vingança privada, com a evolução social e para evitar a dizimação de tribos inteiras, surge duas grandes regulamentações: o *Talião* e a *Composição*.

A pena do Talião, apesar de não ser propriamente uma pena, consistia na aplicação em similar proporção ao delinqüente ou ofensor que cometia algum tipo de delito².

O *talião* foi adotado pela legislação do Código de Hamurabi, Legislação Hebraica: Êxodo (23, 24 e 25), o Levítico (17 a 21) e outros a consagrarem o “*olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé*”. (NORONHA, 2009, P.21).

² A lei de talião, do latim *lex talionis* (lex: lei e talio, de talis: tal, idêntico), também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada retaliação. Esta lei é freqüentemente expressa pela máxima olho por olho, dente por dente. É a lei, registrada de forma escrita, mais antiga da história da humanidade.

Conquista igualmente importante foi a *Composição*, que era a maneira pela qual o ofensor comprava do ofendido ou de sua família o direito de represália, sua liberdade, com dinheiro, gado, armas, etc. Dessa maneira as punições físicas normalmente ficavam para os pobres, assegurando a impunidade aos mais abastados, foi largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das indenizações cíveis e das multas penais. (MIRABETE, 2010, p.16).

A *Composição* foi adotada pelo Código de Hamurabi, o Pentateuco, o de Manu e outros, podendo-se dizer que permanece até hoje entre os povos, sob forma de indenização, multa, dote, etc. (NORONHA, 2009, p.20).

Portanto, o período que compreende a vingança privada foi caracterizado pela retribuição da vítima, de seus parentes ou grupo social (tribo, clã) a que pertenciam, ao mal sofrido. Não existia uma centralização do poder punitivo. Os responsáveis para penalizar, castigar quem agisse em desarmonia com as regras estabelecidas eram o próprio ofendido, os seus familiares e até mesmo o grupo social uma vez que no contexto familiar da época eram considerados “parentes”. (WOLKMER, 2010, p.3).

A vingança privada constituía-se numa reação natural e instintiva, por isso, foi apenas uma realidade sociológica, não uma instituição jurídica.

1.1.1.2 Vingança Divina.

Nesse momento, a religião influencia de forma decisiva a vida dos povos antigos, tudo gira em torno de castigos e purificações divinas, a administração da sanção penal ficava a cargo dos sacerdotes que, como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça.

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do Deus ofendido. (NORONHA, 2009, p. 21).

Essa fase foi marcada pelo Direito Penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais Códigos é o da Índia, chamado de Manu³ (Mânava, Dharma, Sastra). Tinha por

³ Historicamente, as leis de Manu são tidas como a primeira organização geral da sociedade sob a forte motivação religiosa e política. O Código é visto como uma compilação das civilizações mais antigas. O Código de Manu não teve uma projeção comparável ao Código de Hamurabi (lembramos que o Código de Hamurabi é mais antigo que o de Manu em pelo menos 1500 anos), porém se infiltrou na Assíria, Judeia e Grécia. Em certos aspectos é um legado, para essas civilizações, comparado ao deixado por Roma à modernidade.

escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. (NORONHA, 2009, p. 21).

O conceito de Vingança Divina na repressão ao delinqüente tinha por escopo aplacar a "ira" da divindade ofendida pelo crime, bem como castigar o infrator.

Ao lado da severidade do castigo, já apontada, assinalava esse direito penal, dado seu caráter teocrático, a ser interpretado e aplicado pelos Sacerdotes, que também eram responsáveis pela administração da sanção penal que, como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça. Dessa forma fica evidenciada a influência decisiva da Igreja na vida dos povos antigos, aplicando penas cruéis, severas e desumanas em “nome de Deus”. (NORONHA, 2009, p.21).

Pode-se dizer que a religião confundia-se com o direito, e, assim, os preceitos de cunho meramente religioso ou moral, tornavam-se leis vigentes.

1.1.1.3 Vingança Pública.

Com maior organização social, chega-se a fase da vingança pública. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se a segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda marcada pela severidade e crueldade. Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma, com a aplicação da Lei das XII Tábuas⁴. (MIRABETE, 2010, p. 16).

Nesse momento com uma maior organização social, principalmente com o desenvolvimento do poder político, nasce, no seio das comunidades, a figura do Chefe ou da Assembléia, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo propósito intimidatório. (BITENCOURT, 2011.p.61).

A pena começa a perder seu caráter religioso, divino, saindo das mãos dos Sacerdotes para transformar-se em uma sanção imposta em nome de um Poder Público,

⁴ A Lei das Doze Tábuas (Lex Duodecim Tabularum ou simplesmente Duodecim Tabulae, em latim) constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano. Formava o cerne da constituição da República Romana e do mos maiorum (antigas leis não escritas e regras de conduta). Foi uma das primeiras leis que ditavam normas eliminando as diferenças de classes, atribuindo a tais um grande valor, uma vez que as leis do período monárquico não se adaptaram à nova forma de governo, ou seja, à República e por ter dado origem ao direito civil e às ações da lei, apresentando assim, de forma evidente, seu caráter tipicamente romano (imediatista, prático e objetivo).

representativo dos interesses do soberano e dos favorecidos. Predominava o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas (a de morte profundamente distribuída, como entre nós, vemos nas Ordenações do Livro V, e dada por meios cruéis, tais qual a fogueira, a roda, o arrastamento, o esquartejamento, a estrangulação, o sepultamento em vida, etc.), O sigilo do processo, os meios inquisitoriais, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana. (NORONHA, 2009, p. 24).

A pena capital era uma sanção largamente difundida e aplicada por motivos que hoje são considerados fúteis. Costumava-se mutilar o condenado, confiscar seus bens e extrapolar a pena até os familiares do infrator.

Apesar das pessoas viverem aterrorizadas nessa época, devido à falta de segurança jurídica, verifica-se avanço no fato de a pena não ser mais aplicada por terceiros, e sim pelo Estado. (NORONHA, 2009, p. 23).

Segundo Flavio Augusto Monteiro de Barros, na obra Direito Penal, parte geral, as penas com esse caráter reparatório perduraram até a Idade Média, quando era comum o banimento, a morte e a tortura. Com o Iluminismo e o Renascimento, a pena assumiu um perfil utilitário, deixando para trás o seu fundamento teleológico.

1.1.2 Período Humanitário.

Por volta dos anos 1750 e 1850 as pessoas começaram reagir contra a barbárie das punições impostas sob o pretexto de aplicação da lei, começa então a nascer o Período que ficou denominado como Período Humanitário, as pessoas começaram a se revoltar contra a arbitrariedade da administração da justiça penal e as atrocidades das penas. O maior intérprete desse anseio foi Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, que escreveu seu famoso livro *Dei delitti e delle pene* (1764), um pequeno livro que se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente. (MIRABETE, 2010, p.18).

Os princípios básicos pregados por Beccaria em *Dei delitti e delle penem* que, não sendo totalmente original, firmou em sua obra os postulados básicos do Direito Penal moderno, muitos dos quais adotados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa:

1. Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis.

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

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

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

5. Devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive as palavras dos condenados (mortos civis).

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

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

8. A pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinqüente. (MIRABETE, 2010, p.18/19).

Tal estado de coisas suscitava na consciência comum a necessidade de modificações e reformas no direito repressivo. (NORONHA, 2009, p.24).

As características da legislação criminal da Europa nesse período justificam a reação de alguns pensadores agrupados em torno de movimentos de idéias que tem por fundamento a razão e a humanidade. As Leis da época inspiradas em ideais e procedimentos de excessiva crueldade, prevalecendo os castigos corporais e as penas capitais. O Direito era usado pelos Juízes como instrumento gerador de privilégios, lhes permitindo a seu livre arbítrio, julgar as pessoas levando em conta suas condições sociais. (BITENCOURT, 2011, p.61).

Pensadores como Locke, Montesquieu, Rousseau, Diderot e D' Alembert contestavam os ideais absolutistas e pregavam a reforma das leis e da administração da justiça penal.

No fim do século XVIII o pensamento que predominava ia de encontro a qualquer crueldade e se insurgia contra qualquer arcaísmo pregado pelos ideais religiosos que pregavam que a salvação do homem dependia da sua resistência à dor por ele sofrida, além de ter repercutido bastante na aplicação da justiça. (NORONHA, 2004).

A reforma dessa situação não podia mais esperar, alguns filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade humana. (GARRIDO. 1983, p. 86).

Esse movimento teve seu apogeu com a Revolução Francesa e tinha como principal objetivo a difusão do uso da razão na orientação do progresso da vida em todos os seus aspectos.

Do Período Humanitário surgem duas grandes escolas, a Escola Clássica e a Escola Naturalista e o Direito Natural.

1.1.2.1 Escola Naturalista.

O movimento naturalista do século XVIII, que se alicerçava na supremacia da investigação experimental em oposição à indagação puramente racional, influenciou o Direito Penal. Em um período de franco domínio do pensamento positivista no campo da filosofia (Augusto Comte) e das teorias evolucionistas de Darwin e Lamark, das idéias de John Stuart e Spencer, surgindo assim a denominada Escola Positiva. (MIRABETE, 2010, p, 20).

A Escola Naturalista teve como seus principais pensadores, Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Wolf, Rousseau e Kant. Sua doutrina apontava os seguintes pontos básicos:

- a) a natureza humana como fundamento do Direito;
- b) o estado de natureza como suposto racional para explicar a sociedade;
- c) o contrato social e os direitos naturais inatos.

De conteúdo humanitário e influenciado pela filosofia racionalista, a Escola propagou o Direito Natural como sendo eterno, imutável e universal. Romagnosi, um dos iniciadores da Escola Clássica, fundamentou sua obra, "Gênese do Direito Penal", concebendo o Direito Penal como um direito natural, imutável e anterior às convenções humanas.⁵

1.1.2.2. Escola Clássica.

As idéias de Beccaria estão inseridas nas obras de vários autores da primeira metade do século XIX, que estão reunidas sob a denominação Escola Clássica, nome que foi criado em tom pejorativo pelos positivistas, más que hoje serve para reunir os doutrinadores dessa época. (MIRABETE, 2010, p, 19).

Em relação à finalidade da pena, na Escola Clássica, havia três teorias:

- 1ª. Teoria Absoluta, que entendia a pena como uma exigência de justiça;

5

Evolução histórica do direito penal Eliana Descovi Pacheco (INTERNET)

2ª. Teoria Relativa, que percebia na pena um fim prático, de prevenção geral e especial;

3ª. Teoria Mista, a qual era uma fusão das outras duas teorias, percebia na pena uma utilidade e ao mesmo tempo uma exigência de justiça.

