

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ana Paula dos Santos Mendes

Regime Disciplinar Diferenciado: análise sistemática em face dos
Princípios Constitucionais Penais

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

São Paulo
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ana Paula dos Santos Mendes

Regime Disciplinar Diferenciado: análise sistemática em face dos
Princípios Constitucionais Penais

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito das Relações Sociais pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
sob a orientação do Prof. Doutor Hermínio Alberto
Marques Porto.

São Paulo

2009

Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu esposo
Ricardo, por me encorajar sempre, e por me
fazer sonhar e crer que seria possível.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, luz da minha vida, por encher minha vida de bênçãos e sempre me dar forças para lutar.

Agradeço aos meus pais pelo amor incondicional e pelas lições de toda uma vida.

Agradeço imensamente à meu orientador, o Doutor Hermínio Alberto Marques Porto, pela gentileza com que me acolheu como sua orientanda; pelas valiosas contribuições acadêmicas e, acima de tudo, pelo exemplo de vida, honestidade e humildade. Enfim, por ser um verdadeiro MESTRE.

Agradeço, por fim, aos amigos Roberto Ferreira, Manuella Guz, Eduardo Campana e a todos aqueles cujo auxílio foi tão valioso nesta empreitada. Que Deus ilumine a todos.

“Aquilo que você conquista é seu, não importa o que os outros digam”.

(Hermínio Alberto Marques Porto – dito em sala de aula)

MENDES, Ana Paula dos Santos. Regime Disciplinar Diferenciado: análise sistemática em face dos Princípios Constitucionais Penais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais, área de concentração Direito Penal).

Orientador: Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo uma abordagem sistemática do Regime Disciplinar Diferenciado, espécie de sanção disciplinar imposta a determinados presos provisórios ou com condenação definitiva, que é caracterizada por sua severidade e rigor, em face dos princípios Constitucionais Penais, buscando verificar a compatibilidade entre eles. Para tanto, através do método dialético, explora as definições de ordenamento e sistema, trazendo a visão do Direito todo sistemático, destacando a posição da Dignidade da Pessoa Humana como principal valor a informar o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Destaca também a importância dos Princípios para informar e interpretar este ordenamento, dando ênfase aos princípios Constitucionais Penais e sua tarefa na orientação da Legislação pertinente. Este trabalho apresenta, ainda, um resumo histórico sobre a origem das penas e suas finalidades, buscando alcançar, a teoria adotada na legislação brasileira, bem como demonstrar que a sanção disciplinar, objeto deste estudo, não guarda pertinência com os fins pretendidos nesta teoria. Este resumo culmina com as transformações sociais que deram origem ao Regime Disciplinar diferenciado, instituto que passa, então a ser analisado em suas disposições, passando por questionamentos doutrinários acerca da efetividade e aplicabilidade da sanção em estudo, bem como por uma comparação de suas disposições com a doutrina do “Direito Penal do Inimigo”. É feita também uma análise do instituto em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, demonstrando que estes também fazem parte do ordenamento pátrio, e buscando demonstrar que o Regime Disciplinar Diferenciado também não guarda relação de pertinência com as obrigações derivadas destes diplomas. Por derradeiro, diante dos princípios e normas pátrias elencados, além dos valores que estes buscam concretizar e também das obrigações assumidas internacionalmente no que tange ao respeito aos Direitos Humanos, este estudo conclui que não há como compatibilizar o Regime Disciplinar Diferenciado com Sistema Penal Brasileiro, sob pena de se abandonar a idéia de pertinência das normas e de visão do Direito como um todo sistemático e coerente.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado –Ordenamento- Sistema – Princípios – Análise sistemática- Incompatibilidade

MENDES, Ana Paula dos Santos. Differentiated Disciplinary Regime: systematic analysis in the face of constitutional principles criminal. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Dissertation (Master in Social Relations Law, Criminal Law sub area).

Adviser: Teacher Doctor Herminio Alberto Marques Porto.

ABSTRACT

This study aims at a systematic approach to the disciplinary system differently, kind of disciplinary penalty imposed on certain prisoners with provisional or final sentencing, which is characterized by its severity and rigor in the face of Constitutional Criminal principles, seeking to verify the compatibility between them. Thus, through the dialectical method, using the definitions of order and system, bringing the vision of the whole law systematically, highlighting the position of human dignity as the main value to inform the Brazilian legal system. It also highlights the importance of principles to inform and interpret the town, emphasizing the principles and Constitutional Criminal task orientation in the relevant legislation. This work shows, even a summary history of the origin of feathers and their purposes, seeking to achieve, the theory adopted in the Brazilian legislation, and demonstrate that the disciplinary action, object of this study, no guard relevance to the objectives pursued in this theory. This summary ends with the social changes that led to differential Disciplinary Scheme, which is Office, then under consideration in its provisions, through doctrinal questions about the effectiveness and applicability of the penalty under study, as well as a comparison of its provisions with the doctrine of "Criminal Law of the Enemy." There is also an analysis of the institute in the face of international human rights treaties to which Brazil is a signatory, demonstrating that they are also part of the town home, and seeking to demonstrate that the Disciplinary Board Differential Neither is related to relevance with the obligations derived these qualifications. By last, given the principles and rules listed homelands, and the values they seek out and also of international obligations regarding the respect for human rights, this study concludes that it is not compatible with the Differentiated Disciplinary Regime Brazilian Penal System, on pain of abandoning the idea of relevance of the standards and vision of law as a systematic and coherent whole.

keywords: Differentiated Disciplinary Regime -Planning-System - Principles - systematic analysis- Incompatibility

LISTA DE ABREVIATURAS

CF- Constituição Federal

CIP- Comissão Internacional Penitenciária

CIPP- Comissão Internacional Penal e Penitenciária

FIPP- Fundação Internacional Penal e Penitenciária

LEP- Lei de Execução Penal

ONU- Organização Internacional das Nações Unidas

RDD- Regime Disciplinar Diferenciado

SAP- Secretaria de Administração Penitenciária

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
-------------------------	----

CAPÍTULO I

Da necessidade de se entender o Ordenamento com Sistema	17
1 Ordenamento	17
2 Sistema	18
3 Teoria dos Sistemas.....	22
4 A Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental do Estado Democrático de Direito e àpice do Sistema	25
5 Interpretação Sistemática.....	32

CAPÍTULO II

Princípios Constitucionais Penais	37
1 Conceito	37
2 Princípios Constitucionais Penais	41
3 Princípio da Legalidade	42
4 Princípio da Intervenção Mínima	44
5 Princípio da Fragmentariedade	46
6 Princípio da Subsidiariedade.....	46
7 Princípio da Igualdade.....	47
8 Princípio da Culpabilidade.....	47
9 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	49
10 Princípio da Humanidade das Penas	50
11 Princípio da Proporcionalidade.....	51
12 Princípio da Pessoalidade	51
13 Princípio da Individualização da Pena.....	52
14 Princípio da Moralidade.....	52

CAPÍTULO III

Pena	57
1 Escorço Histórico	57

2 Teorias da Pena	65
2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas	65
2.2 Teorias Relativas- Prevenção Geral e Prevenção Especial	67
3 A Pena como medida de ressocialização.....	72
4 Finalidade da Pena	75

CAPÍTULO IV

Regime Disciplinar Diferenciado	78
1 Direito e Execução Penal no Brasil	78
2 Panorama Histórico e nascimento do Regime Disciplinar Diferenciado.....	80
3 Natureza Jurídica	83
4 Características	83
5 RDD e sua efetividade	87
6 O RDD como manifestação do Direito Penal do Inimigo.....	89
6.1 Sistemas Penais e a definição de crime	89
6.2 Direito Penal do Inimigo	90

CAPÍTULO V

Bem Jurídico e Política Criminal.....	94
1 Escorço Histórico	94
2 Conceito de Bem Jurídico	98
2.1 Bem Jurídico e Estado Democrático de Direito	100
3 Política Criminal	101

CAPÍTULO VI

O Regime Disciplinar Diferenciado à Luz dos Princípios Constitucionais	
Penais.....	104
1 O RDD e o Princípio da Dignidade Humana	104
2 O RDD e o Princípio da Legalidade	106
3 O RDD e o Princípio da Humanidade das Penas.....	107
4 O RDD e o Princípio da Igualdade	109

CAPÍTULO VII

O Regime Disciplinar Diferenciado e os Direitos Humanos	111
1 Direitos Humanos e o tratamentos dos presos no cenário Internacional	111
2 Tratados e Convenções Internacionais aplicáveis aos presos	113
3 Impacto dos Tratados na legislação brasileira	118
4 O Regime Disciplinar Diferenciado e os Direitos Humanos Internacionais	123

CAPÍTULO VIII

Posições divergentes acerca da aplicabilidade do RDD	125
1 Posicionamento da doutrina.....	125

9 CONCLUSÕES	128
---------------------------	-----

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132
--------------------------------------------	-----

ANEXOS	139
---------------------	-----

ANEXO I: Dados do Ministério da Justiça sobre população carcerária.....	140
-------------------------------------------------------------------------	-----

ANEXO II: Texto da ADI proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em face do RDD.....	144
----------------------------------------------------------------------------------------	-----

ANEXO III: Dispositivos das Resoluções n. 26 e 59 da SAP	156
----------------------------------------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo o Regime Disciplinar Diferenciado, a fim de verificar sua compatibilidade sistemática face aos Princípios Constitucionais Penais. Tal estudo é feito através da análise destes princípios, bem como dos valores que lhes serviram de base e da evolução das garantias individuais não só dentro do Direito Penal brasileiro ao longo dos anos, como também daqueles direitos e garantias consagrados no cenário internacional.

Para tanto, foram desenvolvidos os conceitos de ordenamento e de sistema, tudo com base na doutrina, trazendo a importância da dignidade da pessoa humana como valor principal consagrado nas Constituições contemporâneas, mormente na Constituição da República Federativa do Brasil, pedra de toque neste nosso estudo, que cuidou inclusive de trazer expressamente em seu diploma o referido princípio.

Destacando a dignidade humana como pilar de nosso sistema jurídico-constitucional, são trazidos também os Princípios Constitucionais Penais, como legalidade, igualdade, intervenção mínima, culpabilidade, proporcionalidade, individualização e humanidade das penas, que servirão como garantia do cidadão e também como meio para não violação da dignidade. Deste modo, observa-se que, pela noção de sistema, só poderão ser compatíveis com nosso Ordenamento, as normas que respeitarem a dignidade humana, e também os princípios que servem para sua salvaguarda.

Em relação à pena, discorre acerca de suas finalidades preventiva (geral e especial), retributiva e a visão da pena ressocializadora, dando destaque para a lei de Execução Penal brasileira, que previu expressamente o caráter ressocializante, e para as alterações trazidas pela lei 10.792/03, que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, que parece ter como único fim a ordem e a disciplina carcerárias. Nesta mesma seara, foi atribuído grande valor aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que estabelecem inúmeras proteções não só ao indivíduo livre, mas também àquele que se encontra privado de sua liberdade,

merecendo destaque a proibição de penas cruéis, desumanas ou degradantes, para a qual, não bastasse sua previsão constitucional, também encontra guarida em diversos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, e que a partir da emenda Constitucional 45 (ou até mesmo antes desta previsão, desde que se refiram à Direitos Humanos, como afirma parte da doutrina), desde que aprovados em maioria qualificada, passam a ter “status” de norma constitucional. De modo que, não há que se olvidar da relevância das obrigações nesta ordem assumidas no tocante ao tratamento dos presos.

A chegada do Regime Disciplinar Diferenciado é precedida (não de forma imediata, mas através dos séculos), por uma série de modificações da história das penas e do próprio Direito Penal, que, em apertada síntese, tem sua primeira grande modificação quando passa da vingança privada para as mãos do Estado.

Já inserta nas competências estatais, a pena passa por diversas mudanças de paradigma, tendo importantes transformações no período do Iluminismo, quando em reação à tirania do absolutismo as bandeiras levantadas à época em prol dos direitos individuais passam a ser acatadas e a tomar corpo nas legislações mundiais. Ocorre que, com a ocorrência das duas grandes guerras, os Direitos humanos sofrem um grande retrocesso e as penas voltam a exibir características cruéis e pouco legais.

Após este obscuro período, o mundo assiste ao fortalecimento dos Direitos Humanos, que acaba por ter reflexo imediato nas Cartas Constitucionais do pós-guerra, fazendo com que elas apresentem conteúdos cada vez mais vastos no tocante aos direitos e garantias individuais.

As novas Cartas Constitucionais têm influência direta na legislação penal, que passa também a exibir características mais garantistas. Entretanto, com o passar do tempo, a chegada da globalização, a modernização das tecnologias e o crescimento da criminalidade, surge também a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, entre eles podendo ser compreendidos os bens jurídicos difusos ou metaindividuais.

A população face ao aumento da criminalidade se vê em uma situação de insegurança, o que a move a pensar que o recrudescimento do Direito Penal traduziria a melhor opção, e clama por leis penais mais severas.

O Regime Disciplinar Diferenciado surge neste momento delicado do Direito Penal, que se caracteriza pelo já mencionado aumento maciço da criminalidade e principalmente pelo fortalecimento das organizações criminosas, que passam, através de seu poderio, a afrontar e confrontar o Estado de maneira direta, fazendo com que a população clame por providências eficazes e imediatas.

Em face destas colocações, a maior questão que se buscou enfrentar, ou a problemática do trabalho, reside no fato de que o legislador, atendendo às querelas desta população “sedenta de justiça”, vê-se tentado à elaboração de novos diplomas penais, que muitas vezes têm a preocupação de se compatibilizar com o restante do sistema.

Assim, o presente trabalho, aborda também o conceito bem jurídico penal a importância da Política Criminal em sua eleição em um Estado Democrático de Direito, na tentativa de se vislumbrar os critérios adotados pelas legislações atuais que buscam reprimir a atuação do crime organizado e que serviram de base para criação do RDD.

A presente pesquisa apresenta relevância por destacar a importância da interpretação e visão do Direito como um todo sistemático, que deve ser observada não só na aplicação das leis, mas também quando de sua elaboração, para que não existam normas incompatíveis entre si dentro do mesmo ordenamento. E, ainda pelo fato de se comprometer a analisar o Regime Disciplinar Diferenciado não apenas no que tangem à sua eficácia ou necessidade prática (para que não se caia na tentadora ilusão de considerar o Regime Disciplinar Diferenciado como remédio para as mazelas de nosso Sistema Penitenciário), mas também dentro de critérios técnicos, que devem preceder à prática.

Destarte, através da dialética, ou seja, apresentando proposições e argumentos contrários, é este o intuito deste trabalho, proporcionar uma reflexão sobre as previsões do Regime Disciplinar Diferenciado em face dos Princípios Constitucionais Penais e das disposições trazidas pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (como elementos do mesmo sistema que são), para que ao menos possamos discutir se este representa a solução adequada, ou se maior êxito poderia ser alcançado através do fiel cumprimento da legislação já existente quando de seu surgimento, que certamente guardaria maior relação de pertinência com o restante do Sistema jurídico-penal brasileiro.

Capítulo I

Da necessidade de se entender o Ordenamento Jurídico como sistema

1-Ordenamento

Para que se possa levantar qualquer questão sobre o regime disciplinar diferenciado diante do sistema constitucional penal brasileiro, há que se fazer, primeiramente, uma abordagem acerca das noções de ordenamento e de sistema, pois, como se verá mais adiante, não há como cogitar da validade de uma norma se não procedermos antes a uma verificação de compatibilidade sistemática.

Embora grande parte da doutrina e dos cientistas do direito muitas vezes aplique os dois termos como sinônimos, não cabe concordar imediatamente com esta colocação, uma vez que, embora não se possa prescindir da figura do ordenamento para a formação de um sistema, os dois termos não querem significar a mesma coisa.

Todo conjunto é formado de partes, de elementos que o compõe. Assim como para que se possa falar em ordenamento jurídico, deve-se ter em mente seus elementos formadores, ou seja, as normas (dentre os quais devem estar os princípios e as regras), bem como os valores que o norteiam, e que se pretende efetivar neste ordenamento.

Desta forma, quando falamos em direito, em ordenamento jurídico, temos que este será representado por um conjunto de normas, o que implica a existência de mais de uma norma, ou, de acordo com as palavras de Norberto Bobbio¹: “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento” e prossegue o ilustre filósofo²: “o

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 2006. p. 14

² *Ibidem*. p. 31

ordenamento jurídico, (como todo sistema normativo) é um conjunto de normas. Essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que na constituição de um ordenamento concorram mais normas (pelo menos duas), e que não haja ordenamento composto de uma norma só”.

Assim, o ordenamento jurídico há de representar um conjunto de normas, de modo que jamais possa ser considerado como tal diante da existência de uma única norma. Ademais, temos ainda que estes elementos são basicamente normas, às quais se acrescentam os valores, que se encontram em patamar diferente dos demais elementos, pois devem representar algo que não está posto, e sim aquilo que estava contido no âmago do legislador quando da elaboração das normas daquele ordenamento.