Para a Escola Clássica, a responsabilidade penal do criminoso funda-se no livre arbítrio, que é inerente à alma humana. O crime decorre exclusivamente da vontade livre do delinqüente, e não da combinação de fatores biológicos, físicos e sociais. O crime não tem outra causa senão a vontade livre do delinqüente. (BARROS, 2011, p.43).

Francisco Carrara, o mestre de Pisa, se tornou o maior vulto da Escola Clássica. Carrara ampara-se na concepção de que o delito é um ente jurídico, constituído por duas forças:

- A física (movimento corpóreo e dano causado pelo crime à sociedade); e
- A moral (vontade livre e consciente do delinqüente em praticar ou fazer parte do delito).

Definindo o crime como sendo "a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso" (Carrara). (MIRABETE, 2010, p, 19).

Para os adeptos da Escola Clássica o método que deve ser utilizado no Direito Penal é o dedutivo ou lógico abstrato (por não se tratar de uma ciência jurídica), e não o método experimental, próprio dos Naturalistas. A pena tem a finalidade de tutelar bens jurídicos. A sanção não pode ser arbitrária, regula-se pelo dano sofrido, inclusive, e, embora retributiva, tem também a finalidade da defesa social. (MIRABETE, 2010, p, 20).

Para a Escola Clássica o criminoso era uma pessoa que por livre arbítrio infringia as Leis impostas pelo Estado, desta forma tornava-se merecedor do castigo (pena) que lhe seria aplicada por uma autoridade estatal, visava-se o fato cometido, com isso consagrando-se o princípio da proporcionalidade, evitando-se as penas corporais de toda ordem. (NUCCI, 2008, p, 69).

1.1.3. Período Científico – Escola Positivista.

Este período teve início em meados do século XIX, iniciando perto de 1850 e perdura até o momento. É um período também chamado de Criminológico destacando-se por admirável entusiasmo científico. Nele o homem começa a se preocupar com a personalidade

do delinqüente, por que razão ele comete crimes, surge também a teoria do Determinismo, que diz que para cada fato existem razões que o determina.

O movimento criminológico do Direito Penal inicia-se com os estudos do médico italiano e professor em Turim César Lombroso, que publicou em 1876 o famoso livro *L'uomo delinqüente Studiato in rapporto, all'antropologia, Allá medicina legale e alle discipline carcerarie*. Considerava o crime como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas, estudava o delinqüente do ponto de vista biológico. Apesar dos exageros da teoria lombrosiana, seus estudos abriram nova estrada na luta contra a criminalidade. (MIRABETE, 2010, p.20).

São as seguintes as idéias da teoria lombrosiana:

1. O crime é um fenômeno biológico, não um ente jurídico, como afirmava Carrara. Por essa razão, o método que deve ser utilizado em seu estudo é o experimental, e não o lógico-dedutivo dos clássicos.
2. O criminoso é um ser atávico e representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem e nasce delinqüente como outros nascem sábios ou doentios, na Biologia, é chamado de *degeneração*.
3. O criminoso nato representa características físicas e morfológicas específicas, como assimetria craniana, fronte fungidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa etc.
4. O criminoso nato é insensível fisicamente, resistente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso.
5. A causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a *epilepsia* (evidente ou larvada), que ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressão atávica.
6. Existe a “loucura moral”, que deixa íntegra a inteligência, suprimindo, porém, o senso moral.
7. O criminoso é, assim, um ser atávico, com fundo epiléptico e semelhante ao louco moral, doente antes que culpado e que deve ser tratado e não punido.

Apesar da evidente incoerência da definição do criminoso nato e dos exageros a que chegou o pioneiro da Escola Positivista e criador da Antropologia Criminal, os estudos de Lombroso ampliaram os horizontes do Direito Penal, que caminhava para um dogmatismo exacerbado. (MIRABETE, 2010, p.22).

O nome de maior destaque desse período positivista foi Enrico Ferri, que em 1880 inaugurou a sociologia criminal, editando o livro *Novos Horizontes no Direito e no Processo*

Penal. Segundo o referido doutrinador, a causa do delito é justificada pelo trinômio de fatores antropológicos, sociais e físicos. (BARROS, 2011, p, 46).

Ferri afirmava ser o homem “responsável” por viver em sociedade e para uma melhor compreensão dividiu os criminosos em 5 grupos:

- a) O *nato*, conforme propusera Lombroso;
- b) O *louco*, portador de doença mental;
- c) O *habitual*, produto do meio social;
- d) O *ocasional*, indivíduo sem firmeza de caráter e versátil na prática de crimes
- e) O *passional*, homem honesto, más de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada.

Ferri dividiu as paixões em sociais, (amor, piedade, etc.), que devem ser amparadas e incentivadas, e as paixões anti-sociais, (ódio, inveja, avareza etc.), que devem ser reprimidas severamente. (MIRABETE, 2010, p, 22).

Mirabete 2010 destaca os princípios básicos da Escola Positivista que são:

- 1) O crime é fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental.
- 2) A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade.
- 3) A pena é medida da defesa social, visando à recuperação do criminoso ou sua neutralização.
- 4) O criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente.

Os positivistas enxergavam o criminoso como sendo produto da sociedade, e que não agia por vontade própria, esse delinqüente não era possuidor do livre arbítrio, e que não lhe restava outra opção, além de ser levado ao delito por razões genéticas. Deixavam de lado o fato em si e se detinham no homem-delinqüente, motivo pelo qual a pena não necessitava representar um castigo más deveria ter um caráter preventivo, isto é, enquanto fosse útil poderia ser aplicada. (DOTTI, 2008, p, 69).

2. BREVE HISTÓRICO DAS PENAS NO BRASIL.

2.1. Período Colonial

Quando se deu o início do processo de colonização do Brasil, embora as tribos indígenas aqui existentes apresentassem diferentes estágios de evolução, as idéias de Direito Penal que podem ser atribuídas aos índios estavam ligadas ao direito costumeiro, encontrando-se nele a *vingança privada*, a *vingança coletiva* e o *talião*. Devido a esse primarismo, as praticas punitivas selvagens que aqui existiam em nenhum momento influenciaram em nossa legislação. (MIRABETE, 2010.p.24).

A colonização do Brasil iniciou perto do ano de 1500 perdurando esse período colonial até mais ou menos 1820, no início de seu descobrimento, as leis gerais de Portugal, salvo casos particulares, vigoravam no Brasil - Colônia e do seu ajuntamento fez surgir três grandes ordenações, a saber: Ordenações Afonsinas (1466), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603). (WOLKMER, 2008. p.354).

Oportuno se faz esclarecer a formação do Direito Português, este que determinou a nossa base jurídica:

(...) pode ser caracterizado como um aspecto da evolução do direito ibérico. Deste participa em suas origens primitivas, na paralela dominação romana, na posterior influência visigótica, na subsequente invasão árabe, na recepção do direito romano justinianeu, apenas separando suas trajetórias históricas quando Portugal separou seu destino do das monarquias espanholas de então, seguindo, daí por diante, o seu direito, uma independente evolução nacional.⁶

2.1.1. Ordenações Afonsinas.

As Ordenações Afonsinas foram a primeira grande compilação das leis esparsas em vigor. Resultaram de “um vasto trabalho de consolidação de leis promulgadas desde Afonso II”. Estas, porém não ficaram em vigor por muito tempo, tendo uma importância apenas para a elaboração das Ordenações Manuelinas. (WOLKMER, 2008. p. 354).

As Ordenações Afonsinas, em cuja vigência (1447 – 1521) se deu a descoberta do Brasil, não tiveram qualquer influência na nova colônia. Trata-se de uma compilação de regimentos, concordatas e leis régias anteriores [...], que naquela ocasião disputavam

⁶ MACHADO NETO, A.L. Op. Cit.

autoridade e competência com o direito canônico, com o direito romano (cujas regras são denominadas “leis imperiais”) e com os direitos locais, aqueles forais outorgados a distritos ou concelhos por senhores ou pelo próprio rei, cuja intangibilidade se reduzia desde a crise do feudalismo no século XIV. A matéria criminal se compendia, ainda que não exclusivamente, no livro V; além da influência canônica (o título I trata dos hereges, e diversos títulos criminalizam a sexualidade segundo padrões canônicos) e romana (nas “forças novas demandadas antes do ano e dia” do título LXVIII ressoa o *interdictum unde vi*), estão presentes traços germânicos (como gritos nas ruas que habilitavam a mulher forçada a querelar, no título VI), provenientes do processo histórico inaugurado com o reino visigótico. A cominação abusiva da pena de morte e das penas corporais, o emprego por arbítrio judicial da tortura (V, LXXXVII), a ampla criminalização de crenças, opiniões e opções sexuais e a própria transmissibilidade das penas respondem à conjuntura na qual se inscreve tal compilação (ZAFFARONI, 2003, p. 413).

2.1.2. Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas iniciaram aproximadamente em 1512 sendo concluídas somente em 1521. Essa nova Ordenação tinha por propósito satisfazer a vaidade de D. Manuel, sendo que este novo diploma era a cópia do código anterior acrescida pelas leis extravagantes, e com a diferença do nome, pois D. Manuel queria ter seu nome gravado na história (BUENO, 2003, p. 145). Essa nova codificação, assim como sua antecessora, não teve aplicação na prática, “pois o arbítrio dos donatários, na prática, é que impunha as regras jurídicas” (DOTTI, 1998, p.43).

Essas Ordenações se limitam a recolher e incluir novas leis e pequenas alterações topológicas na disposição dos textos. Nas delegações e jurisdição penal que os soberanos portugueses fizeram, especialmente na primeira metade do século XVI, as autoridades colonizadoras, segundo um modelo com evidentes traços feudais estavam sem dúvida presentes às estruturas burocráticas desempenhadas nas Ordenações (ouvidores, tabeliães, meirinhos etc.), porém na prática o poder punitivo era exercido desregulada e privadamente (ZAFFARONI, 2003, p. 413).

Ambas as Ordenações, tratavam do tema penal onde a privação de liberdade era utilizada apenas para garantir o julgamento, ou como meio coercitivo para garantir o pagamento da pena pecuniária. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 1995, p.20).

2.1.3. Ordenações Filipinas

Em 1603, as Ordenações Manuelinas foram revogadas, e entrou em vigor o Código Filipino, ordenado pelo rei D. Felipe III na Espanha e II em Portugal. Este código ficou famoso por suas severas penas. Porém antes do Código de Felipe teve as leis extravagantes.

Depois das Ordenações Manuelinas foram divulgadas várias leis, alvarás, decretos, cartas-régias, resoluções, provisões, assentos da Casa de Suplicação, regimentos, estatutos, avisos e portarias que foram compilados por determinação de D. Henrique. Foi incumbido de tal tarefa Duarte Nunes de Leão a fim de se ordenar a multiplicidade de éditos em vigor. A *coleção* tratou na sua IV parte dos “Dos Delitos e do Acessório a Eles”. (DOTTI, 1998, p. 44).

Na opinião autorizada de Eduardo Correia, a leitura das leis extravagantes mostra que elas nem alteraram fundamentalmente o sistema penal anterior, nem suavizaram seu caráter violento. A prisão continuava a ser prevista como um meio para obrigar ao pagamento de dívidas (natureza coercitiva) e também como expressão retributiva, com fixação em tempo certo: vinte dias, trinta dias ou dois meses. Evoluindo no quadro da execução, as leis extravagantes continham muitas regras sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade. (DOTTI, 1998, p.44).

O Código Felipo compôs-se da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, no sentido de também, facilitar a aplicação da legislação. (WOLKMER, 2008. p.355).

Este novo diploma ignorava totalmente os valores fundamentais inerentes ao ser humanos, continha um vasto número de condutas que eram proibidas, e inúmeras punições extremamente brutais. As condições pessoais do réu tinham uma grande relevância para determinar o grau de punição, pois os indivíduos de classes sociais inferiores, ficavam reservado às punições mais severas, já à nobreza, ficavam lhes garantido certos privilégios. Essas distinções ainda eram relevantes no que diz respeito ao sexo do réu. (BUENO, 2003, p. 144).

O objetivo do Código Felipo era incutir temor pelo castigo. O “*morra por ello*” se encontrava a cada passo. Aliás, a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada pela força (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito em pó. Cominados

também eram os açoites, degredo para as galés ou para a África e outros lugares, mutilação das mãos, língua e mais uma variada gama de penas humilhantes. (NORONHA, 2009, p. 54).

Era um regime fantástico e terrorista evidenciado pelo elevado número de tipos de autores, das infrações e do arsenal punitivo (DOTTI, 1998. p.45). Em contraste com essa tipologia de agentes marcada por ferro em brasa, existiam as categorias privilegiadas de sujeitos que gozavam de imunidade ou especial tratamento punitivo: fidalgos, cavaleiros, desembargadores, escudeiros etc. (DOTTI, 1998. p. 47).

Consagravam amplamente as Ordenações a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena segundo a *graveza do caso e a qualidade da pessoa*: os nobres, em regra, eram punidos com multa; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes. (NORONHA, 2009, p.54/55).

2.2. Período Imperial

Em 07.09.1822 inicia-se uma nova fase para o Brasil, começa o Período Imperial, momento em que o Brasil conquistou sua independência de Portugal. Porém as Ordenações Filipinas não foram revogadas de imediato. Uma lei promulgada pela Assembléia Constituinte em 20.10.1823 determinou que se observasse ainda a legislação portuguesa até a elaboração de um novo código. (DOTTI, 1998. p. 51).

Nessa nova fase do Brasil ocorre uma reestruturação dos valores políticos, humanos e sociais, o Brasil se desenvolve sob o manto da liberdade social. O movimento iluminista europeu teve grande influência, na criação dos princípios fundamentais do nosso direito penal.

Em 25.03.1824 foi outorgada a primeira constituição, esta trazia garantias, liberdades públicas e direitos individuais. O novo diploma legal previu a necessidade de um código criminal, que deveria ter pilares fundados na justiça e equidade. (DOTTI, 1998, p.50).

Previo a Constituição de 1824 que se elaborasse uma nova legislação penal e, em 16-12-1830, era sancionado o novo Código Criminal do Império, de índole liberal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento), fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela força, só foi aceita após calorosos debates no Congresso e visava coibir a pratica de crimes pelos escravos. (MIRABETE, 2010. p.23).

O Código honrava a cultura jurídica nacional. De índole liberal, a que, aliás, não podia fugir, em face do liberalismo da Constituição de 1824, inspirava-se na doutrina utilitária de Bentham. Influenciavam-no igualmente o Código francês de 1810 e o Napolitano de 1819. (NORONHA, 2009, p. 55).

Este novo diploma reduziu os delitos que eram apenados com morte, bem como a extinção das penas infamantes. Surge na legislação brasileira a pena de privação de liberdade, a qual substituiria as penas corporais (DOTTI, 1998, p. 53).

Elenco geral das penas

O Código Imperial previu onze classes de penas, a saber:

Morte, Galés, Prisão com trabalho, Prisão simples, Banimento, Degredo, Desterro, Multa, Suspensão do emprego, Perda do emprego, Açoutes, sendo essa última abolida pela Lei de 15.10.1886.

A pena privativa de liberdade tinha como objetivo a emenda e reforma moral do condenado, e substituir as penas corporais.

A prisão com trabalho podia ser perpétua, como em algumas hipóteses de crimes políticos. A prisão simples obrigava os réus a permanecerem reclusos em prisões públicas pelo tempo marcado pela sentença. (DOTTI, 1998, p.54).

Este Código também se espelhou na lei da desigualdade e no tratamento iníquo do escravo. Comina as penas de galés e de morte. Esta, por sinal, provocou acalorados debates, quando foi da discussão do Projeto, dividindo-se Liberais e Conservadores, prevalecendo por pequena maioria a opinião destes, cujo argumento principal era a necessidade da pena capital para o elemento servil, em face de seu nível inferior de vida, pelo que inócuas lhe seriam as penas. (NORONHA, 2009, p. 56).

Ainda dentro do período imperial, em decorrência de um erro judicial, que condenou a força o fazendeiro Manoel da Mota Coqueiro, acusado de homicídio, sendo que após sua execução foi verificado sua inocência, a pena de morte foi definitivamente abolida no Brasil. (BUENO, 2003, p. 149).

2.3. Período Republicano

Em 1889 o Marechal Deodoro da Fonseca assume o poder e o Brasil se torna uma República. Mesmo tendo tido alguns avanços sociais, como por exemplo, a Lei Áurea, o antigo código criminal, necessitava ser substituído.

O decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, convalidou o projeto no

“Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”. Este novo Código possuía penas mais brandas, e com caráter de correção. Um ano depois a Constituição foi promulgada, abolindo algumas penas impostas pelo atual Código Penal. Diante de tantas modificações, a pena ainda conservava seu caráter “instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social”. (SCHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 41).

Sendo este Código Penal alvo de duras críticas pelas falhas que apresentava e que decorriam, evidentemente, fruto da pressa que fora elaborado. Instalou-se o regime penitenciário de caráter correccional, o que constituía um avanço na legislação penal. Entretanto, o código era mal sistematizado e, por isso, foi modificado por inúmeras leis até que, dado a confusão estabelecida pelos novos diplomas legais, foram todas reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213/32. (MIRABETE, 2010. p. 23).

Infelizmente o novo estatuto estava longe de seu antecessor e logo se viu alvo de veementes e severas críticas. Carvalho Durão foi um dos que mais o criticaram. João Monteiro chegou a chamá-lo “o pior de todos os códigos conhecidos”. De fundo clássico, procurou suprir lacunas da legislação passada, definiu novas espécies de ações delituosas, aboliu a pena de morte e outras, substituindo-as por sanções mais brandas. (NORONHA, 2009, p.58).

O Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, incumbiu o conselheiro Baptista Pereira a organizar o projeto de um novo Código Penal. Antes mesmo de tal evento, o Governo baixou o decreto 774, abolindo a pena de galés e reduzindo para 30 anos as penas perpétuas, mandando computar no tempo de prisão o cumprimento da prisão preventiva e instituindo a prescrição das penas. (DOTTI, 1998, p.55).

Diante das circunstâncias que criaram o Código, os juristas da época o criticavam muito por suas imperfeições técnicas e pela deficiência de seus conceitos. Devido a esses defeitos já em 1893 foi apresentado à Câmara dos Deputados um novo projeto de reforma, porém sem obter êxito.

O Desembargador Virgílio de Sá Pereira, em 1927 divulgou o projeto do Código Penal. Este projeto era dividido em duas classes: principais e acessórias. As principais seriam as multas, o exílio local, a detenção, a prisão e a rejeição. As acessórias seriam a interdição de direitos, a publicação da sentença, o confisco de certos bens e a expulsão de estrangeiro. (DOTTI, 1998, p.58).

2.4 A Segunda República (1934/1937)

Devido ao exorbitante número de leis, e as fortes tendências em rever o Código Penal de 1890, o governo promove uma consolidação das leis existentes. Pois, “havia dificuldades não somente de aplicação das leis extravagantes como também de seu próprio conhecimento”. (DOTTI, 1998, p. 58).

O trabalho de consolidação das leis ficou a cargo do Desembargador Vicente Piragibe.

Vitorioso o movimento militar revolucionário de 1930, foi editado o primeiro decreto visando à organização da futura Assembléia Nacional Constituinte que se destinava a rever a legislação em vigor e a “apresentar novas considerações e projetos de leis que o Governo Provisório adotaria ou mandaria mais tarde ao Poder Legislativo”⁷.

Em 1934 houve a promulgação da Constituição da Republica. A nova carta extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, quanto à pena de morte, ficavam ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro, art. 113, §§ 27, 28 e 29. (DOTTI, 1998, p. 59).

Outras garantias aplicáveis ao Processo Penal surgem, a saber:

1. *Instituição do Juiz Natural,*
2. *Proibição de detenção ou prisão arbitrária, de foro privilegiado e tribunais de exceção;*
3. *Concessão generosa da fiança;*
4. *Garantia da plenitude de defesa e os mecanismos de proteção de direitos como o Habeas corpus e o direito de petição, caracterizando o nítido caráter liberal da Carta de 1934.* (DOTTI, 1998, p. 60).

Em 1937 com a entrada do Estado Novo, a lei penal sofre mudanças influenciadas pela nova geografia política. O Presidente Getulio Vargas outorga a nova Constituição, sob o prisma do poder autoritário e militar. O congresso é fechado, criam-se crimes políticos e a figura da pena de morte reaparece. Neste momento histórico os direitos e garantias individuais são limitados pelo bem publico e a segurança do Estado. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p.42).

Francisco Campos era o novo ministro da justiça e designou o professor Alcântara Machado para estudar as mudanças na lei penal, e realizar as devidas alterações. (DOTTI, 1998, p.64).

⁷ LEMOS, Brito. A nova Constituição brasileira, Rio de Janeiro, 1934, p. 64.

O anteprojeto de Alcântara Machado previa as penas de reclusão de um ano no grau mínimo e trinta no máximo, detenção de seis dias a três anos, segregação, por igual tempo previsto nas penas privativas de liberdade e multas, adotando o sistema dualista (penas e medida de segurança), além dos efeitos da condenação, como registro e a publicação da sentença, o confisco e a inabilitação. (DOTTI, 1998, p. 65-66).

Em 31 de dezembro de 1940 é publicado o novo Código Penal. “Erigido sobre o Anteprojeto Alcântara Machado, o Código Penal teve em Néelson Hungria seu principal redator”. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 1995, p.23), o Congresso Nacional ainda encontrava-se fechado.