Enumerados os elementos que compõem o ordenamento, resta saber qual a relação destes na formação de um sistema, ou ainda se, como muitas vezes pretende a doutrina, falar em ordenamento significa o mesmo que falar em sistema. E, ainda como questiona Bobbio³, se as normas do ordenamento representam uma unidade e de que modo esta unidade poderia ser representada.

2- Sistema

Dando início à noção de sistema, o principal aspecto a ser abordado é a organização. É esta a nota principal de um sistema, a organização dos elementos que o compõe.

Foi dito que o ordenamento é um todo formado por elementos diversos, de forma que, o ordenamento é indiscutivelmente parte do sistema e este por sua vez pode ser caracterizado como os elementos do ordenamento dispostos de forma organizada e de modo a formar uma unidade de conhecimentos. É neste sentido a definição kantiana de sistema, trazida por Claus-Wilhelm Canaris⁴, segundo a qual o sistema seria a unidade sob uma idéia de conhecimentos

³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit. Teoria do Ordenamento Jurídico*, p.34

⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª Edição, Lisboa, 1996. p.11.

variados, ou um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios. A noção de Bobbio, também se apresenta neste sentido, acrescentando, entretanto, a noção de coerência: “Entendemos por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si.”⁵

Flavia Piovesan traz também sua definição:

O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema Constitucional.⁶

Em relação ao sistema jurídico, têm-se os elementos: regras, princípios e valores, entretanto se estes não forem dispostos de forma organizada, de modo que se possa integrá-los e interpretá-los, seguindo os princípios e de modo que se obtenha uma estrutura coerente, que nos leve a pensar nesta unidade sistemática, não teremos um sistema, mas tão somente um conjunto de elementos.

Neste sentido, trazemos as conclusões de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que elucida que

o conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-lo como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema.⁷

⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit. Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 71

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos de o Direito Constitucional Internacional*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*, 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994. p. 176

Tal concepção, que infere essencialmente racionalidade, é importante por trazer aos destinatários do sistema a compreensão exata daquilo que ele representa, para que possa ser considerado efetivamente como sistema⁸. Assim, caracterizando o sistema como o ordenamento disposto de forma organizada, de modo que possa ser compreendido como uma unidade, resta saber como este sistema será organizado e o que trará esta unidade.

Para a elaboração deste trabalho, houve preferência em adotar a construção escalonada do ordenamento, trazida pela idéia da pirâmide de Kelsen. Segundo esta teoria, as normas de um ordenamento não estão em um mesmo plano. As normas jurídicas poderiam ser representadas através de uma pirâmide, dentro da qual as normas inferiores são validadas pela existência de normas superiores e, subindo das normas inferiores às superiores, encontra-se mais acima a norma fundamental, que serve de fundamento de todas as outras, e que também traz unidade ao sistema.

Desta forma, podemos afirmar que por mais que uma norma pertença ao primeiro degrau desta pirâmide, ou seja, o mais baixo e por isso mais distante do último, deverá estar em consonância não só com sua norma imediatamente superior, mas também como com todas as outras que a sucedem, principalmente com a norma fundamental, da qual vai emanar toda a legitimidade e unidade do sistema. Ou seja, para Kelsen “O fundamento de validade de uma norma, apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.”⁹

Entretanto, esta escala de validação não pode ser infinita, retornando infinitas vezes a uma norma superior para validar a anteriormente questionada e assim por diante. Para Kelsen, conforme brevemente mencionado, todo o

⁸ Neste sentido CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 39

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. -7ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 215

fundamento de validade de um sistema pode ser remetido a uma norma fundamental, no sentido de que sem ela todas as demais normas perderiam sua validade. Essa norma seria ainda considerada como hipotética, pois não seria uma norma posta, mas uma norma pressuposta, pois não é posta por nenhuma autoridade e, sobre a sua validade não poderia haver discussão, pois não poderia derivar de uma norma ainda mais elevada, ela estaria sobre a estrutura da pirâmide.

Assim, podemos mais uma vez citar as palavras de Kelsen, no tocante à validade das normas em relação à norma fundamental:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem.¹⁰

À esta noção de sistema até agora trazida devemos acrescentar a idéia de limite, trazida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹, no sentido de que o sistema serviria também como limite, pois diante de seus elementos seria possível conhecer aqueles que fazem parte ou não de determinado sistema e também se determinada norma seria válida, de acordo com pertinência ao referido sistema, ou seja, permite identificar aquilo que está dentro do sistema, aquilo que não está e, talvez o mais importante, aquilo que não deveria fazer parte daquele sistema. Ressalta-se, ainda, que segundo o referido autor¹² é importante que se conceba o ordenamento como sistema unitário, de modo que a sua concepção como repertório e estrutura sejam marcados por um princípio que organiza e mantém o

¹⁰ KELSEN, Hans. *Op. cit. Teoria pura do Direito*, p. 217

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ob cit. Introdução ao estudo do Direito*, p. 177: "É preciso dizer, como vimos, se estamos ou não diante de uma norma jurídica, se a prescrição é válida, mas para isso é preciso integrá-la a um conjunto e este conjunto tem de apresentar contornos razoavelmente precisos: a idéia de sistema permite traçar estes contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora."

¹² *Idem*.

conjunto como um todo homogêneo. A esse princípio Kelsen dá o nome de norma hipotética fundamental.

Esse conceito de unidade e estrutura unificada, que é trazido pela chamada “norma hipotética fundamental” será importante ainda para que se possa dizer aquilo que pertence ou não àquele sistema e o que poderá ser considerado como válido diante dele - o que será melhor analisado adiante.

3-Teoria dos Sistemas

Para falar ainda da noção de sistema, quando nos referimos ao sistema jurídico, é necessário trazer, lembrando a teoria de Hans Kelsen, dois tipos de sistemas: o sistema estático e o sistema dinâmico.

Segundo o autor, podem existir esses dois tipos diferentes de sistemas de normas de acordo com a sua natureza e seu fundamento de validade.

Quando as condutas dos indivíduos são reguladas por normas do tipo estático, elas serão consideradas como devidas por força de seu conteúdo, ou seja, porque seu conteúdo pode ser subsumido ao conteúdo das demais normas que integram aquele ordenamento, como do particular para o geral. Ou seja, neste tipo de sistema o fundamento de validade e de conteúdo de uma norma jurídica será deduzido de uma norma pressuposta como fundamental, e de conteúdo considerado como imediatamente evidente.¹³ Este tipo de sistema é criticado pelo autor, pois, segundo ele, dizer que uma norma é imediatamente evidente é impossível, uma vez que, para isso, a referida norma deve ser posta por uma razão legisladora, e já que a função da razão é conhecer e não querer, tal argumento não se sustenta pois o estabelecimento de normas é uma ato de vontade. Para ele, considerar uma norma como imediatamente evidente seria o mesmo que dizer que ela é posta pela vontade de Deus ou outra vontade supra-humana, e por isso é tida como evidente. Ainda segundo o autor, a existência desta norma, posta por uma autoridade superior, que é pressuposta e que

¹³ KELSEN, Hans. *Op. cit. Teoria pura do Direito*. p.218

fundamenta todas as outras, só poderá, na realidade, constituir fundamento de validade das demais normas, na medida em que através dela podemos entender que devemos nos conduzir de acordo com os comandos daquela autoridade.

Assim, de acordo com a teoria kelseniana, um sistema de normas jurídicas só pode ser considerado como do tipo dinâmico e não estático, pois a norma fundamental há de ser o fundamento de validade das demais normas, de forma que dela se depreenda o modo como deverão ser criadas as demais normas para que sejam válidas dentro daquele sistema, ou seja, de acordo com as palavras do doutrinador alemão: “ela fixa uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema... uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental.”¹⁴ Ressalta ainda que a norma fundamental vem a ser, o que como se verá mais adiante é de suma importância para o estabelecimento da norma hipotética fundamental do sistema jurídico brasileiro, a instauração do fato fundamental da criação jurídica, de modo que se afirma que o fato de uma norma pertencer a determinada ordem jurídica só pode consistir no fato de que esta foi produzida de acordo com a norma fundamental.¹⁵

Kelsen nos dá a idéia de construção escalonada do ordenamento jurídico, através da existência de uma norma fundamental, que está sobre o sistema validando todas as demais normas e, que, de maneira ainda mais forte, vem a ser fundamento da Constituição, de maneira que cada uma das normas integrantes deste sistema seja fundamento daquela que lhe sucede. Por estas notas, observa-se que, para ele, o ordenamento se apresenta como um sistema fechado, que deve se resolver em si mesmo e regular a sua própria criação.

Lourival Vilanova¹⁶ acrescenta, em relação àquilo que Kelsen denomina “norma hipotética fundamental” que o surgimento do sistema se dá quando determinado suporte factual é elevado a fato jurídico fundamental, assim seria

¹⁴ KELSEN, Hans. *Op. cit. Teoria pura do Direito*. p. 218-219

¹⁵ *Ibidem*, p. 222

¹⁶ VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 154

este suporte fático, sobre a noção de norma fundamental, que condicionaria a proposição fundamental sociologicamente. Traz, ainda um dado importante colocando que com a proposição normativa fundamental, seria trazido ao sistema jurídico um importante componente dos demais sistemas (como um sistema numérico-matemático, por exemplo), qual seja a propriedade do fechamento.

Ainda sobre Sistemas impende destacar, embora não seja o foco do estudo em questão, o trabalho de Niklas Luhmann¹⁷, que em sua Teoria dos Sistemas se dedicou intensamente ao estudo do tema. Segundo o estudioso, que também defende o sistema como sendo fechado operacionalmente, devendo se auto-regular, os sistemas são autopoieticos, ou seja, produzem por si mesmos suas estruturas e também os elementos de que são compostos. Evidencia a noção do sistema jurídico como fonte de estabilidade social, de modo que se utiliza do binômio direito/não direito, para dizer dos elementos que o integram.

Importante ressaltar que, ainda que não seja o objeto deste trabalho, observa-se que a teoria de Luhmann pode coincidir em alguns pontos com a teoria kelseniana, ao menos naqueles aqui explicitados, ou seja, o sistema jurídico se destina à regular ou estabilizar condutas sociais, ou nos dizeres de Kelsen, é uma ordem coativa, e este sistema é autopoietico, ou seja, fechado, de modo que pretende se resolver em si mesmo.

Tal posição, a respeito das propriedades do sistema jurídico, é também incorporada por Paulo de Barros Carvalho:

Como sistema nomoempírico (formado por proposições com referência empírica) prescritivo, o direito apresenta uma particularidade digna de registro: as entidades que o compõem estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação e derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto formal ou processual, o que lhe imprime

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos Sistemas*. Org. Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Trad. Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Goeth Institut/ICBA, 1997 .

possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações.¹⁸

Assim, esse sistema dinâmico vai trabalhar com as normas dentro de si em processo de constante transformação, pela mutabilidade do direito, para atender à sua função precípua de decidir de conflitos.¹⁹

Destarte, o que se pretende destacar neste tópico, é a forma dinâmica do sistema jurídico penal, ou seja, busca soluções dentro de si mesmo, uma vez que só tem como fonte imediata, de acordo com a doutrina clássica, a própria lei e, através de sua estrutura escalonada, fundamenta a norma inferior na norma imediatamente superior, e, que sobre elas paira como pressuposto de validade a norma hipotética fundamental.

4- A Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental do Estado Democrático de Direito e ápice do Sistema

Tivemos a oportunidade de discorrer brevemente sobre a noção de ordenamento e, acrescida a ela a idéia de que o ordenamento deve ser entendido como sistema, de modo que este complexo de normas represente um todo organizado.

Observamos, ainda que, de acordo com a teoria de Kelsen, a melhor maneira de se analisar o sistema jurídico é como um sistema dinâmico, de modo que as normas sejam representadas de forma escalonada, como uma pirâmide, possibilitando que o fundamento de uma norma em questão seja a sua norma imediatamente superior, até que sobre o ápice da pirâmide paira uma, que é considerada hipotética (já que não será uma norma posta e sim uma norma pressuposta) e fundamental, pois a medida que nesta estrutura piramidal as normas encontram fundamento umas nas outras, esta será fundamento de validade de todo o sistema, de maneira que determinada norma só poderá ser

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op.Cit. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. p.45

¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. Cit. Introdução ao estudo do Direito*. p. 177

considerada parte daquele sistema jurídico, guardando com ele relação de validade, se for produzida em consonância com o mandamento fundamental. Esta norma, que surge com o fato que fundamenta o pensamento do legislador constituinte, há que representar um fato digno de produzir normas, considerado em determinado período.²⁰

Trazendo tais explanações para o conjunto normativo brasileiro, com o objetivo de chegar à norma hipotética fundamental que serve de fundamento ao sistema jurídico surgido e em vigor sob a égide da Constituição de 1988, devemos analisar os fatos históricos que envolvem o surgimento, bem como aqueles que precedem a promulgação da atual Carta Magna.

Segundo pesquisa efetuada por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior²¹, desde nossa primeira Constituição, chamada “Constituição do Império”, data de 1824, que estabeleceu um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, podemos perceber presentes direitos individuais e garantias, que se perpetuaram nas Constituições que se seguiram.

Na Constituição subsequente, denominada Constituição da República Federativa do Brasil, que foi promulgada em 1891, podemos observar como importante marco a abolição das penas de galés, banimento judicial e morte; com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1934, observa-se a instituição da democracia social, bem como a introdução, ao lado dos direitos e garantias individuais já consagrados em outros textos, de um título sobre a ordem econômica e social, a família e a cultura.

Já a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi inspirada no modelo fascista e apresentava traços marcadamente autoritários. Os poderes legislativos e judiciários sofreram grande golpe, tendo suas funções esvaziadas. Tal carta deixou de tratar dos princípios da irretroatividade e da reserva legal.

²⁰KELSEN, Hans. *Op. cit. Teoria pura do Direito*. p. 222

²¹ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p.90

Na seqüência, e recuperando o ideal democrático, tivemos a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 1946, retomou os ideais de democracia social de 1934, prevendo eleições diretas para presidente. Entretanto, com a crise político-institucional que passa a se instalar no país, a partir de 1961, a referida carta começa a sofrer emendas. Tal crise culmina com a tomada do poder pelas forças armadas, no conhecido golpe militar de 1964.

Neste cenário, em 1967, o novo texto Constitucional que se baseia na doutrina da segurança Nacional, diminuiu as competências do legislativo e do judiciário, impõe um duro golpe nos direitos individuais através da ampla previsão de suspensão dos direitos políticos. Diante das manifestações populares é editado pelo governo o Ato Institucional número 5, que é marcado por um autoritarismo incomum (como a previsão de fechamento do Congresso, das assembleias estaduais e da câmara de vereadores e a suspensão dos direitos políticos por 10 anos). Em junho de 1978, o presidente Geisel edita um pacote de quatorze emendas, pelo qual é revogado o AI-5, o que culmina com o término da ditadura. Em 1985, um civil é eleito presidente e convoca a Assembleia Nacional Constituinte, que termina por promulgar em 1988 a atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Na atual Constituição, há que se destacar a importância dos direitos fundamentais, o que se observa inclusive através da posição topográfica que ocupam, ou seja, deixa-se de colocar o estado em primeiro lugar no texto, para dar ênfase ao cidadão, à pessoa humana e seus direitos, que são considerados como “a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões.”²²

A essa história de autoritarismo e restrição de direitos fundamentais, que precede a Constituição de 1988, há que se somar a situação enfrentada pela comunidade internacional com o fim da segunda Grande Guerra. O mundo estava chocado com as barbáries cometidas sob o manto da guerra, principalmente com

²² ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Júnior Vidal Serrano. *Op. cit. Curso de Direito Constitucional*. p. 93

o massacre imposto a milhões de judeus, evidenciando a necessidade de uma cultura mais forte de promoção e segurança dos direitos humanos, calcada absolutamente na dignidade da pessoa humana.

Segundo Flávia Piovesan²³, ao instituir a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial representa o rompimento com os direitos humanos, representando no pós-guerra a esperança de reconstrução destes direitos. Justamente por este prisma é possível compreender a nova feição do Direito Constitucional Ocidental, que surge destinado a proteger os direitos fundamentais e limitar o poder do Estado.