Segundo Shecaira e Corrêa Junior este Código é caracterizado pelo “tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia” e permaneceu fora das discussões dos cursos jurídicos até o ano de 1970 (1995, p. 23).

No ano de 1946 com o fim da 2ª Guerra Mundial, uma Constituição Federal é promulgada, a primeira e mais democrática de sua história até então, esta limitava o poder punitivo do Estado e “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a Lei nº 3.274/57, que dispõe sobre Normas Gerais do Regime Penitenciário, declarou a necessidade da individualização da pena”. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 24).

Lecionam ainda os supracitados autores que “a finalidade da sanção penal estava centrada na prevenção especial, ou seja, buscava-se a recuperação social do condenado”.

Em 1964 acontece o golpe militar, porém não foram alteradas de imediato as leis penais, mas as garantias formais da legislação de nada adiantariam frente à ação da polícia armada, influenciada pela ditadura militar.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional, esta estabeleceu penas gravíssimas para as infrações políticas, (pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão) eram revividas, e as garantias processuais foram reduzidas. Nesse mesmo ano os Ministros promulgaram uma emenda à constituição de 1967, desfigurando-a de maneira essencial. (DOTTI, 1998, p. 79).

Prevvia de forma expressa em seu artigo 37 o futuro diploma a finalidade de prevenção especial, “proclamando que a execução penal deve ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social. (DOTTI, 1998, p. 79).

O Código Penal de 1969 ficou conhecido por ter tido a *vacatio legis* mais longa da nossa história, tendo sido revogado pela Lei nº. 6.578/78, (BITENCOURT, 2009, p. 49).

A Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, reprimiu novamente a pena de morte, prisão perpétua e o banimento.

2.5 A Reforma Penal de 1984

Após o fracasso da tentativa de reforma do Código Penal, o chefe do executivo, pela portaria nº 1.043/80, instituiu uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei de reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. A comissão apresentou seu trabalho apoiada no princípio de *nullum crimen sine culpa* e na idéia de reformulação do elenco tradicional das penas. (MIRABETE. 2010, p.24). Como principais inovações podem ser citadas:

1. A reformulação do instituto do erro, adotando-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludentes da culpabilidade.
2. A norma especial referentes aos crimes qualificados pelo resultado para excluir-se a responsabilidade objetiva.
3. A reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes do crime.
4. A extinção da divisão entre penas principais e acessórias e a criação das penas alternativas (restritivas de direitos) para os crimes de menor gravidade.
5. A criação da chamada multa reparatória.
6. O abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade.

E foi a Lei nº 7.209, de 11 de julho 1984 que possibilitou à reforma da parte geral do Código Penal de 1940, sendo extensa e realizada em clima de ampla discussão teórica e democrática. Esta reforma aboliu as penas acessórias e o duplo binário⁸ passando o nosso

⁸ Até 1984, o cumprimento de “medidas de segurança versus penas” estava sujeito ao chamado sistema “duplo binário”, isto é, as sanções poderiam ser duplas, pois o indivíduo poderia recebê-las da seguinte maneira:

- se imputável, lhe seria aplicada a pena correspondente;
- se inimputável, seria aplicada medida de segurança e finalmente,
- se semi-imputável, poderia receber uma pena que legalmente poderia ser diminuída (o próprio Código Penal rezava – e reza - assim), e, ao mesmo tempo, receber uma medida de segurança.

sistema a ser regido pelo sistema vicariante⁹. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 25).

Nesse contexto, as penas restritivas de direitos surgem como alternativas penais à pena privativa de liberdade, de modo a se evitar os males do encarceramento, através da restrição de direitos do condenado. Antes somente era possível a substituição para condenações cujo período era inferior a um ano. O sistema punitivo tornou-se mais coerente, e disciplina a severidade das punições de forma proporcional à gravidade dos delitos: para os crimes mais leves, em que a pena privativa de liberdade aplicada não fosse superior a seis meses, admitia-se a possibilidade de substituição pela pena de multa; diante de infrações um pouco mais graves, cuja pena fosse inferior a um ano, podia o magistrado substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos; em se tratando de delitos cuja pena não fosse superior a dois anos, era cabível a suspensão condicional da pena; infrações cujo montante da pena fosse superior a dois anos e inferior a quatro deveriam ser cumpridas em regime aberto; penas superiores a quatro anos e inferiores a oito, em regime semi-aberto; e condenação superiores a oito anos, em regime fechado.

A publicação da sentença, por seu caráter infamante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal, e na tentativa de mitigar os efeitos negativos da prisão, criou-se o regime progressivo de estabelecimento mais ou menos rigoroso, de acordo com a conduta do sentenciado, o livramento condicional e o *sursis* visavam o mesmo fim. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 25).

Porém, com essa reforma, não se assegurou a harmônica conciliação da defesa dos interesses sociais com a preservação dos direitos e garantias individuais, que devia presidir a reforma conforme a “carta de princípios” formulada pelo 1º Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária realizada em 1981 em Brasília. (MIRABETE, 2010. p. 25).

Sentindo a necessidade de alteração da legislação Penal, especialmente no que diz respeito à parte Especial do Código Penal e às Leis Penais Especiais, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 1994, fixou como diretriz “ênfaticamente a necessidade de se efetivar a reforma do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal como pressuposto básico para o aperfeiçoamento da dinamização da Justiça Criminal”(art. 1º da Resolução nº7, de 94). (MIRABETE, 2010. P. 25).

⁹ Vicariante - onde o sujeito recebe alternativamente ou pena ou medida de segurança - a aplicação é alternativa. Ou é um ou outro - observação a palavra vicariante quer dizer alternativa por isso pode existir a expressão multa vicariante que é uma multa alternativa.

2.6 Leis Posteriores à reforma de 1984 e atuais tendências do legislador.

O legislador, preocupado em adaptar a legislação penal aos nossos tempos, tem ensejado varias alterações no Código Penal. Após a reforma de 1984, 9 diplomas modificaram 16 artigos da Parte Geral e, desde o início da vigência do Código, 45 leis promoveram, na Parte Especial, a alteração de 64 artigos, a revogação de 24 outros e a inclusão de 24 novos artigos. Essas alterações e o elevado número de leis extravagantes refletem as principais tendências do legislador pátrio em flexibilizar a pena privativa de liberdade, sobretudo as de curta duração e referente aos réus primários. (MIRABETE, 2010. ps.25/26).

A Lei nº 9.714/98- Lei das Penas Substitutivas

Com o advento da Magna Carta de 88, foi necessário fazer alguns ajustes, pois a mesma trazia novas modalidades de sanções penais, ampliando o rol penal.

Esta nova lei, segundo Shecaira e Corrêa Junior “inaugurou de forma pouco técnica e bastante precipitada, um novo sistema de penas na legislação nacional” (2002, p.47).

Com a criação da Lei nº 9.714 de 1998 ocorreu um significativo aumento no âmbito de incidência das penas restritivas de direitos, passando a ser aplicado até mesmo para infrações mais graves, cuja condenação seja por prazo inferior a quatro anos. Essa modificação quebrou a harmonia sistemática da legislação anterior, fragilizando a proporcionalidade da resposta jurídica e causando a paradoxal situação de termos, no nosso sistema, reprimendas mais graves para crimes mais leves e vice-versa. (ARAÚJO, 2001. p. 172-173).

Miguel Reale Junior critica o abandono da prisão-albergue e a falta de critérios rigorosos para nortear os princípios necessários para a substituição da pena privativa de liberdade, conclui o jurista da seguinte maneira (1999 ps. 38/39):

Assim, vários problemas graves são gerados por essa legislação que sem visão de unidade do sistema e do inter-relacionamento dos institutos, sem compreensão da proporcionalidade que deve iluminar a cominação das penas, em função do valor do bem jurídico atingido, e expresso no quantum da pena aplicado, fez terra arrasada no conjunto harmônico e escalonado que constituía a Parte Geral de 1984. É o resultado da precipitação dos autores do projeto, cujas viseiras

impediram o reconhecimento do conjunto e a compreensão das relações entre os institutos.

Em caminho oposto a essa tendência de suavizar a pena de prisão, devido à proliferação e fortalecimento das organizações criminosas e a sofisticação de seus métodos de atuação, conduziram o legislador a engendrar respostas potencialmente mais eficazes no combate a essa forma de criminalidade, mediante a edição de normas de caráter penal e processual penal. Entre essas alterações podemos citar o art. 52 da LEP, inserido pela Lei nº 10.792/03, que versa sobre a aplicação do (RDD) Regime Disciplinar Diferenciado. (MIRABETE, 2010.p.26). Assunto este que trataremos com mais afinco no capítulo 3 deste trabalho.

2.7 A pena no atual ordenamento jurídico brasileiro.

No atual sistema jurídico brasileiro, as penas previstas são: as privativas de liberdade, restritivas de direitos e as de multa. Todas são penas principais, restando abolida a categoria das penas acessórias e o duplo binário.

Segundo o balizamento extraído do art. 5º, XLVII da Constituição Federal no Brasil, 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;

Sendo o agente infrator pessoa jurídica, as penas serão:

- a) multa;
- b) restrição de direitos;
- c) prestação de serviços a comunidade ou a liquidação forçada (Lei 9.605/98).

As penas privativas de liberdade são a reclusão e a detenção. Sendo a reclusão destinada aos crimes dolosos e a modalidade detenção, tanto aos crimes dolosos como aos crimes culposos.

Não existe hoje diferença essencial entre reclusão e detenção. A lei usa esses termos mais como índices ou critérios, para a determinação dos regimes de cumprimento de pena.

A reclusão é cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A detenção é cumprida somente nos regimes semi-aberto ou aberto (salvo posterior transferência para regime fechado, por incidente da execução).

As penas restritivas de direitos introduzidas ao Código Penal, pela chamada Lei de Penas Substitutivas (Lei nº. 9714/98) são:

- a) Prestação pecuniária, consistente no pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. O valor é fixado pelo juiz, sendo de, no mínimo, um salário mínimo e, no máximo, 360 daqueles salários. A importância paga será descontada da condenação eventualmente alcançada na ação de reparação civil, se forem os mesmos beneficiários (art. 45, § 1º, do Código Penal). Não existe norma regulamentando a execução, mas, por analogia, poderá ser empregado o procedimento para a cobrança da multa penal (executivo fiscal). Havendo concordância do beneficiário, a prestação pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza (art. 45, § 2º, do Código Penal);
- b) Perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário. O valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior (art. 45, § 3º, do Código Penal);
- c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas. Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, conforme suas aptidões. Somente terá cabimento quando a pena substituída for superior a seis meses. O cumprimento será à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. A fixação do período deve ser realizada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Se a pena substituída for superior a um ano, o condenado poderá, querendo, prestar mais horas por dia, cumprindo a pena em tempo menor, até o limite de metade do tempo inicialmente estipulado (art. 46, § 1º, do Código Penal);
- d) Interdição temporária de direitos, como a proibição de profissão ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, a suspensão de habilitação para dirigir veículos ou a proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, I a IV, do Código Penal);

- e) Limitação de fim de semana, onde há obrigação de o condenado permanecer, aos sábados e domingos, por 5 horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (art. 48 do Código Penal).

Em relação a limitação de fim de semana o certo seria ser classificada como pena privativa de liberdade, e não como restritiva de direitos, pois atinge a liberdade de ir e vir do indivíduo em períodos determinados, da mesma forma como a reclusão e a detenção em regime aberto.

As penas restritivas de direitos são substitutivas, ou seja, não se aplicam por si, de imediato, mas apenas em substituição às penas privativas de liberdade, nos casos enumerados em lei.

Tratando-se de pessoa jurídica, as penas restritivas de direitos são:

- a) Suspensão parcial ou total de atividades;
- b) Interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade;
- c) Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doação, Lei nº. 9.605/98 art. 22, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

A prestação de serviços, no caso das pessoas jurídicas, é uma pena autônoma, podendo consistir em custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos ou contribuição a entidades ambientais ou culturais públicas Lei nº. 9.605/98, art. 23.

A multa penal pode ser cominada como pena única, como pena cumulativa (e multa), como pena alternativa (ou multa), e também em caráter substitutivo.

Na condenação igual ou inferior a um ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma multa ou por uma pena restritiva de direitos.

Se superior a um ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma multa mais uma pena restritiva ou por duas penas restritivas de direito, art. 44, § 2º, do Código Penal, com a redação da Lei nº. 9.714/98.

Está, portanto, revogada tacitamente a norma do art. 60, § 2º, do Código Penal, que limitava a seis meses a pena passível de substituição por multa. O valor da multa aplicada na sentença deve ser atualizado pelos índices de correção monetária, art. 49, § 2º, CP, índices esses, que variam no decorrer do tempo.

A pena de multa não pode mais ser convertida em privativa de liberdade, por ser agora considerada como dívida de valor, com a aplicação das normas da dívida ativa da Fazenda Pública, art. 51 do Código Penal, na redação da Lei nº. 9.268/96.

3. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Desde surgimento do homem o direito penitenciário existe, assim relata Edgar Magalhães Noronha, que *"a história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou"*. (NORONHA, 1987 p. 20).

As péssimas condições da maioria das penitenciárias brasileiras provocaram inúmeras revoltas nos detentos e em toda a sociedade. Em virtude dessa precariedade instalaram-se dentro dos estabelecimentos penais, as organizações criminosas e sob seu comando explodem rebeliões e reivindicações por melhores condições de sobrevivência.

Imprescindível destacar o manuscrito, citado por Roberto Porto, apreendido pelo GAECO e o DEIC (Departamento de combate ao Crime Organizado – Polícia Civil de São Paulo), enquanto cumpriam o mandado de busca e apreensão na residência de um dos Líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC),

“Não somos uma organização criminosa, muito menos uma facção, não somos uma Utopia e sim uma transformação e uma nova filosofia: Paz, Justiça e Liberdade. Fazemos parte de um comportamento carcerário diferente, aonde um irmão jamais deixará outro irmão sobre o peso da mão de um opressor, somos um sonho de luta, somos uma luta permanente de um sistema mais justo, mais igual, aonde o oprimido tenha pelo menos uma vida mais digna e humana. Nascemos num momento de opressão em um campo de concentração, sobrevivemos através de uma união, a semente foi plantada no asfalto, no cimento, foi regada a sangue, a sofrimento, ela gerou vida, floresceu, e hoje se tornou o “braço forte” que luta a favor de todos os oprimidos que são massacrados, por um sistema covarde, capitalista e corrupto, um sistema que só visa massacrar o mais fraco. O sistema insiste em nos desmoralizar com calúnias e difamações, nos rotulam como monstros, como anti-sociais, mas tudo isso é parte de uma engrenagem que só visa esconder uma realidade, uma verdade, ou seja, o sistema precisa de um bode-expiatório. Muitos irmãos já morreram nessa luta desigual, muitos se sacrificaram de corpo e alma por um ideal. Hoje o que o sistema negava o que ele repudiava. Hoje ele é obrigado a admitir a nossa existência. O próprio sistema criou o “Partido”. O “Partido” é parte de um sonho de luta, hoje somos fortes aonde o inimigo é fraco, a nossa revolução esta apenas começando, hoje estamos preparados psicologicamente, espiritualmente e materialmente, para dar a nossa própria vida em prol da causa. A revolução começou no Sistema Penitenciário e o objetivo é maior, revolucionar o sistema governamental, acabar com este regime capitalista, aonde o rico cresce e sobrevive, massacrando a classe

mais carente. Enquanto crianças morrerem de fome, dormirem na rua, não terem oportunidade de uma alfabetização, de uma vida digna, a violência só se tornará maior, as crianças de hoje, que vendem “doces” no farol, que se humilham por uma esmola, no amanhã bem próximo, através do crime, irá por todo o ódio, toda rebeldia para transformar seus sonhos em realidade, pois o oprimido de hoje será, o opressor de amanhã, o que não se ganha com palavras se ganhará através da violência e de uma arma em punho. Nossa meta é atingir os poderosos, os donos do mundo e a justiça desigual, não somos criminosos por opção e sim somos o que somos por uma sobrevivência somos subversivos e idealistas. Se iremos ganhar essa luta não sabemos, creio que não, más iremos dar muito trabalho, pois estamos preparados para morrer e renascer na nossa própria esperança de que o nosso grito de guerra irá se espalhar por todo o país. Pois se derramarem nosso sangue e o nosso Partido ser escutado, com certeza aparecerão outros que irão empunhar armas em prol de uma única filosofia: “Paz, Justiça e Liberdade”- SE TIVER QUE AMAR, AMAREMOS, SE TIVER QUE MATAR MATAREMOS. (PORTO, 2008, p. 61).

Assim, as ausências de atenção do Estado e da sociedade para a questão prisional fizeram com que as idéias apontadas no discurso supra mencionado se disseminassem e em pouco tempo juntassem milhares de criminosos em torno de alguns líderes. (PORTO, 2008, p. 61).

Quando o Poder Público se deu conta do que estava acontecendo, tinha diante de si um quadro desordenado e caótico. Somente a facção criminosa PCC contava com um quadro de aproximadamente 6 mil integrantes, todos doutrinados e dispostos a atender às ordens de seus líderes. (PORTO, 2008, p.61). Então surge a pergunta, de como restabelecer a ordem e o controle da massa carcerária e do sistema prisional.

3.1. Os principais aspectos do Regime Disciplinar Diferenciado.

O Regime Disciplinar Diferenciado se constitui em uma sanção mais rígida, a qual é aplicada a determinados presos por terem praticado fato previsto como crime, possuindo suas hipóteses de cabimento taxativamente previstas no art. 52, I a IV da Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984 Lei de Execução Penal (LEP), e características de aplicação de penas mais rigorosas em comparação ao regime comum. A Lei nº. 10.792 de 1º de dezembro de 2003 deu vida ao Regime Disciplinar Diferenciado. (NUCCI, 2012. p. 1011).

Porém, após seu surgimento suas naturezas, jurídicas e conceituais foram sendo debatidas e (re) construídas pelos doutrinadores e órgãos estatais.

- É um regime duro, um regime forte para aqueles criminosos fisicamente perigosos, para os

chefes de quadrilha e para os quadrilheiros. Estes têm que estar isolados, num regime disciplinar duro. Essa é a nossa posição, que nós apoiamos. Estas foram às palavras do ministro Márcio Thomaz Bastos na reportagem do Fantástico da TV Globo, que foi transmitida no dia 09/11/2003.

No RDD, visitas, só uma vez por semana e previamente agendadas. Durante o encontro de duas horas o preso fica atrás de uma grade de ferro protegida por uma tela, para evitar contato físico com as visitas.

Em relação às características do RDD, estão também elencadas no art. 52, I a IV, da LEP e são as seguintes: duração máxima de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 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 à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol, porém sem manter contato com outros presos e também não terá direito a visitas íntimas. (NUCCI, 2012. p.1011).

Em relação ao inciso IV do art. 52, que prescreve o direito ao banho de sol e as outras características do RDD, o Desembargador Borges Pereira do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o HC nº 978.305.3/0-00, asseverou categoricamente, que tal regime fere a dignidade da pessoa humana, nominando tal regime de “*aberração jurídica*” e que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor ¹⁰.

A respeito da duração máxima da pena no RDD, que corresponde a 360 dias, que poderá ser prolongado até 1/6 da pena aplicada, o Superior Tribunal Federal se posicionou no sentido de que esse limite de um sexto deve ser calculado em cima das penas impostas no caso concreto e não com base nos trinta anos (que é o máximo de pena a ser cumprida no nosso ordenamento jurídico – Art. 75 do CP).

Súmula 715 do STF: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art.75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável à execução.

¹⁰ Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 978.305.3/0-00. Relator: Desembargador Borges Pereira. Decisão unânime. São Paulo, 15.08.2006. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 22 de abril de 2016.

3.2. Surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil.

Não se pode negar que o Estado brasileiro tem se mostrado negligente em oferecer a segurança almejada dentro das penitenciárias do país, abrindo espaço para que surja um clima crônico de insegurança nestes estabelecimentos penais e comprometendo a segurança, dos próprios detentos, funcionários e de toda a sociedade. Esta negligência, por assim dizer, ineficiência estatal, têm colaborado sobremaneira para o entrelaçamento das chamadas facções criminosas cada vez mais poderosas.¹¹

Pensando em como conter essas facções criminosas, o Governo Federal em março de 2003, estudava uma medida provisória para criar um sistema de “cárcere duro” na execução da pena, aplicado aos condenados por delitos ligados ao crime organizado. Esta era a idéia original, tendo por objetivo principal, dar amparo legal ao Regulamento Disciplinar Diferenciado, existente como norma administrativa em prisões de segurança máxima nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Em uma entrevista dada pelo então ministro da justiça Marcio Thomaz Bastos à imprensa em março de 2003 ele assim se manifestou:

- Admitimos o endurecimento do regime, mas também o conceito de que só deve ir para a prisão quem é perigoso.

E em meados do primeiro semestre de 2003, a comunidade jurídica nacional comprometida com a garantia dos direitos fundamentais expressos na Constituição e em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, foi assombrada com a divulgação pela imprensa de projetos de modificação da estrutura normativa da política penitenciária. Reproduzia-se, nos meios de comunicação, que a experiência anômala do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), instituído em São Paulo e no Rio de Janeiro para “conter” conflitos carcerários, seria universalizada por Lei Federal. (SALO e RUSSOMANO, 2005.p. 8).