Deste modo, percebe-se neste cenário pós-guerra, o surgimento de Constituições voltadas à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, cujo principal valor a ser protegido é a dignidade humana. Nas Palavras de Flávia Piovesan:

Esta será a marca das Constituições européias no Pós Guerra. Observa-se, desde logo, que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão as feições das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política – até porque tal feição seria incompatível com a vigência de regimes militares ditatoriais. A este respeito, basta acenar à Constituição Brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, dentre deles o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁴

Destarte, embora essa humanização das Constituições, que data do Pós Guerra no cenário internacional, tenha chegado um pouco mais tarde ao Brasil, em virtude do período ditatorial pelo qual passou o país²⁵, podemos dizer que a dignidade humana é o princípio-valor, cuja efetividade deve ser perseguida por todas as normas do sistema jurídico brasileiro. Isso se depreende de toda a situação histórica anteriormente exposta, pois se a Constituição elege os direitos fundamentais do indivíduo como seu conteúdo principal e estes serão instituídos

²³ PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*, 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p. 356

²⁴ *Ibidem*. p. 357-358

²⁵ PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. p. 358

com a finalidade de proteger a dignidade humana, não se pode negar que a Constituição confere a ela o mais alto “status” dentro do sistema jurídico brasileiro, o que não quer significar que haja hierarquia entre as normas constitucionais, mas que, diante de eventual choque entre os princípios constitucionais, ela deverá prevalecer. Para Rizzatto Nunes, “é ela, a dignidade, primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”.²⁶

Embora a noção de dignidade possa parecer bastante simples, já que se está a falar de um atributo inerente a qualquer ser humano, seu significado pode ser bem mais amplo do que se imagina.

A idéia de dignidade da pessoa humana como valor intrínseco do ser humano, segundo pesquisa efetuada por Ingo Wolfgang Sarlet²⁷, remonta do pensamento clássico do ideário cristão, já que tanto o Antigo quanto o Novo Testamento faziam referência da criação do ser humano imagem e semelhança de Deus, não podendo ser considerado como objeto. Concepção seguida por Tomás de Aquino, acrescida da idéia de autodeterminação, pela qual o homem seria livre por natureza e agiria em função da sua vontade. É com Kant que a noção de dignidade deixa sua concepção religiosa e se aproxima mais da idéia de dignidade que contemplamos hoje. Kant explica que a capacidade de autodeterminação é atributo único dos seres racionais e que por isso constitui o fundamento da dignidade humana e que o homem, por ser racional, existe como um fim em si mesmo, não devendo servir como meio pra realização de qualquer vontade alheia à sua.²⁸ Para Kant, em um lugar onde tudo tem um preço, algo tem dignidade quando não possui equivalente, ou seja, está acima de qualquer preço.²⁹

²⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 45

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.29

²⁸ KANT, Immanuel. *Op. cit. Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. (col. “A Obra-Prima de Cada Autor”). Trad. Leopoldo Holzbach, (1ª Reimpressão) São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 62-66.

²⁹ *Ibidem*. p.65

Assim, o princípio da dignidade humana, como pilar de todo o Constitucionalismo contemporâneo e baseado na concepção kantiana, há que defender a existência do ser humano como fim em si mesmo, de modo que jamais se permita a sua “coisificação”. Há que se levar em conta, ainda para a noção contemporânea de dignidade, todos os horrores pelo qual passou a humanidade nos últimos séculos, bem como os males que a assolam, que diminuem em muito a capacidade de se auto-determinar do ser humano que nos levam a pensar se este vem sendo considerado como um fim em si mesmo, pois o simples fato do ser humano nascer com dignidade (já que esta lhe é atributo inato), muitas vezes não basta. Ela tem que ser acrescida de algumas condições básicas como respeito, liberdade, saúde, educação, qualidade de vida e outros instrumentos que lhe garantam integridade.³⁰

É neste sentido que caminha o constitucionalismo contemporâneo, de modo que as Cartas Constitucionais prevejam cada vez mais meios para que o Estado seja o grande garantidor dessa dignidade, e não mais o grande violador, como vivenciado décadas atrás. As Constituições, através da acolhida do princípio da dignidade e de outros que lhe pretendem efetivar e garantir, devem trazer as previsões e serem o grande arcabouço para a efetivação e garantia inflexível deste que pode ser considerado um super-princípio.³¹

Tal princípio é de tamanha importância em nosso sistema, que a Constituição brasileira teve o cuidado de o insculpir já em seu primeiro artigo, além de outras previsões de dignidade que permeiam o texto Constitucional, senão vejamos:

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

- I- a soberania;*
- II- a cidadania;*
- III- a dignidade da pessoa humana.”*

³⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Op. cit. Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 49 e 51

³¹ Neste entendimento NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Op. Cit. Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p.50, e PIOVESAN, Flávia. *Op. cit. Temas de Direitos Humanos*. p. 393

Observa-se, de acordo com o texto Constitucional, que a dignidade humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, se pudermos trazer a idéia de sistema criada por Kelsen para o ordenamento brasileiro, para este trabalho, a dignidade da pessoa humana poderá ser representada em nosso sistema jurídico como a norma hipotética fundamental. De modo que só será válida em nosso sistema a norma que com ela guarde relação de pertinência, ou seja, que tenha sido elaborada visando a sua proteção e/ou efetivação. Ela representaria aquele fato produtor de normas referido por Kelsen, e por isso é em seu respeito que devem ser criadas todas as normas Constitucionais e todo o ordenamento jurídico que surge sob sua égide.

A dignidade humana traz o fundamento e a validade das normas não só em nosso sistema, mas em todo o Constitucionalismo contemporâneo. Trazendo à lume novamente as palavras de Flavia Piovesan:

Deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, é esse princípio, imperante nos hodiernos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais.³²

Assim, embora a noção de dignidade humana seja de difícil conceituação, pela vasta gama de direitos e garantias que abrange, cabe ao legislador, ao criar as normas, a total obediência e respeito à este princípio, que não deve de forma alguma ser flexibilizado e ao intérprete e operador do direito, a consideração deste princípio em todas as etapas de interpretação e aplicação da lei, para que se obtenha a solução mais adequada aos valores Constitucionais. Ademais, como menciona Ingo Wolfgang Sarlet³³, muitas vezes é mais fácil saber aquilo que não corresponde à dignidade humana, devido à facilidade de se observar situações

³² PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit. Temas de Direitos Humanos*, pág. 393.

³³SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 40

em que ela é agredida ou espezinhada, de modo que não há como permitir que o Estado atue como o violador deste princípio basilar, seja através da edição ou da interpretação de normas que o contradigam.

5- Interpretação sistemática

Interpretar é atribuir sentido a algo. Para proceder à interpretação, quando se fala em norma jurídica, atribuir-lhes sentido, é necessário um processo, realizado através da aplicação de regras, para que se consiga um bom entendimento dos textos legais.

A interpretação, como bem elucida Celso Ribeiro Bastos, seria atribuição de significado de sentido a um texto, sendo necessária de acordo com a máxima de que os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade. A interpretação tem por objeto as normas, é concreta e será exercitada sempre que um caso necessitar de decisão.³⁴

Essas regras, que deverão ser utilizadas no processo de interpretação, advém de um ramo da ciência jurídica, que muitas vezes é confundido com simples interpretação. Tal ramo é a hermenêutica, que tem como objetivo o estudo dos processos que serão utilizados na interpretação.³⁵

Segundo Carlos Maximiliano a Hermenêutica (jurídica) seria o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, e não a sua aplicação, a busca efetiva deste significado em cada caso. É uma sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, é o fornecimento de subsídios e regras para tal realização. Ela estuda abstratamente os enunciados que podem presidir uma determinada interpretação.³⁶

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.37

³⁵ Neste sentido ver FRANÇA, Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 03

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 108

Deste modo, interpretação e hermenêutica se distinguem em suas características pelas quais a hermenêutica seria a ciência destinada ao estudo dos elementos utilizados no processo de interpretação, e esta, por sua vez, seria destinada ao caso concreto, à atribuição de sentido ao texto legal em exame, aplicando os postulados da hermenêutica. Neste sentido, requer destaque a colocação de Limongi França³⁷ pela qual tanto a hermenêutica quanto a interpretação não podem se restringir aos estreitos termos da lei, devendo se endereçar ao direito que a lei exprime, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, o legislador não se manifestou com a clareza necessária.

Através da evolução do direito, e do aumento considerável da quantidade de normas, surgiram diversas regras, variáveis em razão da doutrina adotada, acerca dos métodos de interpretação.

Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*³⁸, por exemplo, explana os métodos gramatical (pelo qual se extrai da letra da lei seu significado) e que entre a doutrina é considerada como a mais pobre, lógico (através do qual se busca o alcance das expressões do Direito sem nenhum elemento externo que não a lógica geral, pretendendo o simples estudo das normas em si), o processo sistemático (de acordo com o qual se deve comparar o dispositivo sujeito à exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas e do exame das regras em conjunto deduzir-se o sentido de cada uma) e que é o mais rico e desejado de todos eles, pois examina as normas como sistema e não isoladamente. No mesmo sentido Rogério Greco³⁹ define a importância da interpretação sistemática: “com a interpretação sistêmica, o exegeta analisa o dispositivo legal no sistema no qual está contido, não de forma isolada. Interpreta-se com os olhos voltados para o todo, não para as partes.”

Limongi França, além dos métodos mencionados alhures por Carlos Maximiliano destaca o método histórico- que indaga as condições do meio e do

³⁷ FRANÇA, Limongi. *Op. Cit. Hermenêutica Jurídica*. p.04

³⁸ *Ibidem*. p. 87

³⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 40

momento em que a lei foi criada, para que se extraia seu sentido. A estes métodos acrescenta ainda as espécies de interpretação: i) declarativa: que é aquela em que o enunciado parece coincidir com as expressões do direito positivo; ii) extensiva: também chamada ampliativa, é aquela em que a letra da lei parece menos ampla do que aquilo que o legislador gostaria de expressar; e iii) restritiva: é aquela que leva a crer que o legislador, ao elaborar a norma, utilizou expressões ampliativas em face daquilo que gostaria de dizer⁴⁰.

O fato é que, não importa qual seja o método hermenêutico que se pretende usar, o que importa, quando se fala em interpretação sistemática, é que em um estado Democrático de Direito, o primeiro preceito a ser interpretado é aquele que o legitima, ou seja, sua Constituição, para que a partir daí se possa compreender as regras que dela emanam. Entretanto, para que se possa interpretar e compreender a constituição, há que se respeitar algumas diretrizes, para que não se viole a lei máxima do ordenamento. Celso Ribeiro Bastos⁴¹, apresenta de forma muito útil tais diretrizes, às quais denomina de “postulados constitucionais”.

Para Celso Ribeiro Bastos, há primordialmente três regras básicas a serem observadas pelo intérprete: primeiramente, os postulados, que seriam um comando dirigido aos que pretendem realizar a atividade interpretativa e que fazem parte de uma etapa anterior à própria natureza interpretativa, fornecendo elementos que se aplicam à interpretação da Constituição; em segundo lugar, os chamados “instrumentais hermenêuticos”, que seriam as já explicitadas fórmulas, procedimentos ou recursos de interpretação fornecidos pela teoria do Direito e, por último, os princípios, que serão melhor estudados no capítulo seguinte, mas que em suma representam as diretrizes, ou seja, fornecem uma direção precisa ao intérprete, os limites, e que podem, ainda ser objeto de interpretação.

Nesta fase deste trabalho, nos prenderemos à elucidação dos postulados, pois merecem nota pela função precípua que exercem ao trazer a noção de que

⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit. Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. p. 08

⁴¹ *Ibidem*.p. 170

não há como se fazer uma interpretação sistemática do Direito sem que se parta, ou inicie pela Constituição.

Ao mencionar os postulados, Celso Bastos acrescenta que estes não são optativos como podem ser os instrumentais hermenêuticos. Os postulados jamais devem ser abandonados pelo intérprete constitucional e, devem ser considerados em conjunto. “A interpretação, portanto, deverá, para se considerar atividade válida, respeitá-los no seu todo, não podendo proceder a escolha de um ou outro”⁴².

Assim, reafirmamos o compromisso do intérprete com os postulados ao proceder à interpretação jurídica.

Como primeiro postulado, temos a *Supremacia da Constituição*, que reconhece que a Constituição há que ser a norma superior em qualquer situação, de modo que repele toda interpretação que venha de baixo, ou seja, rechaça qualquer tentativa de tentar interpretar a Constituição a partir da lei, sendo lícito o contrário, ou seja, interpretar o ordenamento jurídico a partir da Constituição.

O segundo postulado se refere à *Unidade da Constituição*, significando que o texto constitucional deve ser interpretado como um todo e evidenciando que a noção sistêmica da carta é imperativa.

Por último temos o postulado da *Maior efetividade possível*, de acordo com o qual sempre que possível o dispositivo Constitucional há que ser interpretado da maneira que lhe confira maior eficácia.⁴³

Estes postulados nos ensinam a importância da interpretação sistemática a partir da Constituição e com o maior respeito às suas regras, de modo que as demais normas, se por um erro não forem criadas em consonância com a carta,

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit. Hermenêutica e Interpretação Constitucional.*, p. 172-176

⁴³ *Idem*

devem ser interpretadas de modo que seu espírito seja preservado, de maneira que suas regras sejam respeitadas, aplicada e efetivadas.

Essa noção contemporânea de interpretação vem sendo bastante fortalecida pela doutrina do neoconstitucionalismo, que tem como um de seus expoentes Konrad Hesse, e que vem adotando o conceito normativo de Constituição, no sentido de concretizá-la, retirando do texto Constitucional a solução para o caso concreto⁴⁴.

Lênio Streck acrescenta que entender a Constituição é aplicá-la, de modo que esta será o resultado de sua aplicação e que a sua *baixa compreensão* resultará em injustiças em prejuízo dos direitos fundamentais que ela prevê: “uma *baixa compreensão* acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos sociais”.⁴⁵

Destarte, quando se fala em sistema jurídico, interpretar pressupõe, em primeiro lugar, a correta interpretação e compreensão da Constituição e, em uma segunda etapa, mas não menos importante, a compreensão de que as demais regras só farão sentido se criadas, interpretadas e aplicadas de acordo com a Carta Magna, sob pena de estarem eivadas de inconstitucionalidade.

⁴⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. p. 43-51

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 209

Capítulo II

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

1-Conceito

Dissemos que o ordenamento jurídico é composto por normas, que são o gênero, dentre as quais são espécies princípios e regras. Dissemos também que para a interpretação do sistema jurídico e, em primeiro lugar, para a interpretação da Constituição, há que se levar em conta os postulados, que deverão preceder todo o processo hermenêutico e, dentre esses postulados citados anteriormente, estão os princípios constitucionais, que serão as grandes diretrizes hermenêuticas. Assim, torna-se necessário fazer um breve estudo sobre os princípios e seu papel no processo interpretativo, para que depois possamos ingressar no âmbito do direito penal, que é a proposta deste trabalho, e analisar a influência destes princípios constitucionais nesta seara.

A palavra princípio, desde sua etimologia, nos traz a idéia de começo, de algo que inicia. Segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa⁴⁶, temos:

Princípio. 1- Momento, local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2- Causa primária. 3- Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4- Preceito, regra, lei. 5- Base, germe.

Em se tratando da área jurídica, ou seja, de princípios de direito, eles não de significar o começo, o preceito, o fundamento de todo o sistema jurídico, como bem pondera Guilherme de Souza Nucci:

“Princípios são ordenações que se irradiam por todo o sistema, dando-lhe contorno e inspirando o legislador (na criação da norma) e o juiz (aplicação da norma) a seguir-lhe os passos.

⁴⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio*. 3ª edição Curitiba: editora positivo, 2004, p. 1631

Servem, ainda, de fonte para interpretação e integração do sistema normativo”.⁴⁷

Ou seja: os princípios serão as bases do sistema e também seus vetores de interpretação.

Humberto Ávila, por sua vez⁴⁸, escreve que a distinção entre princípios e regras é maior do que aquela que se costuma fazer com base no grau de abstração da prescrição normativa. Se refere a uma distinção qualitativa, já que a distinção entre os dois se daria pelo fato de que aqueles (os princípios), serviriam como fundamento normativo na tomada de uma decisão.

Seguindo, o referido autor,⁴⁹ acrescenta a definição dos princípios como sendo normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que servem de fundamento normativo para a interpretação e aplicação do direito, de modo que, de acordo com esta doutrina, os princípios indicam a direção que se situa a regra a ser encontrada.

Eros Roberto Grau, traça uma distinção entre princípios e regras jurídicas à partir de sua generalidade⁵⁰. De acordo com essa distinção, as regras jurídicas ou são aplicadas por completo ou simplesmente não o são, devendo ser afastadas. Deste modo, presentes os pressupostos para sua aplicação diante da situação concreta, ela deverá ser aplicada. Em contrapartida, mesmo aqueles princípios que mais espelham as regras, não se aplicam necessariamente quando manifestas as condições tidas como suficientes para sua incidência. Ou seja, as regras são criadas para que incidam sobre determinada situação, ao passo que os princípios podem se irradiar sobre um número infindável e por vezes até imprevisível de situações. As regras não comportam exceções que não se possa

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral e Parte Especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.75

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35

⁴⁹ Idem

⁵⁰ Tal distinção é também extraída do trabalho de DWORKIN, Ronald . *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-57

teoricamente enumerar, já os princípios, quanto às exceções a que estão sujeitos, estas não são sequer passíveis de enunciação.⁵¹

Trabalhando ainda com a distinção citada acima e apresentada no trabalho de Eros Grau, há ainda que diferenciar os princípios das regras jurídicas por sua dimensão, pois quando se fala em princípios se fala em dimensão de peso ou importância, de tal sorte que, quando houver vários princípios a serem evocados no caso em apreço, deverá haver uma valoração para que se chegue àquele de maior relevância. Mais isso não implica na invalidação do(s) princípio(s) dispensado(s), e sim no seu afastamento naquele caso.⁵²

As regras, ao contrário, não possuem tal dimensão, de tal sorte que não se pode falar em uma regra mais ou menos importante do que outra. A sua dimensão é a da validade. Diante do caso concreto, presentes os pressupostos para sua aplicação, como já referido, uma delas será válida e outra não. A este conflito entre regras dá-se o nome de antinomia.

Neste sentido encontramos também a exposição de Marcelo Novelino:

Dentre os critérios utilizados na distinção entre princípios e regras, dois podem ser destacados: a abstratividade e a dimensão. Como característica das normas jurídicas em geral, a abstratividade está presente tanto nos princípios quanto nas regras, posto que de maneira estruturalmente diversa. O pressuposto fático das regras prevê inúmeros casos homogêneos, enquanto o dos princípios caracteriza-se pela possibilidade de abranger uma heterogeneidade de casos potencialmente suscetíveis de entrar na esfera de previsão. Por isso costuma-se dizer que os princípios são mais abstratos do que as regras.⁵³

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit. A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 91

⁵² *Ibidem*, págs. 93-98

⁵³ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 65

Não obstante as explicações trazidas acerca dos princípios jurídicos, destacamos a contribuição de Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu discurso sobre o assunto⁵⁴:

Princípio- já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Desta feita, impende destaque a visceral importância dos princípios dentro do sistema jurídico, pois além de serem seu alicerce, seu fundamento, estes também representarão as diretrizes e os objetivos que se pretende perseguir naquele Estado por eles amparado, restando claro que sua violação é inadmissível, sob pena de se desestruturar todo o sistema.

Nesse sentido, observemos novamente as palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁵:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão se seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão se sua estrutura mestra.

Assim, poderemos encontrar princípios espalhados por todo o ordenamento, sejam eles implícitos ou explícitos, muitos são constitucionais, aos quais poderemos chamar “princípios constitucionais”, seja por estarem escritos (expressos) na Constituição, seja porque dela podemos extraí-los (implícitos), outros não. E, dada a importância já exaustivamente salientada destes

⁵⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição São Paulo: Malheiros, 2006. p. 888-889.

⁵⁵ *Idem*

mandamentos e dado também o devido e merecido destaque à Constituição Federal, é forçoso concluir que violar um princípio constitucional seria a mais grave forma de violação ao sistema.

A Constituição Federal prevê uma série de princípios, aplicáveis aos mais diversos ramos do direito de forma indiscriminada, que são tidos como princípios gerais ou aplicáveis a um deles de forma específica, deixando claro que é nestes princípios que o Direito deve se pautar. Destarte, a previsão constitucional destes mandamentos, impede que o legislador ordinário e o aplicador do direito deles se desviem quando da execução de sua tarefa. Com o Direito Penal não haveria de ser diferente. Há uma série de princípios, aos quais chamaremos “Princípios Constitucionais Penais”, trazidos pela Constituição que deverão servir de fundamento ao Direito Penal e amparar àqueles que a esta área se dedicam, o que passaremos a observar a seguir.

2-Princípios Constitucionais Penais

Os Princípios Constitucionais Penais como já observado, deverão ser o grande fundamento do Direito Penal, isso se deve ao fato de que servirão como garantia do cidadão em face do poder punitivo do Estado que será exercido nos moldes e dentro do limite que a Constituição lhe confere através de seus princípios.

É a partir do artigo 5º da Constituição que se pode vislumbrar limites à intervenção do Estado nas liberdades individuais e, como decorrência, limites ao poder punitivo estatal, que se vê manifestado através do direito penal. É a partir do mencionado artigo que começamos a análise dos Princípios Constitucionais Penais.

3- Princípio da Legalidade

Tal princípio, previsto no artigo 1º do Código Penal, e que decorre de previsão Constitucional expressa (art. 5º, XXXIX), enuncia que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Embora tenha tido sua formulação difundida principalmente através do Ideário Iluminista, especialmente na obra de Cesare Bonesana⁵⁶, as origens históricas de tal princípio podem ser encontradas na Magna Carta do rei João Sem Terra⁵⁷ (Inglaterra, 1215), que em um de seus artigos já previa que:

“Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele, ou mandaremos alguém contra ele, a não ser pelo julgamento legal de seus pares, ou pela lei da terra.”

O princípio em comento teve a sua primeira formulação latina, conhecida de todos nós, através de Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), derivada do raciocínio de que a imposição da pena pressupõe a existência de uma lei penal (“*nulla poena sine lege*”); que a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (“*nulla poena sine crimine*”); e, o fato legalmente cominado está condicionado pela pena legal (“*nullum crimem sine poena legali*”)⁵⁸.

Mas, é a partir da Revolução Francesa (século XVIII), que o referido princípio passa ser visto como exigência de segurança jurídica e de garantia individual no Estado de Direito, tendo como fundamento político a “função de garantia de liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da certeza da

⁵⁶ BONESANA, Cesare (BECCARIA, Marques de). *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.44

⁵⁷ Conforme texto da referida carta colhido na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo- www.direitoshumanos.usp.br

⁵⁸ FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Raul Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1989. p. 63

realização do direito”⁵⁹. Em seguida, podemos destacar inúmeros documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que consagram a referida previsão como pilar do Estado Democrático na atualidade.

Tal previsão, que fora acolhida no Brasil em todas as suas cartas constitucionais, bem como em todos os nossos Códigos Penais⁶⁰, representa, sobretudo, como asseverado alhures a garantia, a certeza do cidadão sobre a acusação que lhe está sendo imputada e a certeza da pena que lhe poderá ser aplicada.

De sua previsão “não há crime sem lei anterior que o defina” deve-se entender “crime” em sentido amplo, de forma que a previsão abrange também as contravenções penais, bem como a previsão “pena sem prévia cominação legal” deve-se compreender também as medidas de segurança, que são espécie de pena⁶¹.

Este princípio costuma ser desmembrado pela doutrina, de forma a dar origem a uma série de garantias, postulados ou corolários⁶²:

- a) Irretroatividade:** tal postulado garante que só poderão ser consideradas criminosas as condutas posteriores à lei que as prevêem, o que leva a concluir que a lei penal incriminadora não retroage,⁶³ salvo se se tratar de lei que beneficie o réu. É justamente este o dizer do princípio da irretroatividade da lei penal, previsto no artigo 5º, XL da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” e que

⁵⁹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1: Parte Geral*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 134

⁶⁰ Conforme FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 91.

⁶¹ Neste sentido ver: Luiz Régis Prado, *Ob. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. P. 133 e PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.73

⁶² O termo corolário é utilizado por PALAZZO, Francesco, ao fazer uma análise do Princípio da Legalidade em sua *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 43-52.

⁶³ Exceção feita à Lei penal mais benéfica, conforme se verá mais adiante.

abraça o já previsto da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

b) Reserva legal: somente lei, em sentido estrito (consideradas entre estas as leis ordinárias e leis complementares) podem criar crime ou pena.

c) Taxatividade: as leis penais incriminadoras devem ser o mais claras e certas possível.

Destaque-se que tal princípio reflete a maior garantia do cidadão contra a ingerência estatal, de modo que pode se desdobrar nas seguintes conclusões⁶⁴:

- a lei penal deve ser escrita: só a lei escrita, elaborada de acordo com os ditames constitucionais pode criar crimes e penas, não se admitindo o costume incriminador;
- a lei penal tem de ser estrita: o que proíbe a analogia incriminadora, só sendo possível em direito penal a analogia em benefício do réu;
- a lei penal tem que ser certa: Proibição de incriminações vagas e indeterminadas, a lei penal tem que ser de fácil entendimento.

Da análise das garantias que dele emanam conclui-se que o princípio da legalidade é corolário do estado democrático de direito, visando guiar a atuação estatal, quando necessária sua intervenção nas liberdades individuais.

4- Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da Intervenção Mínima traduz a idéia de que o Direito Penal só deverá intervir quando realmente necessário, mantendo caráter subsidiário e fragmentário.

O referido princípio se liga intimamente à proteção de bens jurídicos⁶⁵, de tal sorte que só se legitima a criminalização de um fato se esta for meio necessário para

⁶⁴ Neste sentido consultar BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Renan, setembro de 2005. p. 65-83

a proteção de determinado bem jurídico, somente sendo legítima a sanção penal quando for instrumento indispensável a esta proteção jurídica⁶⁶. Trata-se de mais uma garantia a reforçar a limitação ao poder punitivo estatal, juntamente com o princípio da legalidade, demonstrando que não cabe ao Direito Penal intervir em todo e qualquer conflito, mas sim naqueles que se mostram relevantes para a manutenção da paz social.

Tais colocações se mostram um tanto quanto antagônicas quando analisamos a situação atual do Direito Penal, que é tida com verdadeira “crise” em face da “avalanche” de normas penais, desencadeada no último século com o intuito de coibir, com maior eficiência, a crescente criminalidade. Mas, ao contrário do que se pensa, o referido fenômeno não está apto a este fim, uma vez que o que se tem é uma verdadeira desvalorização do Direito Penal, que, se prestando a regular situações que em nada lembram a “intervenção mínima”, torna-se desacreditado.

Em decorrência, temos o descrédito dos demais ramos do direito, pois com a exacerbação da intervenção penal, que só deveria ocorrer diante do fracasso dos demais ramos do direito, conclui-se que estes vêm fracassando em sua missão, de modo que restaria ao direito penal regular um infindável número de situações⁶⁷.

Assim, há que se resgatar o verdadeiro sentido deste princípio, como forma de se reforçar a importância do Direito Penal na regulação das relações sociais e dar maior credibilidade ao ordenamento jurídico como um todo, bem como sua importância como garantia do cidadão.

Destaque-se que o referido princípio não encontra previsão expressa em nossa Constituição, mas dela se depreende quando da análise dos demais

⁶⁵ Neste sentido ver HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 55-56

⁶⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 2003. p. 39

⁶⁷ *Ibidem*. p. 41

princípios e de seus fundamentos e objetivos, que se pautam pela dignidade humana e pelo Estado Democrático de Direito, entre outros, tendo a legalidade como instrumento de limitação da força punitiva do Estado em face de seu povo⁶⁸.

5- Princípio da fragmentariedade

Como corolário da intervenção mínima, o referido princípio se refere à intervenção pelo Direito Penal no caso concreto, que somente deverá se exteriorizar, através da imposição do poder punitivo se houver efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico relevante para a sociedade. Assim, o Direito Penal representa um fragmento do Ordenamento Jurídico. Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt⁶⁹:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Tal princípio limita ainda mais a atuação do Direito Penal, que não pode se prestar a disciplinar toda e qualquer conduta humana, ficando restrito àquelas que apresentam maior relevância para a vida harmônica em sociedade, pressupondo uma seleção dos bens e valores que devem ser penalmente tutelados.

6- Princípio da subsidiariedade

Também como corolário da intervenção mínima, e muitas vezes entendido como sinônimo desta, temos o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito Penal é subsidiário, ou seja, ele só intervém diante do fracasso dos demais ramos do direito na solução de determinado caso.

⁶⁸ LUISI, Luiz. *Op. Cit. Os princípios Constitucionais Penais*. p. 40

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, vol. 1- 11ª ed. atual.- São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15

De acordo com as colocações de Luís Paulo Sirvinskas: “Só depois de se esgotarem os outros mecanismos intimidatórios (civil e administrativo) é que se procurará, na tutela penal, a eficácia punitiva.” O Direito Penal deve ser a “última ratio”.

Deste modo, o Direito Penal só intervém face aos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes e, para os quais não se encontre resposta efetiva em outro ramo do Direito e que será dada, satisfatoriamente através deste.

7- Princípio da Igualdade

O referido princípio encontra guarida no artigo 5º da Constituição Federal e traz ampla garantia para o estado democrático de direito, não somente no que concerne ao Direito Penal, mas a todo o Ordenamento Jurídico. Trata-se de igualdade substancial, ou seja, tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade.

Mais uma vez trata-se de importante garantia a ser respeitada, não somente pelo legislador, quando da elaboração da lei, como também o juiz ao aplicar e executar a pena, pois não há como se falar em pena justa quando não se respeita as características individuais de cada um. É por isso que a lei de execução penal prevê lugares distintos para o cumprimento de pena de homens e mulheres, prevê a separação dos condenados também em estabelecimentos distintos de acordo com sua periculosidade, além da previsão das medidas de segurança, como forma de tratar desigualmente imputáveis e inimputáveis.

8- Princípio da culpabilidade

Trata-se do princípio que vai servir como limitador da responsabilidade penal, do qual se infere a impossibilidade de responsabilidade criminal por infração penal na qual não se vislumbre dolo ou culpa.

Através dele exige-se do agente responsabilidade subjetiva (que muitas vezes é encontrada na doutrina como princípio da responsabilidade subjetiva), que significa que ocorrendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, afastando com isso a responsabilidade penal objetiva.

Desta forma, segundo Cezar Roberto Bittencourt⁷⁰, atribui à culpabilidade três medidas:

I- fundamento da pena: de modo que só será possível aplicação de pena a um fato típico e antijurídico mediante a presença de requisitos específicos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa), que, se ausentes impedem aplicação da sanção penal.

II-determinação ou medida de pena: impede que a pena seja imposta além da medida trazida da própria idéia de culpabilidade, aliada a outros critérios, como, por exemplo o bem jurídico.

III-oposição à responsabilidade objetiva: Ninguém responderá por resultado produzido sem dolo ou culpa.

Tal princípio, traduz inexorável garantia ao direito penal, principalmente no que se refere à aplicação da pena, que há de ser feita com todo o cuidado e respeito aos direitos do condenado, visando impedir que o apenado responda além dos limites do fato por ele cometido, além de sua culpa. Trata-se, mais uma vez, de princípio implícito em nossa Carta Magna, extraído de seus demais princípios e garantias.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 330

9- Princípio da dignidade da pessoa humana

Trata-se, como já adiantado em capítulo próprio, do valor máximo previsto em nossa Constituição. E, embora se discuta na doutrina se o referido princípio é realmente aplicado na seara penal, diante de sua magnitude, da história que acompanha sua inserção no texto constitucional, bem como do inesgotável número de garantias que sua expressão abarca, resta indubitável que se trate de um princípio aplicável em todo e qualquer ramo do Direito, principalmente por ser este o alicerce de todos os demais direitos fundamentais.

Assim,

essa norma, embora de cunho principiológico, deve ser inflexível, sob pena de se perder as conquistas fundamentais da humanidade. Além de traçar os limites estatais, a dignidade da pessoa humana determina o modo de agir do Estado na persecução penal, com o objetivo de delinear os princípios e regramentos norteadores da persecução penal⁷¹.

Não bastasse sua expressa inserção no texto constitucional, há também sua previsão nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, não havendo como se esquivar às suas previsões.

Ademais, como asseverado acima, trata-se de um dos fundamentos (e porque não dizer do principal deles) da República Federativa do Brasil, de tal sorte que, a doutrina o descobriu como o principal valor a ser efetivado em nosso ordenamento, e, por isso, o maior valor a ser efetivado no cotidiano de nossa sociedade.

Sua previsão há que sustentar a elaboração das normas penais, de modo que estas sejam criadas em ampla consonância com as garantias que este princípio exprime, respeitando o valor do ser humano em si mesmo, seu valor intrínseco. A aplicação e execução das penas, com maior razão, por serem o momento em que o apenado se verá tolhido de sua liberdade, deverão ser

⁷¹ PORTO, Hermínio Alberto Marques e SILVA, Roberto Ferreira da. Fundamentação Constitucional da Normas de Direito Processual Penal: Bases Fundamentais para um Processo Penal Democrático e Eficiente. In Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. Org. SILVA, Marco Antonio Marques e MIRANDA, Jorge. São Paulo: Quartier Latim do Brasil, inverno de 2008. p. 601

pautadas também por este supra-princípio, considerando-se o valor da pessoa humana como um fim em si mesmo e não como meio de se garantir a ordem social. O Estado, principalmente em fase de execução penal, há que se portar como garantidor dessa dignidade e não como seu violador.

10- Princípio da Humanidade das penas

O princípio da Humanidade das Penas, que se configura em um dos mais importantes pilares dos direitos Humanos em sede de execução penal, foi trazido ao nosso ordenamento através da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º, 2) e prevê que ninguém será submetido à pena cruel, desumana ou degradante.