Segundo o Ministro Marcio Thomaz Bastos o Regime Disciplinar Diferenciado era uma boa medida para conter o avanço da violência que essas organizações criminosas estavam espalhando dentro e fora dos muros das penitenciárias e que o judiciário paulista já havia declarado sua constitucionalidade (STJ-HC nº 40300/RJ; TJSP – HC nº 903.078-3/0; RT 843/548).

¹¹ COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário? Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/11466/10202>>. Acesso em: 14 de agosto de 2015.

Esse recrudescimento disciplinar esteve igualmente relacionado com a necessidade do Poder Público reafirmar seu controle sobre os estabelecimentos prisionais. O exemplo mais nítido do “pânico” estatal em demonstrar à sociedade sua incapacidade ocorreu no episódio Fernandinho Beira-Mar. Naquele momento, a construção do anti-herói nacional personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho, associada ao homicídio de dois Magistrados de Varas de Execuções Criminais – 14 de março de 2003 em São Paulo (SP) e 24 de março em Vitória (ES) –, agregou o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização desses presos “perigosos”. (SALO e ROSSUMANO, 2005, p.18).

Seguindo o raciocínio de apontar culpados pela falência do sistema prisional brasileiro, os líderes das chamadas facções criminosas, conhecidos como “Fernandinho Beira-Mar”, “Marcinho VP”, “My Thor”, “Isaias do Borel”, entre outros, foram taxados pelo Estado como inimigos da sociedade, uma vez que conseguiram planejar movimentos desastrosos em vários lugares do país, sendo que os mesmos estavam presos.¹²

No Estado do Rio de Janeiro no dia 11 de janeiro de 2002 explode uma grande briga entre facções rivais dentro do presídio de segurança máxima Bangu I, facções estas que operavam o tráfico de drogas na cidade, as quais foram Amigos dos Amigos - ADA, contra o Comando vermelho – CV liderada pelo narcotraficante Fernandinho Beira-mar, com a ajuda do Terceiro Comando, fato este que também foi um marco para que a Lei nº 10.792/03 fosse instituída.¹³

Comentando sobre essas rebeliões o Secretário de Estado da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro da época, Astério Pereira dos Santos (2009, online), o objetivo desse novo instituto o RDD era:

*-“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 [...]. Afastar essa liderança de opressores dos demais presos, quase sempre criminosos ocasionais e eventuais, de escassa ou nenhuma periculosidade é, sobretudo um ato de humanidade”.*¹⁴

¹² COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário? Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/11466/10202>>. Acesso em: 14 de maio de 2015

¹³ Tatiana Moraes Cosate. P.?. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12606>>. Acesso em: 30 jul. 2015

¹⁴Barbara.VieiraNunes,disponível,em: http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/edf_2010/artigos/art01B%C3%A1BarbaraVieiraNunes.pdf. Acesso em: 30 julho. 2015.

Para dar uma resposta à sociedade que, de alguma maneira, o problema crônico da insegurança dentro e fora dos presídios esta sendo resolvido, o Estado, não raras vezes, acaba por atingir direitos e garantias fundamentais do ser humano, garantidos na Constituição brasileira e em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, que além de um direito, é fundamento da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana.¹⁵

Assustados com a onda de violência causada pelas facções criminosas dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, ocorre à primeira experiência do Regime Disciplinar Diferenciado que, entra no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, através da Resolução nº 26 de 2001 da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, motivada por uma rebelião ocorrida na casa de Custódia de Taubaté, unidade de segurança máxima, em 18 de dezembro de 2000, que resultou na morte de nove presos e na destruição de um setor do presídio, com o objetivo de manter seus líderes isolados por até 360 dias. (BARROS, 2011, p. 470).

Instituir o RDD através da Resolução 26 de 4/5/2001 foi maneira encontrada pela Secretaria do Estado da Administração Penitenciária para tentar restabelecer o comando de um sistema prisional corrupto e desgovernado, “um regime mais severo aplicável aos líderes e integrantes de facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, a fim de assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional paulista”. (PORTO, 2007, p. 62).

Na tentativa de frear o poderio dessas organizações criminosas então surge à primeira experiência de Regime Disciplinar Diferenciado, como resposta contingente à megarebelião ocorrida no Estado de São Paulo no início de 2001. Esse conflito envolveu 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 04 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado. (SALO e RUSSOMANO).

Em consequência dessa rebelião, todos os presos foram transferidos para outras unidades até que a unidade de Taubaté fosse reformada. Depois da reforma, a maioria dos presos que tinham sido transferidos retornaram para a mesma. Sendo que, apenas 10 (dez) presos não retornaram e prosseguiu isolados, vez que foram taxados pelas autoridades judiciárias como líderes da rebelião ocorrida.¹⁶

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

17 RIBEIRO, Jorge Fernando dos Santos. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2407, 2 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14291>>. Acesso em: 20 de julho de 2015

Outras rebeliões também surgiram após as manifestações que ocorreram em São Paulo, tendo também relevância a que ocorreu em 11 de setembro de 2002 no Rio de Janeiro.

A rebelião que ocorreu dia 11 de setembro de 2002, no Rio de Janeiro, já estava predeterminada pelo estatuto da facção criminosa, conhecida por “Primeiro Comando da Capital”, que acabou destruindo um famoso pavimento chamado vulgarmente “Piranhão”. Depois desse episódio as autoridades judiciárias transferiram todos os presos daquela unidade para outros estabelecimentos penais, provocando assim, mais revoltas entre os presidiários.¹⁷

Essas ações das autoridades causaram muita revolta entre os presos, fazendo com que estourasse a maior rebelião já registrada no Brasil contando com mais de 25.000 (vinte e cinco mil) presos em todo o país. O Primeiro Comando da Capital (PCC) articulou e comandou ataques nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, atacando inclusive estabelecimentos comerciais e escolas.¹⁸

Naquele ano o Rio de Janeiro se tornou alvo de constantes ataques do crime organizado, sendo determinado, em certa ocasião, que todos os comerciantes e escolas fechassem suas portas. Essa forma de intimidação acabou por aterrorizar ainda mais a população que já assistia aos movimentos rebeldes espalhados por todo o país.

Os ataques criminosos chegaram ao auge quando as facções criminosas passaram a atacar as autoridades judiciárias, executando os juízes das Varas de Execuções Penais Antônio Machado José Dias e Alexandre Martins de Castro Filho, em São Paulo e no Espírito Santo, respectivamente. Ambos eram conhecidos nos seus Estados pelo tratamento severo dispensado aos presos no que se refere à concessão de benefícios.

Com a evidente falência do sistema prisional brasileiro e com a total perda de seu controle por parte do Estado e por tantos outros fatos, entre eles o assassinato de um juiz da Vara de Execuções em Vitória do Espírito Santo e outro em Presidente Prudente-SP, não restou alternativa senão que o presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, por meio de lei federal, mandasse para o Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.073/2001, projeto este que se transformou na Lei nº 10.792/03 alterando os arts. 52, 53, 54, 57, 58 e 60 da Lei nº. 7.210/82 nossa LEP e do CPP. Então, no dia 1 de dezembro de 2003, a Câmara dos Deputados votou e criou o RDD, para combater a ação de facções criminosas. (NUNES, internet).

3.3. Requisitos e cabimento de acordo com a Lei de Execuções Penais (LEP).

¹⁷

¹⁸ RIBEIRO, Jorge Fernando dos Santos. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2407, 2 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14291>>. Acesso em: 20 de julho de 2015

A discussão sobre a aplicabilidade do instituto do RDD no ordenamento jurídico brasileiro tem sido cada vez mais intensa. Por um lado existem doutrinadores que defendem a possibilidade de coexistência harmônica entre tal instituto e a dignidade da pessoa humana enquanto que para outros, ambos não podem fazer parte da mesma ordem jurídica.¹⁹

No que tange à aplicação do RDD, o art. 52, I a IV, alterado pela Lei nº. 10.792/03, estabelece que todos os presos, maiores de dezoito anos, nacional ou estrangeiro, que estejam cumprindo pena em regime fechado, provisório ou definitivo, excetuando-se os que estejam recolhidos em razão de medida de segurança, estão sujeitos a esse regime.

Prevista como sanção disciplinar (art. 53, inciso V), a inclusão neste regime só será possível nas hipóteses de cometimento de falta de natureza grave conforme o que diz o caput do art. 52, ou seja, nas hipóteses de cometimento de crimes dolosos e que ocasionem a subversão da ordem ou da disciplina do estabelecimento penal. Para os fatos que configurem apenas crime doloso e não provoquem a subversão da ordem e da disciplina e para os fatos que não configurem crime doloso, mas que ocasionem essa subversão será aplicado às sanções previstas nos incisos III e IV do art. 53, quais seja suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo. (MIRABETE, 2004, p. 150).

O Regime Disciplinar Diferenciado, é caracterizado por ser um regime mais rigoroso e que mantém o preso afastado do convívio com os demais detentos, tem suas hipóteses de cabimento e elementos autorizadores descritos no art. 52 da Lei de Execução Penal (LEP), inserido pela Lei nº. 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que alterou também vários outros dispositivos da execução penal no Brasil, in verbis:

Art. 52. A prática de fato prevista como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, 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;

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Parecer-RDD. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/cnppc/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD%20_final_.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2016.

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.**

Nucci, sabiamente, alerta aos juízes da execução que: “é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade da inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente, no Regime Disciplinar Diferenciado”. (NUCCI, 2006, p. 308).

Seguindo a regra do § 1º do art. 52 da LEP, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu a inclusão do condenado L.H.S. em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A solicitação foi feita no Habeas Corpus (HC) 118494, impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, com pedido de liminar, contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que determinou que o condenado fosse incluído no RDD, pelo prazo de 60 dias, por ter iniciado tumulto generalizado ocorrido no interior da unidade prisional em que cumpria pena.

Conforme os autos, o secretário de Administração Penitenciária de São Paulo requereu, em junho de 2011, a inclusão de L.H.S. no regime disciplinar diferenciado. O juízo da 5ª Vara das Execuções Criminais de São Paulo (SP) indeferiu o pedido de inserção do apenado no RDD, por entender que apesar de as provas apresentadas na sindicância confirmarem postura indisciplinar voltada à provocação de tumulto, **não ficou demonstrado que tais condutas “tenham gerado risco efetivo de subversão da ordem ou da disciplina locais, ou mesmo instabilidade de difícil controle”.**

Guilherme de Souza Nucci leciona que aqueles **“presos que praticarem fato previsto como crime doloso, considerado falta grave”**, também serão submetidos a esse regime, ou seja, fatos previstos como crime, e não crime, porque se fosse crime deveria esperar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, por causa da presunção de inocência, o que dificultaria a rapidez e segurança que o RDD exige. (NUCCI, 2012. p.1011).