Trata-se de importante conquista pós- segunda guerra, e no caso do Brasil, também pós-ditadura, pois nestes dois períodos o que se viu foram os maus tratos ao ser humano, compreendidos aí tratamentos cruéis e degradantes, que acabaram por legitimar práticas horrendas como a tortura e a cultura de que o indivíduo que delinqüe não merece ser tratado como ser humano, não tem dignidade. Destarte, em um estado democrático de direito, que se pauta pela dignidade humana e pela proteção dos direitos fundamentais, é inadmissível que se deixe de observar tal princípio.

Além da previsão internacional acolhida pela constituição, temos sua consagração em outros dispositivos como a lei 9455/97, que prevê a punição do crime de tortura e a lei de execução penal, que, baseada nas regras mínimas para o tratamento de presos, prevê a garantia de direitos aos condenados, dentre os quais a integridade física, como veremos mais adiante, além de suas diretrizes básicas, dentre as quais encontramos a ressocialização, que se presume que o estado mantenha as condições para que isso aconteça.

11- Princípio da Proporcionalidade

Segundo o princípio da proporcionalidade, a pena deverá ser proporcional à gravidade da infração, levando em conta as características pessoais do agente. O referido mandamento é de grande importância, na medida em que vincula não só o juiz, por ocasião da fixação do *quantum*, bem como o legislador quando da criação do tipo, além do juiz na execução da pena aplicada.

A referida previsão também encontra guarida nos direitos humanos internacionais, desde os mandamentos da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, que já em 1789 exigia expressamente a observância da proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção (art. 15): “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

Assim como outros princípios, também encontra raiz no ideário iluminista, mormente na obra de Beccaria, sendo recepcionado em nossa Constituição por diversos dispositivos (dentre os quais alguns serão aqui tratados como princípios), como a exigência de individualização da pena, por exemplo⁷².

12- Princípio da pessoalidade

Tal princípio visa impedir a punição por fato alheio, de modo que o apenas o autor da infração penal possa por ela ser responsabilizado.

Decorre do mandamento Constitucional (art. 5º, XLV, CF): “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” Vincula-se ao postulado da imputação subjetiva e ao princípio da culpabilidade, já referidos aqui, de tal sorte que a pena deve ser pessoal (aplicada apenas ao condenado) e na exata medida de sua condenação.

⁷² BONESANA, Cesare (BECCARIA, Marques de). *Op. Cit. Dos delitos e das penas*. p. 50 e 52

13- Princípio da Individualização da pena

Advém da proporcionalidade entre pena e infração a previsão de individualização da pena, acentuando o valor dado às características individuais do agente, de modo que a pena aplicada, seja a mais adequada àquele indivíduo, tanto pelo período de cumprimento, quanto pelo estabelecimento em que este será realizado.

Tal princípio, que encontra expressa previsão constitucional (art. 5º, XLVI), que diz que “a lei regulará a individualização da pena”, para ser obedecido exige penas que levem em conta a proporcionalidade entre a gravidade do fato (bem jurídico lesado e extensão da lesão) e a sanção imposta, além de características individuais como bons antecedentes, primariedade e reincidência, entre outras, de acordo com o que dispõe o art. 59 do Código Penal.

14- Princípio da Moralidade (uma abordagem necessária para aplicação da LEP)

Muito se discutiu na doutrina acerca da natureza da Execução Penal, tal celeuma se deveu ao fato de a Execução guardar correspondência com mais de um ramo do Direito. Deste modo, diz-se que a Execução Penal é matéria de Direito Penal, já que permite a execução da sanção (que nada mais é do que a consolidação do direito de punir do Estado); do mesmo modo, é matéria afeta ao Direito Processual Penal, uma vez que está vinculada ao título executivo, e ainda, pode-se considerar que a Execução também é matéria de Direito Administrativo (no que tange à execução da Pena propriamente dita, que se utilizará de estabelecimentos e agentes públicos próprios. Assim, o entendimento consolidado é o de que a Execução Penal é atividade complexa, de natureza híbrida – jurisdicional (já que há necessidade de acompanhamento da execução por um órgão jurisdicional em todas as suas fases, desde a sentença, que deve ser proferida por órgão do judiciário, até a solução de incidentes da execução e a efetiva fiscalização por órgãos do judiciário) e administrativa (na medida em que

os estabelecimentos penitenciários e seus agentes são órgãos da administração pública).

Desta forma, como o instituto tema deste trabalho (RDD) foi inserido na Lei de Execução Penal, e esta será regulada tanto pelos regramentos do Direito Penal e Processual Penal quanto pelos regramentos do Direito Administrativo, julgou-se necessário acrescentar aqui algumas palavras sobre princípios de Direito Administrativo que incidirão na execução penal e principalmente sobre o princípio da Moralidade, que deverá nortear toda a atuação da administração.

O Direito Administrativo, assim como os demais ramos do direito, tem inúmeros princípios que o informam, alguns expressos na Constituição Federal, outros que dela se depreendem. Deste modo, em se tratado de Princípios Constitucionais (tema deste Capítulo), merecem destaque:

- o princípio da legalidade, pelo qual a atividade administrativa somente pode ser exercida dentro dos limites expressamente traçados pela lei, sendo o ato fora destes limites considerado ilícito;
- o princípio da impessoalidade, de acordo com o qual o administrador deve proceder com isonomia no tratamento dos administrados, sendo reprováveis quaisquer preferências ou discriminações, além da vedação à proteção do interesse particular;
- o princípio da publicidade, pelo qual os atos da administração devem ter a mais ampla divulgação possível, para que possam ser fiscalizados pelo administrado;
- o princípio da eficiência, que incluído pela EC 19/98, requer celeridade e presteza na prestação do serviço público – destacando-se que tal princípio talvez seja o de mais difícil fiscalização pelo administrado; E, finalmente:
- o princípio da moralidade, que impõe ética à conduta do administrador.

De acordo com o princípio da moralidade, cabe ao administrador saber distinguir entre aquilo que é justo e o que é injusto, o que é honesto e o que não é, o que é legal e o que é ilegal, de acordo não só com o sendo de moral comum, mas também com a moral jurídica.

Assim, a moralidade é pressuposto de todo ato da Administração Pública, de forma que o administrador não pode descuidar do conteúdo ético de sua conduta. O administrador não deve se limitar ao Direito posto, mas deve obediência ao senso de moral para não cometer injustiças, sem, contudo, desprezar a ordem institucional⁷³.

Apesar do princípio da moralidade não ser costumeiramente arrolado como princípio de Direito Penal (sendo aplicado tão somente ao Direito Administrativo), este poderá, sem dúvida ser aplicado a esta seara, através de sua utilização como fundamento do ramo do direito em destaque.

Conforme lição de Miguel Reale⁷⁴, Direito e moral são duas realidades distintas, que, entretanto, não podem se dissociar:

O direito e a moral continuam sendo realidades históricas inamovíveis, que hora se correlacionam, ora se antagonizam, ora tendem a se contrapor, ora a se confundir, ressurgindo sempre a intuição ou a consciência crítica de que ambos se distinguem e se relacionam em função de algo co-natural ao ser do homem e às estruturas da convivência social.

Destarte, a moralidade há que permear a vida do homem em sociedade e, por isso, ser observada em relação às ciências das relações sociais, como o Direito e, mais especificamente o Direito Penal. Daí se pode observar que a moral estará contida no Direito.

Embora muitas vezes se afirme que a diferença entre moral e direito reside simplesmente na coercibilidade deste, há que se estabelecer outros critérios distintivos, que emanam da própria moralidade.

A moralidade pode ser observada sobre dois aspectos distintos: a

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª edição; São Paulo: Malheiros, 2006. p.87-92; 94-97.

⁷⁴ REALE, Miguel. *O Direito como experiência: Introdução à epistemologia jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 263

subjetividade e a objetividade⁷⁵. Entende-se por subjetividade a vinculação do agente com sua própria consciência, relaciona-se com a personalidade do agente, sua individualidade, que se traduz em seu motivo de agir. Por outro lado, a objetividade esta relacionada com a moralidade exteriorizada perante a sociedade, por aquilo que é aceitos pelos costumes.

De todo modo, Miguel Reale⁷⁶ vincula os dois aspectos da moralidade a uma relação de bilateralidade, da relação do “eu” vezes o “outro”, gerando uma relação de intersubjetividade.

No plano da moral, o homem será o legislador de si mesmo, não sendo necessária a posituação da regra por ele cumprida, bastando que ele a tenha incorporado como correta.

Já a moralidade da conduta jurídica reside ao lado da costumeira, polarizando-se no sentido a objetividade social, sendo a conduta costumeira aquela que se conforma com as regras de usos e costumes, ficando em destaque a exterioridade do comportamento. Isso não significa negar que possa haver espontaneidade em tal comportamento, mas esta será acessória, uma vez que o julgamento da conduta será feito pelo outro.

No que tange à conduta jurídica, o problema reside, segundo Miguel Reale⁷⁷ na necessidade de se resguardar a subjetividade, sem que, concomitantemente, se deixe de salvaguardar a “coexistência harmônica e pacífica das subjetividades” ou a “ordenação objetiva entre todas as pessoas” através da disciplina da liberdade. Desta forma, na relação jurídica a valoração do ato praticado ficará a cabo de todos os sujeitos que dela participem, ou seja, da objetividade da ordem social.

⁷⁵ Neste sentido ver SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118.

⁷⁶ REALE, Miguel. *Op. Cit. O Direito como experiência ...*p. 267

⁷⁷ REALE, Miguel. *Op. Cit. O Direito como experiência*. p. 268

Da análise da moralidade proposta por Miguel Reale, entendemos que a moralidade no Direito deve servir como limite às subjetividades individuais e às objetividades coletivas. Sendo que a razoabilidade deve ser o critério da nortear o legislador e o aplicador do Direito, para que a justiça se faça dentro do limites morais razoáveis, devendo o princípio da moralidade ser aplicado não só pelo legislador por ocasião da elaboração da lei, como também pelo juiz na aplicação da norma ao caso concreto⁷⁸.

⁷⁸ Neste sentido ver SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Op. Cit Introdução ao Estudo do Direito Penal*. p.119.

Capítulo III

PENA

1- Escorço Histórico

Quando o homem deixa de ser nômade, surge a necessidade de viver em grupo e de neste manter a paz, para assim conservar a sua força. Dessa convivência em grupo, nascem os atritos e passa a haver a necessidade da existência de regras para regulamentar a convivência entre os membros destes determinados grupos. Neste sentido Júlio Fabrini Mirabete observa que: “das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade surge o Direito, que visa garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social”⁷⁹.

É esse o germe do Direito, e mais ainda do Direito penal, pois este vai surgir e se fortalecer ao longo de sua remota existência, na necessidade de regulação da conduta do seres humanos para que haja harmonia na vida em sociedade. Assim, de acordo com as idéias de Rousseau, o homem firma o chamado “contrato social”, onde abre mão de parcela de sua liberdade individual em prol do bem comum, de modo que o Estado passa a ser titular dessa parcela de liberdade do indivíduo para zelar pela manutenção da paz. Surge desta forma a necessidade de regras robustas, com aptidão para fazer com que o indivíduo respeite os direitos de seu próximo, bem como fazer com que este abra mão dessa parcela da sua liberdade em nome da coletividade. É esta força que vai mover o Direito penal e fazer com que surja a primeira idéia de pena, já nos povos primitivos, caracterizada pelo chamado “vínculo de sangue”.

O vínculo de sangue é designado através da ligação do homem primitivo com sua comunidade, que teria o condão de protegê-lo contra os mais diversos tipos de perigos, que criava uma “recíproca tutela daqueles que possuíam

⁷⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006. p.02

descendência comum”⁸⁰. Tal concepção deu origem à chamada “vingança de sangue”, pela qual as famílias de determinados clãs se reuniam para vingar seus mortos. Esse tipo de ação tinha, de forma simbólica, o condão de desfazer a ação do malfeitor, retratando a insatisfação do grupo com seu comportamento. Entretanto, gerava guerras intermináveis e incontáveis prejuízos aos membros dessas comunidades, motivos pelos quais foi, pouco a pouco, através do fortalecimento do poder social, sendo regulamentada e passando às mãos do poder central, deixando de ser um direito para se tornar crime⁸¹. Destaque-se que, esta passagem da vingança privada às mãos do Estado, trouxe consigo o sentimento vingativo, com a diferença de ser agora aceita socialmente e trazer a implementação dos sistemas punitivos.

A doutrina⁸² destaca, ainda, no tocante ao nascimento das penas, as punições decorrentes de violações de totens e tabus, que regiam as comunidades primitivas. Segundo pesquisa de Oswaldo Henrique Duek Marques⁸³, os totens eram animais, vegetais ou fenômenos naturais, aos quais determinada comunidade atribuía os fenômenos por ela não compreendidos. Seriam eles o espírito guardião daquele clã. De forma que o “totemismo constituía a base da organização social e das restrições morais da tribo. A violação aos princípios totêmicos implicava punição aos transgressores,”⁸⁴ que entre outras coisas, correspondia à crença no castigo aplicado pelo próprio totem, um castigo sobrenatural, como o amaldiçoamento de toda uma tribo. Isso fez com que, aos poucos, a própria comunidade punisse o transgressor.

O tabu, por sua vez, segundo palavras de Oswaldo Henrique Duek Marques⁸⁵, “constituía proibição convencional, decorrente de uma tradição, com caráter sagrado, sem explicação ou origem precisa, destituída de motivo e misteriosa na origem, que passava a integrar os princípios da comunidade e era

⁸⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 10

⁸¹ *Ibidem*, pág. 11

⁸² Neste sentido ver MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 16-21 e MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. Cit. Manual de Direito Penal*. p. 243

⁸³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 16

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 18

⁸⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 18

transmitida de geração para geração.” Mais uma vez havia a idéia de punição sobrenatural, o que acarretou, posteriormente, com a evolução do conceito, a cultura de punição ao transgressor. Com a violação do tabu, o transgressor se tornava contaminado pela “maldição” e deveria passar por cerimônias purificadoras, o que acabava por resultar em represálias e vingança.

Na idade antiga encontramos os primeiros desígnios da palavra “cárcere”, que apontava um local do circo onde os cavalos aguardavam a partida no início das corridas. Depois passou a designar a prisão onde se colocavam tanto os escravos como os delinqüentes e os vencidos de guerra.⁸⁶ Mas é na Idade Média que a prisão passa a ser reconhecida como espécie de pena, quando o Direito Canônico impunha reclusão para os clérigos, hereges e delinqüentes julgados pela igreja, de forma que o termo “penitenciária” tem suas origem na palavra penitência, pelo fato de a Igreja admitir a pena privativa de liberdade em busca da reabilitação. Nessa época, a Igreja, mesmo diante das práticas da inquisição, tem importante papel na humanização das penas através da concepção do homem como imagem e semelhança de Deus e da pregação do amor ao próximo, que sediam, contudo, diante da prática de heresia.⁸⁷

Através de sua filosofia humanista, a Igreja traz grandes contributos ao sistema punitivo. Exemplo desta fase é o pensamento de Santo Agostinho, que traz a pena como retribuição divina, de modo que a punição na terra significava uma espécie de penitência, buscando conduzir o pecador ao arrependimento, antes de submeter-se ao juízo final.⁸⁸ É trazida, pelo filósofo, a idéia de proporcionalidade, de acordo com a qual a retribuição penal deveria ser proporcional à gravidade do crime, filosofia esta que permeia, até os dias de hoje, as bases da execução penal. Às idéias de Santo Agostinho podemos carrear as

⁸⁶ OLIVEIRA, Edmundo. *O Futuro Alternativo das Prisões*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p.5

⁸⁷ Neste sentido ver MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 45-58

⁸⁸ SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus contra os pagãos*. Livro Vigésimo Primeiro, Capítulo XII. 2ª Ed. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 1990.p. 502

de São Tomás de Aquino, que, conforme se extrai de sua “Suma teológica”⁸⁹, propunha uma justiça penal retributiva e comutativa, trazendo a concepção de intimidação, de acordo com a qual ao se acostumarem com a existência da punição, as pessoas se acostumam a abdicar de sua vontade de praticar crimes, seja esta a pessoa que sofre a punição, sejam as outras pessoa que tomam conhecimento desta e passam também a temer o mal da pena. Ressalte-se que, tanto na filosofia de São Tomás de Aquino, quanto na de Santo Agostinho, havia a idéia de retribuição, entretanto esta não apresentava um sentido jurídico e sim a conversão do pecador por meio da expiação.⁹⁰

A partir do século XV, na denominada época moderna temos a contribuição de pensadores como Nicolau Maquiavel, que justificava os castigos como “forma de intimidação, para a segurança da sociedade e garantia do poder soberano”⁹¹. Nesta época o Direito Penal ganha importantes preceitos como o princípio da legalidade, pelo qual a punição somente poderia ser conseqüência da violação de leis anteriormente estabelecidas pelo Estado e sem as quais a referida punição seria arbitrária⁹² e o princípio da inocência, posteriormente consagrado em todas as legislações através da adoção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), com a previsão de que somente se cogita da pena após o a oitiva do infrator em juízo e quando este for declarado culpado⁹³.

Entre os séculos XV e XVIII⁹⁴, surge o absolutismo, onde os feudos são substituídos pelas monarquias absolutas, nas quais a autoridade real é sagrada e os príncipes são ministros de Deus. Surge com rigor o crime de lesa-majestade, que, equiparado ao sacrilégio, apresenta penas duríssimas, com a única finalidade de intimidar a população diante dos sofrimentos cruéis inflingidos ao condenado.

⁸⁹ SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica. Questão 92, artigo II. In Escritos políticos*. Trad. Francisco Benjamim de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 59

⁹⁰ Conforme MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 57

⁹¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3ª Ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. Rev. da trad. Zelia de Almeida Cardoso. (Coleção Obras de Maquiavel). São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 79

⁹² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 63

⁹³ *Ibidem* p. 64

⁹⁴ *Ibidem*. p. 70-73

Como se observa, nos períodos anteriormente descritos a pena conserva seu caráter de vingança e crueldade, bem como a sua íntima ligação com o poder, seja ele divino ou monárquico. Entretanto, no final do século XVIII, no decorrer do Iluminismo, este triste quadro começa a mudar, tem início o chamado período humanitário do Direito Penal, no qual o homem moderno passa a tomar consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é.⁹⁵

Autores de grande influência, inclusive sobre o direito penal de hoje, como John Howard e Cesare Bonesana (o marquês de Beccaria), passaram a difundir as idéias do iluminismo com ênfase no Direito Penal, de modo a pregar o combate à dureza do cárcere e a valoração da pena ressocializante, como bem assinala Júlio Fabbrini Mirabete⁹⁶ “Demonstrando a necessidade de reforma das leis penais, Beccaria, inspirado na concepção do Contrato Social de Rousseau, propõe um novo fundamento à justiça penal: um fim utilitário e político que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral.”

A célebre obra de Beccaria (“Dos delitos e das Penas”) traz uma nova concepção do Direito Penal, que tem como supedâneo princípios que são as bases do Direito Penal contemporâneo, tais quais (da maneira como conhecemos hoje) o da legalidade, proibição de excesso ou proporcionalidade, presunção de inocência, a pessoalidade da pena, a ressocialização e a proibição da tortura, entre outros.⁹⁷ Pregava, o marquês, que a pena não deveria representar um ato de violência, de castigo do estado contra o seu cidadão, pois embora rompendo o dito “contrato”, o criminoso é parte dele, e sim ser apenas um meio necessário e proporcional à prevenção do delito.

A obra de Beccaria, publicada em 1764, é considerada pela doutrina como antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), e, juntamente com os ideais pregados por outros estudiosos da época, como fundamento para o período que se seguiria, denominado historicamente, dentro

⁹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini *Op. Cit. Manual de Direito Penal*. p. 19

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ BONESANA, Cesare (BECCARIA, Marques de). *Op. Cit. Dos delitos e das penas*. p. 50-52

das escolas penais, de “Escola Clássica”. A referida escola, que teve seu início a partir do iluminismo, teve seus ideais sedimentados na segunda metade do século XIX por Francesco Carrara⁹⁸, que, entre outras coisas, pregava a manutenção dos direitos inerentes à condição humana ao delinqüente, a punição do crime apenas quando o ato provém da vontade livre e a proporcionalidade entre a pena e o delito praticado.

Assim, encampando os ideais de luzes difundidos na época, para a **Escola Clássica**, temos que “a pena é tida como tutela jurídica, ou seja, como proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente. A sanção não pode ser arbitrária; regula-se pelo dano sofrido, inclusive, e, embora retributiva, tem também finalidade de defesa social.”⁹⁹

Segundo Oswaldo Henrique Duek Marques:

“com a nova corrente filosófica, a pena passou a ser aplicada de modo proporcional ao dano causado pelo crime e à necessidade de sua imposição, seja pela reprovabilidade da conduta, seja pela prevenção de infrações futuras, ou, ainda, para a segurança e a tranqüilidade social. E a justiça da pena estaria consubstanciada nessa proporcionalidade. Além disso, a sanção, por mais grave que fosse, não poderia ultrapassar a pessoa do criminoso. O princípio da proporcionalidade da pena tornou-se imperativo constitucional.”¹⁰⁰

Em seguida, no final do século XIX, a **Escola Positiva** pregava o crime como fenômeno natural e social, sendo a pena medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou à sua neutralização. De acordo com a referida escola, o criminoso seria sempre psicologicamente anormal, de forma temporária ou permanente.¹⁰¹

A referida doutrina tem como base a observação dos criminosos e a ciência; de modo que o que deveria ser investigado seria o criminoso (que era tido

⁹⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral*. Vol. II Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 76

⁹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. Cit.* Manual de Direito Penal. p. 21

¹⁰⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 104

¹⁰¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. Cit. Manual de Direito Penal*. p. 21

como enfermo) e não o delito, que era apenas a manifestação da periculosidade do indivíduo¹⁰². Na escola positiva despontam como expoentes Cesare Lombroso, que cria a figura do homem delinqüente, e soma aos conhecimentos penais, como método de estudo do perfil deste homem criminoso a antropologia e a psicologia; além de Enrico Ferri, que também traz importantes contribuições no campo da sociologia criminal e Raffaele Garófalo, tido como o fundador da criminologia, que cria o conceito de delito natural, que se caracteriza como sendo aquele que ofende o senso moral, formado pelos sentimentos de piedade e probidade.¹⁰³

Importante destacar, ainda, o positivismo de Von Liszt, que no final do século XIX sustenta o poder intimidativo das penas, previstas abstratamente e destaca, entre as finalidades da execução da pena a satisfação do ofendido em ver o autor do delito punido e, em relação ao delinqüente, a pena poderia possibilitar sua adaptação à sociedade através da “emenda”.¹⁰⁴ Von Liszt tece críticas às penas de curta duração, justamente por estas não oferecerem caráter intimidativo e defende a implementação de penas substitutivas, que no caso dos autores de crimes de menor gravidade, poderiam representar a “emenda” através do trabalho, por exemplo. Defende, também que só deverá ser aplicada pena ao delinqüente que, efetivamente houver cometido a infração penal, uma vez que, dada a gravidade que sua imposição representa, em termos de intervenção estatal nas liberdades do indivíduo, não se justifica sua imposição quando da mera vontade do cometimento da infração.¹⁰⁵

Surgem, então, nesta mesma esteira, as **Escolas Mistas ou Ecléticas**, que procuravam conciliar os princípios da Escola Clássica e a técnica da Escola Positiva.

¹⁰² Neste sentido ver MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 106

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 111

¹⁰⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão- Tomo II*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. p. 143 e 144

¹⁰⁵ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão- Tomo I*. p.153

Entretanto, no período que permeia as duas grandes guerras, o que se assiste é um retrocesso em termos punitivos.

Durante esse período o Direito Penal distanciou-se da corrente humanitária e tornou-se extremamente repressivo. Predominou, então, o tecnicismo jurídico, segundo o qual o Direito Penal deve desvincular-se de qualquer indagação de política criminal ou de cunho filosófico, o que ocasionou um retrocesso em face do positivismo crítico.¹⁰⁶

Felizmente, após o fim da segunda grande guerra, em razão das barbáries ocorridas contra o povo judeu nos campos de concentração, (lideradas por Adolf Hitler, e que acaram por vitimar milhões de pessoas), retornam as concepções humanitárias, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e outros movimentos humanitários em ênfase à proteção da dignidade humana e que trouxeram grande influência para a seara do Direito Penal. Nasce a Nova Doutrina da Defesa Social, que rechaça o determinismo e o tecnicismo jurídico e volta a valorizar as pesquisas criminológicas, preocupando-se com os aspectos científicos da criminalidade.

A Doutrina da Defesa Social reconhece a responsabilidade subjetiva do criminoso por seus atos, mas também atribui parcela da responsabilidade à sociedade, através da previsão de uma política criminal voltada à proteção do indivíduo, que deve ser reintegrado socialmente. Reconhece que a prisão, apesar de representar fator inevitável para a sociedade, deve servir como instrumento para modificação interna do condenado, até que este deixe de representar um risco a resta e possa dela novamente fazer parte. E, apesar de reconhecer que deve-se reagir contra a criminalidade grave, não aceita que esta reação deve se dar através do agravamento das penas, e sim através de uma política criminal de investigação das causas da criminalidade, bem como através de uma política de prevenção da delinquência.¹⁰⁷ O referido movimento só vem a somar, pois estabelece justamente as pedras de toque da execução penal, ou seja admite que a prisão por si só não basta para coibir a criminalidade, que suas causas devem

¹⁰⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p.125

¹⁰⁷ Neste sentido consultar MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 127-130

ser examinadas para que se possa chegar à sua raiz, e que toda a sociedade é responsável pela prevenção da delinqüência, através do abandono do preconceito, que facilitará a reinserção dos delinqüentes.

Ocorre que, com a crescente criminalidade contemporânea e pela sede popular pela chamada “justiça”, o que se assiste, novamente, a partir da década de 90, é um endurecimento da legislação punitiva e conseqüente aumento do número de prisões.¹⁰⁸

2- Teorias da Pena

Tendo visitado brevemente a história das penas através dos séculos, bem como as “escolas penais”, faz-se necessário, neste momento, um apanhado acerca das teorias que justificam as penas e seus fins, para que, vislumbrando aquela adotada pelo Brasil, possamos analisar se esta se encontra apta aos fins para que foi estabelecida e se o Regime Disciplinar Diferenciado, objeto de estudo neste trabalho, se coaduna com a teoria escolhida.

2.1-Teorias Absolutas ou Retributivas

As referidas teorias fundamentam a existência da pena no delito praticado, servindo como retribuição ao mal causado pelo crime. Retribuição à conduta do agente que violou a ordem estabelecida. A pena seria derivada da necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida pelo fato criminoso.

Tem como bases a Teoria do Contrato Social, pelo qual o indivíduo violador deste contrato é tido como traidor e passa a não mais ser visto como membro do corpo social. É um rebelde que deve ter sua culpa retribuída por uma pena¹⁰⁹. A pena seria decorrência da exigência de justiça e poderia dar-se como

¹⁰⁸ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo- O caso RDD- Regime Disciplinar Diferenciado*, IBCCrim, São Paulo, 2005. p. 14

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 83

compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito ou como expiação do agente.¹¹⁰

A referida teoria tem origem no idealismo alemão e apresenta como principais expoentes Kant e Hegel. De acordo com a Teoria da retribuição ética ou moral de Kant “a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência- e manifesta-se dizendo que, a pena judicial, distinta da natural, pela que o vício pune- se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinqüente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão somente porque delinqüiu; porque o homem nunca deve ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos do direito real: diante disso protege-se sua personalidade inata, ainda que possa ser condenado a perder sua personalidade civil. Antes de se pensar em tirar dessa pena algum proveito para si mesmo ou para seus cidadãos deve ser sido julgado como merecedor de punição. A pena é um imperativo categórico¹¹¹.

Assim, pela teoria kantiana, aquele que não cumpre a lei não tem o direito de cidadania e merece ser castigado pelo soberano. Por ser imperativo categórico, a pena representava uma ação em si mesma, sem se referir a outro fim. Kant estabelece uma relação entre direito e moral, que se caracteriza pela exigência moral de que o direito seja acatado, e que deve culminar na transformação dos deveres jurídicos em deveres morais. Porém sua teoria, acaba por negar a existência de qualquer função preventiva da pena, seja ela geral ou especial.¹¹² Nesta seara, os filósofos partidários desta corrente recusavam a possibilidade de se atribuir à pena uma finalidade preventiva, pois, para eles, esta significaria afronta à dignidade humana, pois se estaria a considerar o ser humano como instrumento para a obtenção de fins sociais¹¹³.

¹¹⁰ PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p.539

¹¹¹ KANT, Immanuel. *Op. Cit. Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. p. 45-50.

¹¹² *Ibidem*, pág. 28-30

¹¹³ Conforme PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p. 540

2.2-Teorias Relativas- Prevenção Geral e Prevenção Especial

Diferentemente das Teorias Retributivas, que encontram fundamento para aplicação da sanção penal, no simples fato do indivíduo haver cometido o delito, para retribuição, as teorias relativas ou preventivas da pena encontram seu fundamento na prevenção da prática do delito, ou seja, visam prevenir a prática delitiva, evitar a prática futura.

Segundo Luiz Régis Prado¹¹⁴,

não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros. Isso significa que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.

Assim, como pudemos observar através desta explanação, as Teorias Relativas da Pena se subdividem em duas concepções distintas, cuja divisão pode ser inicialmente atribuída a Feuerbach¹¹⁵: Prevenção Geral e Prevenção Especial.

A **prevenção especial**, procura evitar a prática do delito, mas tem como foco o delinqüente em particular. A referida teoria não é inovadora, haja vista que Von Liszt, em seu tempo, através da escola correcionalista, já trazia as idéias da teoria em comento, o que fez com que alguns penalistas da atualidade a tratassem como “retorno a Von Liszt”¹¹⁶.

A teoria da prevenção especial tem seu fundamento na periculosidade do delinqüente, visando sua diminuição. Segundo Von Liszt a aplicação da pena deve ter como critérios básicos a idéia de ressocialização e reeducação do

¹¹⁴ Conforme PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*.p. 541

¹¹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von *Lehbuch des peintichen rechts*, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 89

¹¹⁶ Conforme BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 92 e 93

delinqüente, bem como a intimidação daqueles que não necessitam ressocializar-se, além da neutralização dos incorrigíveis.¹¹⁷

Assim como aconteceu com a prevenção geral (como veremos a seguir), a prevenção especial também foi objeto de críticas por parte da doutrina, algumas positivas, outras, nem tanto.

Reconheceu-se à referida teoria, sua conveniência em razões de política criminal, já que também seria uma forma de prevenção evitar que quem delinqüiu volte a fazê-lo, o que seria uma das funções do Direito Penal, além de com a execução da pena se cumprirem os objetivos da prevenção geral de intimidação, bem como a busca da ressocialização do delinqüente¹¹⁸.

Como críticas negativas podemos destacar que, poderiam ser frustrados os objetivos perseguidos pelos adeptos desta teoria, se ocorresse, por exemplo no caso de um delito que, embora fosse bastante grave, seu autor não manifestasse a menor possibilidade de reincidência, o que poderia acarretar sua impunidade. Ou, o que é pior, a adoção de um direito penal do autor, (que atualmente encontra tanto destaque), em face de indivíduos que apresentassem certa inclinação à violação de bens jurídicos¹¹⁹.

Por sua vez, a **Teoria da Prevenção Geral**, que encontra sua formulação na Teoria da Coação Psicológica de Feuerbach, busca justificar a aplicação da pena através da possibilidade de inibir a realização das condutas delituosas nos cidadãos, em razão do temor da aplicação da sanção penal. De modo que, os destinatários de tal teoria, que se orientaria em direção ao futuro (coibindo práticas futuras), seria toda a sociedade, de um modo geral.¹²⁰ Esta doutrina, se subdivide em Prevenção Geral Positiva e Prevenção Geral Negativa.

¹¹⁷ Conforme PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p.92 e 93

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 94

¹¹⁹ Neste sentido PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p. 546 e BITENCOURT, Cezar Roberto, *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 94

¹²⁰ Neste sentido PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p. 541

A Prevenção Geral positiva pode ser identificada como uma doutrina de estabilização da norma, que se justificaria por reforçar a confiança da sociedade na normas e, por isso, é bastante criticada pela doutrina, que alega que, na realidade não se estaria diante de inovação alguma, pois esta teria as mesmas bases da teoria retributiva, ou seja, a reafirmação da norma. Ademais, continuariam a significar ofensa ao princípio da dignidade humana, já que manipulariam o homem como meio de atingir a paz social.¹²¹

Luiz Régis Prado¹²² destaca três efeitos previstos para a pena fundada na prevenção geral positiva:

- o efeito de aprendizagem, que faz com que o sujeito recorde as regras básicas da vida em sociedade e cuja transgressão não é tolerada pelo direito;
- o efeito de confiança, que é alcançado quando o cidadão consegue ver que o direito se impõe;
- o efeito de pacificação social, alcançado pela solução da infração normativa através da intervenção estatal, trazendo a paz jurídica.

Já a Prevenção Geral Negativa pretende afastar os criminosos da prática delituosa através da ameaça da sanção. O que importa nesta Teoria não é a pena em si, mas sim a ameaça por ela representada, que servirá de desestímulo à prática criminosa. Deste modo, a pena cominada e sua medida deveriam ter como base o *quantum* necessário a este desestímulo.

A Teoria em comento, que impõe ao Estado o dever de fazer desaparecer da mente do criminoso a vontade de lesar a sociedade, inibindo sua natureza¹²³, é também bastante criticada, por instrumentalizar o indivíduo, na medida em que o condenado deve servir de exemplo para os demais através de seu sofrimento. Destarte, estaria se utilizado do homem como meio para atingir uma finalidade de pacificação social, violando a dignidade humana¹²⁴.