A segunda hipótese esta estipulada no art.52, §1º da LEP, e ocorre “**quando o preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, apresentar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade**”. (art.52, §1º da LEP).

Renato Marcão diz que:

“O §1º, do art. 52, não exige que tenham eles praticado crime doloso durante o período de permanência no estabelecimento prisional. Para a inclusão no RDD basta que o preso apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. O problema crucial reside em especificar, em cada caso, o que se deve considerar como de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, não sendo demais lembrar que o fato de o preso ou condenado, nacional ou estrangeiro, ter envolvimento com organizações criminosas ou pertencer à quadrilha ou bando constitui fundamento distinto, conforme pode ser visto na próxima hipótese”. (MARCÃO, 2011, p. 78).

A terceira hipótese, prevista no art.52, §2º da LEP, ocorre “**quando recair ao preso provisório ou condenado fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, em organização criminosa, quadrilha ou bando**”. (art.52, §2º da LEP). Isto significa dizer que, não precisa necessariamente que o preso tenha envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando, apenas basta haver fundada suspeita que ele tenha se envolvido ou participado.

Nas três hipóteses, a LEP autoriza a inclusão no RDD tanto os presos provisórios quanto os definitivos, mas apenas na hipótese do preso “**apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento ou da sociedade**”, a lei permite o abrigo de estrangeiros, (§ 1º do art. 52). Portanto nas outras duas hipóteses são apenas para os presos brasileiros, pois normas restritivas de direitos não admitem analogia. (BARROS, 2011, p. 472).

Cabe lembrar, que embora a lei seja omissa, o ingresso no RDD é tão somente para o preso se encontrar no regime fechado, ou cujo prognóstico seja de cumprimento de pena nesse regime, quando se tratar de preso provisório, sendo incoerente, sem a prévia regressão, incluir no regime excepcional os presos que se encontrem no semi-aberto ou aberto. (BARROS, 2011, p.472).

3.4. Procedimento para a inclusão do preso no RDD.

Inicialmente a Resolução 26 dispunha no seu art. 1º que o RDD seria aplicável, apenas nas unidades penitenciárias destinadas, aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exigisse tratamento contencioso. O tempo máximo de

permanência no RDD era de 180 dias, podendo, porém, ser ampliado para 360 dias art. 4º. Caberia ao Diretor Técnico das Unidades, através de petição fundamentada direcionada ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais, solicitar a transferência do preso ao RDD. Em estando o Coordenador Geral de acordo, o pedido seria encaminhado ao Secretário de Administração Penitenciária Adjunto, o qual decidiria sobre o ingresso ou não do apenado no regime de exceção art. 2º. (SALO e RUSSOMANO, 2005. p. 15).

Em continuidade ao processo de normatização de restrições aos direitos dos presos por atos administrativos estaduais, em julho de 2002 é editada a Resolução 49, cujo objetivo era de restringir o direito de visita e as entrevistas dos presos em RDD com seus advogados. A resolução limita o número de visitantes por dia de visita art. 2º, e estabelece que as entrevistas com advogados deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento oral ou escrito à Direção do estabelecimento, que designaria data e horário para atendimento reservado nos 10 dias subseqüentes art. 5º. (SALO e RUSSOMANO, 2005. p. 15).

Com a aprovação pelo Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.073/2001 que alterava artigos da LEP e do CPP teve alterações em relação ao tempo de permanência do preso no RDD e em relação ao pedido, que assim passou a dispor:

O pedido de inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado só pode ser formulado pelo diretor do presídio ou outra autoridade administrativa, como por exemplo, o Secretário de Segurança Pública e o Secretário da Administração Prisional, mediante requerimento fundamentado, § 1º, art. 54 LEP. O Ministério Público não tem legitimidade para postular a inclusão no RDD, malgrado opiniões contrárias que o enquadram como autoridade administrativa. (BARROS, 2011, p.473).

Verificada a necessidade de submeter o encarcerado ao RDD, passa-se ao regular procedimento descrito no art. 54, §1º da LEP. Para Renato Marcão “a decisão sobre a inclusão é jurisdicional, inserindo-se na alçada do Juiz da execução penal. Não pode o magistrado decretar *a inclusão ex officio*.”. (2010, p.79).

O pedido é dirigido ao juiz da execução, que dá vistas ao Ministério Público e à defesa, sucessivamente no prazo máximo de 15 dias para cada um. Em seguida o juiz decidirá, podendo sua decisão ser impugnada por agravo de execução. (BARROS, 2011, p.473).

Prevê o artigo 60 da LEP a possibilidade de inclusão preventiva do preso no RDD, pelo prazo máximo de até 10 dias, no interesse da disciplina e averiguação do fato, dependendo tal medida de decisão judicial. O tempo em que o preso estiver isolado preventivamente será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar. (SOUSA, 2007, p. 07).

Em relação à decisão do juiz de execução que aplica sanção durante o cumprimento de pena privativa de liberdade cabe o recurso de agravo, conforme art. 197 da LEP. Entretanto, a Lei é omissa com relação à possível recurso contra decisão de outro juiz que imponha sanção disciplinar. Nessa situação, é possível impetração de Habeas Corpus, estando a decisão em desrespeito com as normas legais. (MIRABETE, 2004, p.156).

3.5. Posições doutrinárias referentes à implementação do RDD no Sistema Penitenciário brasileiro.

Diante dos precedentes apontados, pode-se afirmar que o objetivo do legislador ao criar o Regime Disciplinar Diferenciado era separar os líderes das facções criminosas do restante da população carcerária, numa tentativa de retomar o controle das unidades prisionais, enfraquecendo o poder de comando deles e tentar eliminar as influências que esses líderes das facções exerciam nos comparsas que estavam em liberdade.

No âmbito acadêmico há divergência doutrinária em relação a essa problemática, alguns autores acreditam tratar-se de um regime constitucional e necessário, e acreditam na eficácia desse regime mais severo. Mas outros possuem uma posição oposta, dizendo tratar-se de um “Direito Penal do Inimigo”, que contraria todo o arcabouço do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que se refere ao Princípio da Dignidade Humana, à Humanidade das Penas e ao Princípio da Igualdade, pois se sabe que aplicação do RDD, além de violar princípios constitucionais atinentes aos direitos humanos, provoca danos psicológicos irreversíveis decorrentes do isolamento do detento por tempo excessivo durante cumprimento do regime.

Guilherme de Souza Nucci, se posicionou no seguinte sentido:

O Regime Disciplinar Diferenciado constitui uma forma de sanção disciplinar: "(...) para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, 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" (NUCCI, 2006. p.961). Pensamos que não se combate o crime organizado, dentro e fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinqüente comum. (NUCCI, 2008, p. 393).

Corroborando com a posição de Nucci, temos nas palavras de Mirabete: “O Regime Disciplinar Diferenciado, que não constitui um novo regime de cumprimento de pena a ser acrescido aos três regimes existentes: fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial,

caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicada como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado quanto ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.” (MIRABETE, 2011.p. 149).

Para Barros, o RDD é na verdade uma forma diferenciada de cumprimento da pena no regime fechado. Reveste-se da natureza jurídica de sanção disciplinar, conforme se extrai da análise do art. 53 da LEP. Faz parte do direito penitenciário, e não propriamente do direito penal, razão pela qual, conquanto mais severa, a nova lei tem aplicação imediata, abrangendo também fatos anteriores a sua vigência. (BARROS, 2011, p. 472/473).

No mesmo sentido conceitua Renato Flávio Marcão, ao lecionar que “o Regime Disciplinar Diferenciado é modalidade de sanção disciplinar e para a sua aplicação basta a pratica do fato regulado”. (MARCÃO, 2004. p.37).

Reforçando a posição dos autores supracitados, o doutrinador Fernando Capez igualmente considera o RDD como sanção disciplinar.²⁰

Débora Dayse Tavares da Costa em suas considerações sobre o instituto do RDD considerou-o como sendo ao mesmo tempo, sanção disciplinar e forma diferenciada de tratamento de presos de alta periculosidade.²¹

Poderíamos citar inúmeros autores, porém o art. 52 da LEP é suficiente para conceituar o RDD, ao constituí-lo como sanção disciplinar, o acrescentado ao rol das outras sanções, quais sejam: advertência verbal, repressão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela ou em local apropriado.

Dessa forma, criou-se a idéia de que a imposição do RDD aumentaria a segurança nos estabelecimentos penais, devolvendo ao Governo o controle interno dos presídios. Seguindo esse raciocínio, a posição do legislador deveria receber apoio dos operadores do direito. Contudo, o cenário jurídico presenciou uma situação totalmente oposta. Vários questionamentos a respeito da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado foram externados. É que segundo entendem a referida sanção disciplinar é uma determinação “desumana de apartação da pessoa presa rotulada como ameaça à segurança nacional”. (CARVALHO; WUNDERLICH, 2004, p. 6).

Muitos outros autores, como por exemplo, Luiz Flávio Gomes, René Ariel Dotti, Cezar Bitencourt se posicionaram contra o novo instituto, sustentando sua

²⁰ CAPEZ, Fernando. Publicado no site:

<http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1796. Acesso em: 20 de julho de 2015

²¹ DA COSTA. Débora Dayse Tavares (internet)

inconstitucionalidade e alegando que o RDD é uma nova modalidade de regime penitenciário a ser acrescida as três modalidades já existentes elencadas no art. 52 da LEP.

Com efeito, à luz do novo diploma legal, percebe-se que às instâncias de controle *não importa o que se faz* (direito penal do fato), *mas sim quem faz* (direito penal do autor). Em outros termos, não se pune pela prática de fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de *quem* faz, num autêntico Direito Penal do autor. Nesse sentido, merece ser destacada a percuciente lição de Paulo César Busato, *in verbis*: “...o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo de política-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal do fato por um modelo de Direito penal do autor”. (BITENCOURT 2012, p. 162).

Luiz Flávio Gomes ao lecionar sobre o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado também se posicionou contrário a ele, por considerá-lo rigoroso demais e por ser mais uma ação ilusória, uma falsa utopia de segurança social:

“O quarto regime penitenciário do Brasil. O RDD, considerado um regime fechadíssimo, vem com o objetivo de “tranqüilizar” a sociedade, acenando (ou iludindo) à população brasileira com a teórica eficiência dos Poderes Legislativo e Judiciário, elevando brados aos seus “poderes” de isolar um ser humano durante trezentos e sessenta dias por ele representar uma “grave ameaça” à sociedade ”²².

No mesmo sentido o renomado doutrinador Dotti, posiciona-se contrário ao novo instituto:

(...) a tendência do Congresso Nacional em editar uma legislação do pânico para enfrentar o surto da violência e a criminalidade organizada caracterizada pelo arbitrário aumento de pena de prisão e o isolamento diuturno de alguns condenados perigosos durante até 1/6 da pena – além de outras propostas fundadas na aritmética do cárcere – revela a ilusão de combater a gravidade do delito com a exasperação das penas. (DOTTI, 2005, p.34).