¹²¹ Neste sentido PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p. 543 e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*.p. 91 e 92

¹²² PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p. 543

¹²³ Vide JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 59-63

¹²⁴ *Ibidem*, pág. 63

Surgiram, ainda, novas teorias ou subdivisões para a prevenção geral: a prevenção geral positiva fundamentadora e a prevenção geral positiva limitadora.

Dentre os representantes da prevenção geral positiva fundamentadora, podemos destacar Welzel e Jakobs. Para Welzel, o Direito cumpre um papel social, cuja função mais importante é a proteção de bens jurídicos, que constitui uma função preventiva-negativa. Entretanto, em sua visão, a função precípua do Direito Penal é de natureza ético-social, de modo que ao rechaçar a violação contra os valores fundamentais, o Direito Penal manifesta a vigência dos referidos valores, de acordo com o juízo ético do cidadão, fortalecendo a atitude de fidelidade deste perante o Direito. Günther Jakobs, por outro lado, apresenta uma função um pouco diferenciada para a Teoria Fundamentadora, para ele o Direito Penal deve garantir a função orientadora das normas jurídicas, de modo que deve servir a orientar a conduta dos cidadãos em suas relações sociais. Para o doutrinador alemão, mesmo quando violada a norma jurídica continua em plena vigência, caso contrário, a confiança em sua função orientadora se veria abalada. Desta forma, a pena atuaria de forma positiva, na medida em que reafirma a vigência da norma, perante a violação desta, que seria negativa.¹²⁵

A referida teoria foi bastante criticada por defender a utilização do Direito Penal como primeira opção diante dos problemas sociais, por impor de forma coativa padrões éticos ao indivíduo, além de retirar os limites do *jus puniendi*, perspectivas que não se pode aliar a um Estado Democrático de Direito.¹²⁶

Já a prevenção geral positiva limitadora, tem como principal escopo limitar o poder punitivo do Estado. Nesta teoria, o Direito Penal seria mais um meio de controle social. Segundo Hassemer¹²⁷, a pena deve obedecer determinadas limitações, deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente poderá ser utilizada diante de um procedimento que respeite as garantias jurídico- constitucionais, para que sirva tanto como garantia

¹²⁵ JAKOBS, Günther. Derecho Penal-Parte General- Fundamentos y teoria de La imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 11-14

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 99

¹²⁷ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. p. 413

de luta contra o delito, como garantia de juridicidade, de modo social de sancionar o delito. De acordo com a referida teoria, o Estado (que não seja um estado totalitário), não pode invadir a esfera de direitos individuais do cidadão, mesmo que este tenha praticado um delito. Devem haver limites concretos para a atuação do Estado, como o princípio da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização e da culpabilidade. Para Hassemer¹²⁸ a função da pena é a prevenção geral positiva: através da reação do estado aos fatos puníveis e da proteção da consciência social da norma. A retribuição e a ressocialização são apenas instrumentos para realização deste fim, que encontrará também como limite os direitos do condenado. Destaca que no fim de ressocialização, a sociedade co-responsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para simples imposição de um mal.¹²⁹

Diante das aparentes “falhas” das teorias já apresentadas, surgem as **Teorias unitárias, ecléticas ou mistas** que, fundiram as duas outras, buscando conciliar a função retributiva da pena com o fim de prevenção (geral ou especial).

Embora haja algumas mudanças de concepção, através de uma relativização, a idéia de retribuição permanece na visão moderna, sendo de grande relevância para a fixação da pena justa que terá na culpabilidade seu fundamento e limite. A pena será ainda considerada como justa quando produzir as melhores condições de Prevenção geral e especial.¹³⁰

Segundo estas novas correntes, “a pena deve ter seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação aos autores de crimes, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimizabilidade de outros”¹³¹.

¹²⁸ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. p. 422

¹²⁹ *Ibidem*. p. 382

¹³⁰ Neste sentido PRADO, Luiz Régis, In *Op. Cit. Curso de Direito Penal Brasileiro*. p.548

¹³¹ MIRABETE, Júlio Fabrinni, *Op. Cit. Manual de Direito Penal*. p. 245

3- A Pena como medida de Ressocialização

Dentre as funções da pena na Lei de Execução Penal brasileira, podemos destacar a ressocialização do condenado. Tal objetivo tem sido muito criticado pela doutrina, em face das condições carcerárias em nosso país.

Conforme estudado acima, a idéia de ressocialização ou, como preferem alguns, socialização, surge através da evolução das teorias justificadoras das penas e, a partir do século XIX passa a ganhar força, juntamente com o enfraquecimento das penas de prisão como medida adequada a erradicar a criminalidade.

É claro que não se pretende pregar aqui a absoluta abolição da pena de prisão, pois mesmo em um estado democrático de direito, onde mais do que em qualquer outro modelo as liberdades do indivíduo tem de ser preservadas, a pena é um mal necessário para se regulamentar a convivência humana e preservar os bens jurídicos mais caros à população, até porque, o conflito, seja ele ideológico, social ou tantos outros, como bem assevera Cezar Roberto Bitencourt¹³², a conflitividade social é inerente ao homem, pois em momento algum da sociedade se viu ou se verá os homens concordando absolutamente uns com os outros. Somos ecléticos, somos idealistas, temos personalidades diferentes, e é isto que diferencia os homens, de modo que, aquilo que é caro a alguns, não terá o mesmo valor para outros.

Deste modo, como um mal inevitável, a pena só poderá ser aplicada se representar ao mesmo tempo um benefício ao condenado e também à sociedade. É este o objetivo do caráter ressocializador da pena, dar ao condenado a possibilidade de ser recuperado e voltar a fazer parte da sociedade e através disso dar a sociedade uma resposta, no sentido de que aquele delinqüente deixou esta condição, ou seja, que agora se encontra em condições de conviver e respeitar às regras da sociedade. Entretanto, tal função tem sido vista como utopia, já que o

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 122

cárcere brasileiro é visto como em crise. Prisões superlotadas, comida de péssima qualidade, absoluta falta de higiene, atendimento médico precário são alguns dos fatores que contribuem para o fracasso da almejada ressocialização, além de (na maioria das vezes) faltarem também oportunidades de aprendizagem profissional ou escolar, bem como assistência religiosa, que são fatores que contribuiriam sobremaneira para a ressocialização do condenado, mas que, embora previstos pela LEP, não são encontrados em todas as penitenciárias, e em não raros os casos em que encontrados, não comportam todos os presos.

A finalidade ressocializadora é expressa na lei de execução penal já em seu artigo 1º, o que, em uma análise topográfica já nos dá noção da importância da referida previsão, que traz como um dos objetivos da LEP “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Este dispositivo mostra a harmonia da lei de Execução Penal Brasileira com a tendência demonstrada no século XX, que calcada nos princípios da teoria correicional, dava origem à teoria socializadora.

As correntes correicionais tinham uma profunda pretensão pedagógica e tutelar¹³³ e tiveram seus ideais difundidos no final do século XIX, em face da crise da pena retributiva. Pregavam a imposição de métodos corretivos durante a execução penal com o objetivo de recuperar o delinqüente e torná-lo útil à sociedade, depositando suas expectativas nas transformações a serem experimentadas pelo delinqüente através da pena¹³⁴. Deste modo, ressalvadas as peculiaridades de cada uma das teorias, podemos observar a clara influência dos princípios norteadores das correntes correicionais face às teorias socializadoras.

Os adeptos da corrente socializadora como Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes vêem o delito como uma carência nos processo de socialização, de modo que o objetivo principal da intervenção punitiva deve ser integrar o delinqüente ao ambiente social¹³⁵.

¹³³ Conforme MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.355-356

¹³⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 116

¹³⁵ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flavio. *Op. Cit. Criminologia*. p. 355-356

Para obter a reintegração do condenado à sociedade através da pena, a teoria socializadora apresenta um programa mínimo e um programa máximo, de modo que, para o primeiro, há um prognóstico de que o delinqüente não mais voltará a cometer crimes, que respeitará as leis vigentes. O segundo postula também as finalidades do primeiro, além de almejar uma transformação do indivíduo, através de uma terapia que influencie de tal modo sua personalidade, até que ele não mais volte a cometer crimes¹³⁶. É neste segundo programa que, segundo DUEK MARQUES se enquadra nossa Lei de Execução Penal, já que encerra uma série de dispositivos que, para além de prever a integração social do indivíduo à sociedade, prevê outros dispositivos no sentido de assegurar sua assistência quando egresso¹³⁷.

A teoria ressocializadora em seu programa máximo, tem recebido críticas por parte da doutrina, pois, segundo seus críticos, não caberia ao Estado a função de inculcar valores aos apenados, não seria cabível a realização desta transformação social, pois, assim agindo, o Estado estaria violando a base do Estado Democrático de Direito, que é a garantia de liberdade de seus cidadãos, não cabendo ao Estado escolher de que maneira aqueles devem viver e se comportar. Para esta parte da doutrina, o Direito Penal poderia, no máximo, agir com limites nos moldes da teoria da ressocialização mínima, argumentos que ecoaram também justo aos partidários das causas de direitos humanos (no sentido de que para eles, o Estado não pode compelir o cidadão a ser aquilo que não é)¹³⁸.

Entretanto, concordamos aqui, mais uma vez com o entendimento de Oswaldo Henrique Duek Marques, ao asseverar que tais posturas, contrárias ao programa socializador além do mínimo merecem críticas¹³⁹. Afinal, tudo aquilo que se possa fazer na tentativa de melhorar a vida destes delinqüentes e como consequência, de toda a sociedade, com certeza tem o seu valor. Ademais, este programa não tem como prosperar se não houver o assentimento daquele a quem

¹³⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique. Duek. *Op. Cit. Fundamentos da Pena*. p. 150

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 152-154

¹³⁹ *Ibidem*. p. 155-156

se aplica, ele é mera tentativa, que só dará bons frutos se o delinqüente estiver disposto a se recuperar. Além do que, se o indivíduo está sobre a guarda do Estado, nada melhor do que este cumprir com o seu papel de mantenedor e de garantidor dos direitos dos indivíduos e lhes dar todo o aparato que possibilite a estas pessoas, de alguma maneira, uma melhora, seja cultural, profissional, religiosa, entre tantas coisas que estão ao alcance do estado e que, podem realmente contribuir para uma mudança no perfil dos condenados, tornando viável o seu retorno ao convívio social.

Assim, este é o objetivo das teorias socializadoras, ou ressocializadoras, trazer o indivíduo ao convívio social, na primeira denominação, ou reinseri-lo na sociedade, na segunda nomenclatura, de modo que este passe a respeitar as leis antes por ele desobedecidas, através de políticas que viabilizem tal objetivo. Desta forma, há de ser implementadas de maneira efetiva as disposições da LEP, concretizando-se em medidas favoráveis ao desenvolvimento do ser humano, que possibilitem aos detentos uma profissionalização, para que ao deixarem a prisão não precisem mais viver com os proventos de crimes, programas de educação, que além trazer novos conceitos morais é essencial também para uma formação profissional e religiosa, como já dito anteriormente, pois para aqueles que assim desejarem, também terá grande influência no crescimento interior do indivíduo. Não obstante, estes indivíduos precisam de acompanhamento psicológico, bem como um efetivo acompanhamento após sua saída do cárcere, pois a sociedade, que não os vê com bons olhos, tende a estigmatizá-los, lhes negando qualquer oportunidade.

4-Finalidade da pena

Diante das características apontadas para cada teoria sobre a finalidade da pena, é forçoso concluir que a função ressocializadora se mostra a mais importante delas, pois ao invés de objetivar a simples segregação do indivíduo, está apta a prevenir o delito, no momento em que se propõe a devolver à sociedade um indivíduo em condições melhores do que as por ele apresentadas

anteriormente, representando um benefício não só para a sociedade, mas também para o próprio indivíduo.

Não obstante, há que se admitir que, existem determinados tipos de criminosos que não necessitam de ressocialização, ou que não podem ser ressocializados, restando para estes o caráter retributivo da pena. Entretanto, o que não se pode esquecer é que mesmo estes indivíduos tem de ter sua dignidade preservada (em consonância com o aclamado princípio da dignidade humana), bem como seus direitos garantidos, tendo como principal escopo, quando se refere à aplicação e execução de penas, o princípio da legalidade, que há de ser o apanágio de todo o sistema penal.

Importante destacar que a ressocialização tem de passar do lado de dentro do muro das prisões, para o lado de fora, de modo que aqueles que realmente se dispuserem a recuperar-se, tenham a possibilidade de exercê-lo aqui fora, pois como asseverado alhures, a sociedade também é responsável pela degradação ou pela recuperação de seus indivíduos. Só assim a função ressocializadora da pena não será mais uma falácia ou um mito como pretendem alguns. Não há como conceber o afastamento desta função da pena, pois o contrário seria admitir que o único objetivo desta é afastar os delinqüentes da sociedade, entretanto, os defensores deste postura se esquecem que aqueles que foram afastados um dia retornarão (já que no Brasil não se admite prisão perpétua), e este ciclo será reproduzido um infindável número de vezes, até que outra solução seja encontrada. Enquanto isto, estaríamos fadados à espera e à descrença em um sistema que não procura prevenir ou resolver um problema e sim um remédio imediato.

É claro que não se pretende fechar os olhos às precárias condições apresentadas pelas prisões em nosso país (até porque este tema será novamente tratado posteriormente), pois do modo como nossos detentos são tratados, tal objetivo não tem como prosperar. Mas é exatamente esta a crítica ora tecida, pois a Lei de Execução Penal, como veremos a seguir, traz as previsões necessárias para que se alcance tal fim, o que falta é uma completa melhoria do sistema, que

se encontra sucateado (seja em suas instalações, seja pela precariedade dos servidores que o integram), além de uma retomada de consciência das autoridades e da população, que legitima este tipo de situação. Vejamos, então, através da Lei de Execução Penal, quais as previsões trazidas sobre a integração do condenado à sociedade, bem como práticas, políticas e institutos, como o Regime Disciplinar Diferenciado, que, em uma incompatibilidade com as previsões do restante do sistema Constitucional Penal, em nada contribuem ou se assemelham com a função ressocializadora pretendida pela referida lei desde seu primeiro artigo.

CAPITULO IV

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

1- Direito e Execução Penal no Brasil

Após o período Colonial em que tiveram vigência as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, passou-se então, às Ordenações Filipinas, que foram marcadas por penas severas e cruéis que visavam à difusão do temor pelo castigo. Seguindo, com a proclamação da Independência, foi sancionado em 1830 o primeiro Código Criminal do Império, de índole liberal, que fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de agravantes e atenuantes, além de um julgamento especial para menores de 14 anos. Mais tarde, com a proclamação da República, surgiu o novo estatuto, denominado agora “Código Penal”, que foi alvo de duras críticas pelas falhas que apresentava. O referido estatuto aboliu a pena de morte e instalou o regime penitenciário de caráter correicional, entretanto, devido à sua má sistematização, foi modificado por inúmeras leis que acabaram por ser reunidas na consolidação das lei penais (decreto 22.213 de 14.12.1932)¹⁴⁰.

Em 1942, entra em vigor, através do decreto-lei 2.848 de 7.12.1940, o Código Penal, que ainda hoje é nossa legislação penal fundamental. Tal dispositivo sofreu alterações através da reforma do sistema penal (lei 7.209 de 1984), com o objetivo de lhe emprestar características mais humanistas através do respeito à dignidade do homem que veio a delinquir. É neste diapasão que surge a lei 7.210 de 1984, a **lei de Execução Penal**.

A mencionada lei, conforme asseverado anteriormente, tem como objetivo principal a “integração social do condenado ou do internado, já que adota a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca

¹⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini *Op. Cit.* Manual de Direito Penal. p. 24 e 25

apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.”¹⁴¹

Ademais, a lei deve servir de garantia do condenado, contra possíveis arbítrios do Estado, que tem sua condição fortalecida em face daquele que se encontra sobre sua custódia.

Como bem asseveram Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller:

Aos juristas o aviso não seria necessário, mas vale sempre lembrar que, depois da condenação, a fragilidade do indivíduo mediante o poder do Estado é evidente; daí a necessidade de instrumentos de proteção. Não se busca com isso a impunidade, mas sim a racionalidade da execução penal, bem como sua adequação ao espírito democrático que, mais que uma convicção doutrinária, é imperativo constitucional.¹⁴²

Assim, a lei previu direitos e obrigações para ambas as partes, que se devidamente cumpridos, possibilitariam uma execução apta ao fim que se destina, útil à sociedade, pois puniria o infrator e útil ao condenado, que veria na execução uma possibilidade de vida mais digna através do programa de ressocialização, após sua saída. A dita “ressocialização” (que tem como fim à volta do indivíduo posto em liberdade ao convívio social) traria também grande benefício à sociedade, pois evitaria que o indivíduo voltasse a delinquir, contribuindo para a diminuição da criminalidade.