No mesmo entendimento inúmeros doutrinadores consideram que as características do RDD ensejam a inconstitucionalidade do instituto, à medida que afrontam às garantias individuais do homem, os princípios constitucionais aplicáveis à pena e a

²² GOMES, Luiz Flávio. Palestra proferida em 15 de julho de 2004, em Canela. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/correg/acoes/Encontro_Exec_Canela>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

possibilidade de recuperação do preso e sujeitam certos presos a condições desumanas (penas cruéis art. 5º, incisos III e XLVII, *e*, da CF/88) e diferenciadas dos demais, ferindo os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Cotejando-se, portanto, o texto legal, a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica, concluí-se serem tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, “*e*”, CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Neste sentido, o próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao entender como inconstitucional o citado regime disciplinar, ainda deixou evidente que a medida “*é desnecessária para a garantia da segurança dos estabelecimentos penitenciários nacionais e dos que ali trabalham, circulam e estão custodiados*” e classificou-o como um novo regime de cumprimento de pena afastando a possibilidade de considerá-lo uma sanção administrativa.²³

CONCLUSÃO

²³ BRASIL, Conselho Nacional De Política Criminal e Penitenciária. Parecer–RDD. p. 23. Disponível em:<<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/conselhos/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD.pdf>>. Acesso em 28 de março de 2016.

Restou evidente que o crime organizado não é neutralizado devido ao confinamento de seus integrantes e dos próprios chefes. Esses líderes continuam comandando e ordenando seus comparsas de dentro das penitenciárias. De lá os líderes das facções criminosas emitem ordens que tratam do comércio de entorpecentes, vendas e compras de armas, roubos, homicídios, seqüestros, porém, quando querem reivindicar algo ou demonstrar sua indignação com alguma situação, comandam ataques que tem como alvo a população civil, instaurando pânico e terror na população²⁴.

As propostas de endurecimento das leis incidem em mais um equívoco das autoridades públicas: o de apostar que penas mais longas e severas tenham um efeito intimidatório²⁵. Essa velha idéia além de ser combatida teoricamente por estudiosos sérios da questão da segurança pública pode ser desmentida na prática, pois mesmo com a adoção da “Lei dos Crimes Hediondos”, concebida e posta em prática após o seqüestro de Abílio Diniz, os índices de criminalidade cresceram, com destaque para vários crimes ali contemplados, como o tráfico de drogas, o latrocínio e os seqüestros.²⁶

O *modus operandi* deixa claro o poder de articulação destes elementos, demonstra ainda as inúmeras falhas no sistema carcerário. Sem embargo, este quadro caótico somente se instalou devido a perda de controle da massa carcerária por parte do Estado que não empregou recursos suficientes para que pudessem promover a evolução e reestruturação no sistema prisional.

O Estado, frente a esse cenário, viu a necessidade de adoção de medidas de repressão e contenção especializadas, medidas consideradas duras, severas, com o propósito de neutralizar o poder de articulação dessas facções. Então numa tentativa de minimizar a sensação de insegurança pública surge o RDD.

Nessa conjuntura, a implantação do RDD, representou ser a solução apropriada para o confinamento dos líderes das facções criminosas, notadamente àqueles que de alguma forma colocam em risco a ordem e disciplina do estabelecimento prisional e que possam articular planos que espalhem violência na sociedade, causando mesmo que provisoriamente o desmantelamento dessas facções.

A criação do Instituto RDD pela Resolução SAP 26/2001 foi alvo de críticas por apresentar um vício constitucional formal, já que tal Instituto foi criado pelo Secretário da Administração Penitenciária de São Paulo, afrontando a competência privativa da União para legislar sobre matéria penal. Porém, com a criação da Lei nº. 10.792/2003, esta discussão

²⁴ Marcio Scatrut, Os tentáculos do PCC, Gazeta do Povo, 20/06/2001.

²⁵ Oscar Vilhena Vieira, Túlio Kahn, Julita Lengruher, Luis Flavio Gomes

²⁶ Direitos Humanos no Brasil 2002, Relatório Anual do Centro de Justiça Global, pg.24, acesso em 31/5/2016.

tornou-se vencida, recaindo então sua inconstitucionalidade quanto à sua matéria, uma vez que fere os Direitos e Garantias Fundamentais do art. 5º, III e LXVII, *e*, e os Princípios Fundamentais, art. 1º, III, elencados por nossa Constituição e também viola a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica), arts. I, II e VI.

Por sinal o legislador, em nenhum momento, ao elaborar a Resolução SAP 26/2001 posteriormente convertida na Lei nº10.792/2003, se preocupou com o texto constitucional, introduzindo (oficializando) no ordenamento jurídico um regime que claramente viola princípios basilares de nossa Carta Magna, afrontando os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, uma vez que submete o preso em RDD a um isolamento que pode chegar a 1/6 da pena aplicada em uma cela individual, sem assistência religiosa ou educacional, privando-o do contato com seus familiares, implicando a duração excessiva do isolamento numa violação à proibição de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes já que não existem garantias para a saúde mental do preso. Além disso, a falta de tipificação clara das condutas, bem como a carência de correlação entre a suposta falta disciplinar praticada e a conseqüente punição, fere os princípios da legalidade e da tipicidade em matéria penal ao admitir a aplicação de tão rígida punição sem que haja um comportamento típico delineado, consentindo a remoção arbitrária de presos ao isolamento, não por terem cometido infração disciplinar, mas por supostamente pertencerem a organizações criminosas.

Verificou-se ainda que a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado ofende alguns princípios penais constitucionais, pois a sua aplicação impõe medidas consideradas cruéis, além de tratamento considerado desumano e degradante, por se tratar de uma sanção penal disciplinar considerada muito dura. Este tratamento diferenciado deslegitima-se pelo fato de tratar indivíduos iguais de maneira diferente, ferindo o princípio da isonomia.

Na mesma linha de raciocínio inúmeros doutrinadores consideram que as características do RDD ensejam a inconstitucionalidade do mesmo, à medida que afrontam às garantias individuais do homem, os princípios constitucionais aplicáveis à pena e a possibilidade de recuperação do preso e sujeitam certos presos a condições desumanas (penas cruéis art. 5º, III e XLVII, *e*, da CF/88) e diferenciadas dos demais, ferindo os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Cotejando-se, portanto, o texto legal, a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica, concluí-se serem os dispositivos do RDD flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”, CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e

moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Nessa linha, cumpre ainda lembrar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério de Justiça, unanimemente, por seu Presidente à época, o advogado Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, exarou Parecer questionando a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, em que o jurista José Afonso da Silva refutou os artigos: 52, 53 inciso V, 54, 58 e 60 da Lei nº. 7.210 de 1984 com redação dada pela Lei nº. 10.792 de 2003. Na mesma direção, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através de seu Relator Reginaldo Santos Furtado (OABPI), em Processo 045-2006, ratificou o entendimento pela inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, em face da inobservância de dispositivos frente à Carta Magna, chegando o Presidente da OAB - Federal, na ocasião, Cezar Brito, após a reunião do Conselho Pleno decidir por unanimidade, acerca do ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, em 17 de Outubro de 2008.

Chega-se a conclusão que podemos comparar o RDD com o “Direito Penal do Inimigo”, que contraria todo o arcabouço do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que se refere ao Princípio da Dignidade Humana, à Humanidade das Penas e ao Princípio da Igualdade, pois sabe-se que aplicação do RDD, além de violar princípios constitucionais atinentes aos direitos humanos, provoca danos psicológicos irreversíveis decorrentes do isolamento do detento por tempo excessivo durante cumprimento do regime.

Conclui-se que o isolamento desses indivíduos não resolve o problema da organização deles, pois mesmo isolados encontram lacunas no sistema e continuam a comandar ações criminosas, que de nada adianta o endurecimento das sanções e a elaboração de leis mais severas com o objetivo de desarticular essas facções criminosas, se fora das prisões essas organizações criminosas insistem em se manterem no mundo do crime, não encontrando obstáculos eficazes de desestruturá-las ou contê-las. Hoje quando cai um líder logo outro toma seu lugar. A questão reside no controle, desarticulação e extinção das facções criminosas e não somente no isolamento de seus líderes.

O relatório Anual do Centro de Justiça Global, também destaca que o RDD é ineficaz em inibir as ações das facções criminosas, e como exemplos cita as inúmeras rebeliões que vitimaram dezenas de detentos, das diversas centrais telefônicas operadas pelo PCC²⁷ e desmanteladas pelo Ministério Público e dos inúmeros atentados à bomba a prédios públicos e fóruns do Estado de São Paulo em 2002²⁸.

²⁷ Márcio Scatrut. Os tentáculos do PCC, Gazeta do Povo, 20/06/2001. Era por intermédio dessas centrais, operadas por mulheres de bandidos, que os membros do PCC comandavam de dentro de suas

Contudo, em parte o tratamento mais rígido aos detentos envolvidos com facções criminosas demonstra o interesse por parte do poder estatal no que tange o combate a criminalidade organizada que assola o país, a magnitude do problema exige que os operadores jurídicos, os gestores públicos e os legisladores intensifiquem seus esforços na busca conjunta de soluções e estratégias inteligentes, e não reducionistas aptas a nos conduzir à construção de horizontes mais alentadores.

celas seus negócios do lado de fora. Cada chefe seria dono de uma central. O esquema funcionava a partir de um celular pré-pago que entrava irregularmente nas cadeias. O preso ligava a cobrar para a central, que automaticamente transferia a ligação. O sistema permitia, inclusive, que os bandidos falassem ao mesmo tempo através do sistema de teleconferência.

²⁸ Direitos Humanos no Brasil 2002, Relatório Anual do Centro de Justiça Global, pg.24, acesso em 31/05/2016.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, David Teixeira de, Atualidades no direito e processo penal. São Paulo: Editora Método, 2001.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de, Direito Penal: v 1 parte geral – 9 Ed- São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal-16. Ed. São Paulo: Saraiva 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). Críticas a execução penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____, Casos criminais célebres. 3. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____, Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. Curitiba: Juruá, 2005.

GARRIDO, Gusman. Manual de Ciência Penitenciária, Madrid, Edersa, 1983.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal. São Paulo, Atlas, 2011.

_____, Manual de Direito Penal- 26ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A – 2010.

NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal. 36. ed., rev. vol.1. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, Direito Penal, 39. ed., rev. vol 1: Introdução e Parte Geral. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Sousa, Manual de Processo Penal e Execução Penal. Ed. São Paulo, RT, 2012.

PORTO, Roberto, Crime Organizado e Sistema Prisional. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, Teoria da pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TELES, Ney Moura, Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos, Fundamentos de História do Direito- 4ª Ed. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al., Direito Penal Brasileiro: v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.