Ressalte-se que, de acordo com a legislação pátria, o processo de execução deverá ser permeado, marcadamente, pelo princípio da humanidade, seja através dos mandamentos constitucionais (art. 5º, XLVII) que proíbe penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, assim como os direitos assegurados aos presos como “respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLVIII); seja através da legislação ordinária, como os arts.

¹⁴¹ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 1

¹⁴² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*, 2ª Edição. Editora Premier Máxima. São Paulo: 2005. p. 27

3º e 40 da Lei de Execução Penal, que prevêm, respectivamente, que “ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” e que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”¹⁴³

Entretanto, com o crescente aumento da criminalidade, tais leis ditas como humanitárias e em consonância com as previsões dos direitos humanos no cenário internacional não ecoaram da maneira pretendida. O aumento da delinqüência fez com que cada vez mais a população clamasse pelo endurecimento da legislação penal e pela criação de penas mais severas.

Diante desta constatação, Christiane Russomano Freire declara:

Neste momento, o sistema penal brasileiro torna patente sua perversidade ao lançar mão de um discurso ressocializador ultrapassado e falacioso, para, na contramão, implementar políticas criminais que atendem aos anseios criminalizadores e punitivos. A expressão mais acabada deste fenômeno são as altas taxas de encarceramento produzidas no país nas últimas décadas, que aparecem como passaporte para o ingresso no movimento mundial de revitalização da função das instituições prisionais.¹⁴⁴

É neste cenário de criminalidade crescente e ânsia da sociedade por punições mais severas que, em meados de 2001, surge o “Regime Disciplinar Diferenciado”, objeto deste estudo e que será melhor detalhado adiante.

2- Panorama histórico e Nascimento do Regime Disciplinar diferenciado

Embasado no grande crescimento do poder de organização e da estrutura física e material das facções criminosas nos presídios de São Paulo, o Secretário de Administração Penitenciária, criou, através da resolução n. 26 de maio de 2001 o Regime Disciplinar Diferenciado, trazendo a possibilidade de isolar o detento

¹⁴³ Neste sentido ver: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral e Parte Especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 943

¹⁴⁴ FREIRE, Christiane Russomano. *Op. Cit. A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo...*p. 76

por até trezentos e sessenta dias, a ser aplicado principalmente aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos demais presos a que se considere necessário como meio de manutenção da ordem e disciplina carcerárias.¹⁴⁵

O “regime” em estudo, conforme consta das pesquisas efetuadas¹⁴⁶, fora elaborado em resposta à uma mega-rebelião ocorrida no início do ano de 2001, no estado de São Paulo, envolvendo 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária e 04 (quatro) cadeias de responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do estado, que tinha como principais reivindicações o retorno dos líderes das facções criminosas para a casa de detenção de São Paulo (o então complexo Carandiru), que na ocasião se encontravam no Anexo da Casa de custódia de Taubaté.

A princípio, a supramencionada resolução n. 26¹⁴⁷, era restrita a cinco Unidades prisionais: a Casa de Custódia de Taubaté, as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré, entretanto em abril de 2002 fora inaugurado o centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, com a finalidade específica de aplicação do RDD, motivo pelo qual as penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o regime.

De acordo com a resolução n. 26 o tempo máximo de permanência no RDD seria de 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogado até o dobro deste período, ou seja 360 (trezentos e sessenta) dias, cabendo ao Diretor da unidade solicitar, através de petição fundamentada endereçada ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais, a remoção do preso ao Regime Disciplinar Diferenciado.

Em julho de 2002, foi editada no Estado de São Paulo a resolução n. 49 da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), como a finalidade de restringir

¹⁴⁵ MARCÃO, Renato. *Op. Cit. Curso de Execução Penal*. p. 37

¹⁴⁶ Neste sentido consultar CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução Penal*, 2ª edição. São Paulo: Lúmen Júris, 2007.p. 272

¹⁴⁷ Vide Anexo III, p. 145

aos presos submetidos ao Regime Disciplinar Diferenciado o direito de visita e de entrevista com seus advogados. Em agosto do mesmo ano, a resolução de n.59¹⁴⁸ da SAP, instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no Complexo Penitenciário de Campinas, estabelecendo, desta forma, a aplicação do RDD tanto aos presos condenados quanto aos presos provisórios, acusados de praticar crime doloso ou que pudessem significar alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional.

Ocorre que, a implementação do referido regime desde logo teve constitucionalidade questionada, pois além de prever regras demasiadamente severas, atribuídas ao cometimento de falta grave, sua aplicação estava regulamentada através de resolução, o que deveria ser feito através de lei Ordinária.

Entretanto, em dezembro de 2003 se legaliza definitivamente o Regime Disciplinar Diferenciado, através da lei 10.792, mais uma vez em atenção ao clamor social criado, desta vez, pela morte de dois juízes que atuavam em Varas de Execução Penal: Tal fato fez ressurgir no Congresso Nacional o projeto de lei 7.053, enviado em 2001 pela Presidência da República, que em 26.03.2003 foi aprovado na Câmara dos deputados, seguindo para o Senado Federal. O projeto que modificou dispositivos da Lei de Execução Penal, criou, desta vez, por força de Lei, o Regime Disciplinar Diferenciado.¹⁴⁹

Assim, conforme já relatado, o projeto foi convertido em lei (lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003), alterando a lei 7.210/84 (lei de Execução Penal) e o decreto 3.689/41 (Código de Processo Penal), estabelecendo também outras providências e trazendo para a lei de Execução Penal o Regime Disciplinar Diferenciado.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Vide Anexo III, p. 147

¹⁴⁹ MARCÃO, Renato. *Op. Cit. Curso de Execução Penal* . p. 38

¹⁵⁰ . *Idem*

3- Natureza Jurídica

Embora a doutrina discuta acerca de sua natureza jurídica, o Regime Disciplinar Diferenciado, segundo o que dispõe o art. 53 da Lei de Execução Penal, consiste em modalidade de sanção disciplinar, aplicada em caso de falta grave, descrita segundo o art. 52 da lei em comento como “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou da disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”.

Segundo destaca MIRABETE:

O regime disciplinar diferenciado, criado pela lei 10792/03, que alterou a lei de execução penal, não é um novo regime de cumprimento de pena, em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Constitui-se em regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrição de contato com o mundo exterior.¹⁵¹

Assim, embora pretendam alguns seja o instituto novo regime de cumprimento de pena, trata-se, em verdade, de modalidade de sanção disciplinar.

4 Características

Dispõe o artigo 52 da Lei de Execução Penal sobre a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado:

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

I) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada.

II) Recolhimento em cela individual.

¹⁵¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. Cit. Manual de Direito Penal*. p 257

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 duas 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 condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”

Analisando os dispositivos legais temos:

- i) **o referido regime poderá ser aplicado tanto a presos provisórios quanto condenados**, o que há de causar, no mínimo, certa estranheza, já que é no mínimo incoerente, em um sistema que tem como um de seus princípios basilares a presunção de inocência, aplicar o regime mais severo por ele previsto a um preso provisório, que poderá ter, ao final de seu processo, provada sua inocência.
- ii) a falta grave praticada tem de estar prevista como crime doloso, somada ao fato de que ocasione subversão da ordem ou da disciplina internas, ou seja, não basta a simples prática do fato previsto como crime doloso.
- iii) O artigo 52 prevê a duração máxima de 360 dias, que poderá ser repetida por até um sexto da pena aplicada.

Ocorre que, não bastasse a previsão de um ano neste regime de isolamento celular, o que se afigura, muito mais do que suficiente, mas sim prejudicial à saúde mental do condenado, há ainda a previsão de que se lhe aplique o referido regime por até um sexto da pena, que em nosso país pode ser de até 30 anos, o que significa que um preso poderá ficar em regime disciplinar diferenciado por até 5 anos.

- iv) a previsão escassa de visitas e de saídas da cela pode ser demasiadamente prejudicial à saúde psíquica do condenado e, a menos que se alterasse as premissas de nosso ordenamento jurídico penal, para que se pudesse cogitar de prisão perpétua, e assim extirpar de vez este tipo de criminoso da sociedade, este sistema funcionará somente como paliativo, na medida em que de nada contribui para que a volta destes indivíduos à sociedade seja proveitosa para ambos, ou seja, não contribui para a possível ressocialização deste indivíduo.

Assim, ilustrando o perigo que o isolamento celular pode causar ao condenado, trazemos o relato do psicólogo Donald O. Hebb, apud Antonio Carlos de Aguiar Desgualdo¹⁵², acerca das conseqüências trazidas a homens submetidos (em seus estudos) a grandes períodos de isolamento:

A experiência demonstrou que o homem pode ter tédio, o que já sabíamos, porém mostrou também que o tédio é uma palavra amena para muitos efeitos. A necessidade da estimulação normal de um meio é fundamental. Sem ela a função mental e a personalidade degeneram. Os sujeitos isolados queixavam-se de não conseguir pensar de maneira coerente, de uma queda na capacidade para resolver problemas simples, e do aparecimento de alucinações.

De modo que, a crença que se pretende aqui demonstrar é a de que um ordenamento que se fundamenta na dignidade humana, e que tem como previsão expressa a vedação às penas cruéis, não há como o Estado suportar o ônus da degradação total de consciência e sanidade de seus presos.

Prosseguindo com a análise das previsões do Regime Disciplinar Diferenciado temos que este será aplicado a presos nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou

¹⁵²HEBB, Donald O. *Psicologia*. Trad. Pepita Cortes Bosch. 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1979. p. 286-289, apud DESGUALDO, Antonio Carlos de Aguiar. *O "Regime Disciplinar Diferenciado" em face das Teorias Justificadoras das Penas*. Dissertação de mestrado apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- 2007. p. 143-144

participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Esta talvez seja mais prejudicial disposição do regime em comento, dada sua vagueza, afinal, ficará a critério do juiz decidir o que representa risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal, além daquilo que configuraria “fundadas suspeitas” de participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Tal disposição configura, além de nitidamente se denomina de “direito penal do autor”, já que não descreve quais as condutas que estariam compreendidas na previsão (como se esmiuçarás mais a frente), flagrante violação ao princípio da legalidade, pois viola suas garantias de lei certa e estrita (conforme se verificará também em tópico próprio). Ademais, há que se salientar também que nosso ordenamento ainda aguarda a definição daquilo que se poderia considerar como **organização criminosa**, já que nem mesmo a legislação que trata sobre o combate ao crime organizado apresentou a necessária definição.

E, embora a jurisprudência venha entendendo pela aplicação trazida pela Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo- novembro/2000), de acordo com a qual

Artigo 1º - Para efeitos da presente acção comum, entende-se por “organização criminosa” a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas.

Não nos parece ser este o entendimento correto, uma vez que estaria se utilizando de analogia incriminadora.

Destarte, em que pese o fato de o clamor social ser freqüentemente, em nossa sociedade, apelo para a criação de leis de afogadilho, somado ao fato de que os membros do legislativo são representantes dessa população sedenta de

justiça, há que haver um crivo na elaboração das legislações de cunho penal, pois principalmente no que tange à Execução Penal, que trabalha com a privação de liberdade do indivíduo, deva haver um maior cuidado no respeito aos direitos e garantias constitucionalmente previstos e assegurados.

5-O RDD e sua efetividade

Frente às severas características do regime em comento, há que se questionar sua efetividade em termos daquilo que pretende nossa legislação penal, ou seja, diante da teoria da Prevenção Geral positiva, que tem como seus fins a ressocialização, a prevenção e a retribuição (que subsiste desde os primórdios como função da pena).

É inegável que se se pretender separar as funções atribuídas às penas, poderia se considerar o referido regime como eficaz, já que no tocante à retribuição nada mais próprio do que segregar e diminuir os direitos daquele que delinqüiu, entretanto o que se deve questionar é a efetividade perante a função ressocializadora, que na ótica deste trabalho há que ser a privilegiada dentro da execução penal, pois só ela é capaz de efetivamente diminuir a delinquência (desde que não se encerre dentro das penitenciárias), bem como da função preventiva. Nesse sentido, trazemos a opinião de Erving Goffman apud Antonio Carlos de Aguiar Desgualdo¹⁵³, que em 1950 efetuou um estudo acerca das chamadas “instituições totais”¹⁵⁴, dentre as quais, na sua concepção se encontram as penitenciárias:

“...se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado “desaculturação”- isto é, “destreinamento- que o torna incapaz

¹⁵³ GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Trad. Dante Moreira Leite. 7ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, *apud* DESGUALDO, Antonio Carlos de Aguiar. *Op. Cit.* O “Regime Disciplinar Diferenciado” em face das Teorias Justificadoras das Penas. p. 139

¹⁵⁴ Segundo Antonio Carlos de Aguiar Desgualdo: “instituições totais são aquelas que estabelecem um mundo paralelo, com regras próprias impostas pelo Estado e dentro dos limites Constitucionais legais para a realização de um fim, de acordo com a teoria fundamentadora adotada pelo ordenamento jurídico de determinado país.” *O Regime Disciplinar Diferenciado em face das Teorias Justificadoras das Penas.* p. 133

de enfrentar aspectos de sua vida diária...neste sentido, as instituições totais realmente não procuram uma vitória cultural. Criam e mantêm um tipo específico de tensão entre o mundo institucional, e usam essa tensão persistente como uma força estratégica no controle dos homens.”

Diante das palavras do estudioso, conclui-se pela aniquilação da personalidade do indivíduo submetido a este tipo de internação, com conseqüente fracasso da ressocialização.

Ademais, há que se salientar que nenhum criminoso pratica um crime pensando na gravidade da sanção que lhe será imposta, pois se assim fosse, países que adotam legislações ainda mais severas, admitindo, por exemplo, a pena de morte e prisão perpétua, teriam um baixíssimo índice de criminalidade. O que não se observa.

6- O RDD como manifestação do direito penal do inimigo

Para compreender a Teoria que vem sendo chamada de “Direito Penal do Inimigo” temos que visitar, ao menos rapidamente as teorias do delito, visita esta que culminará na análise da teoria em apreço:

6.1 Sistemas penais e a definição de crime

a) Causalismo

Desenvolvida por Franz Von Liszt, a teoria causal da ação (ou naturalista) firma seu conceito de ação como sendo a modificação do mundo exterior tendo como causa a vontade humana. Trata-se de “conceito naturalista, pré-jurídico, que esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo externo, referível à vontade do homem”.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Von Liszt, Franz. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal Alemão*. p. 217,

Nesta concepção o injusto era composto por elementos objetivos e a culpabilidade ficava encarregada dos elementos subjetivos, o que passou a ser superado pelo sistema neoclássico.

b) Neoclássica ou Neokantismo

Superou o paradigma naturalista e sua “dogmática formalista, por um sistema teleológico ligado a valores”,¹⁵⁶ de modo que o tipo não é mais tido como mera modificação no mundo exterior e sim como descrição de uma ação socialmente lesiva e antijurídica. A antijuridicidade não é mais representada pela simples contrariedade à norma, mas exige mais do que isso, exige que a conduta seja socialmente lesiva e a culpabilidade passa a ser normativa, significando “juízo de reprovação pela prática de um ilícito típico.”¹⁵⁷

c) Teoria Finalista da Ação

De acordo com esta teoria, que tem Hans Welzel como expoente, o agente pode antecipar mentalmente os cursos causais de suas ações no sentido de um objetivo determinado finalisticamente. Dentro deste sistema, o homem só age determinado a um fim, logo este tipo de ação deve ser regulada pelo direito.¹⁵⁸

Deste modo, como o direito só poderá punir as ações destinadas a determinado fim, o dolo deve integrar o tipo. Nesta teoria, o que se leva em conta, para fins de ilícito, é o desvalor da ação, sendo a culpabilidade juízo de reprovação.

¹⁵⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo- A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Ed. Juruá, 2008. p. 121

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ Conforme MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo, Op. Cit.* pág. 121. Neste sentido podemos destacar a obra de WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997

d) Funcionalismo

Em uma noção simplista, o funcionalismo prega que o Direito Penal deve ser estruturado e direcionado segundo razões de política criminal, deve ser funcional¹⁵⁹, ou seja, o sistema jurídico-penal deve ser construído com foco nos fins do Direito Penal. “Nesse esteio, o funcionalismo no Direito Penal, é instrumento que se destina a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas.”¹⁶⁰

Ainda de acordo com tal linha doutrinária, essa função do Direito Penal poderá ser a proteção de bens jurídicos ou a manutenção do sistema.

- I) Funcionalismo Teleológico: tal linha do funcionalismo tem como principal expoente Roxin, segundo o qual a função do Direito Penal seria a proteção de bens jurídicos. Nesta linha de pensamento, Roxin aceita a presença de valores, bem como de princípios não positivados para aplicação do Direito Penal em sua doutrina, valores estes que devem ser somados ao Direito Positivo.
- II) Funcionalismo sistêmico ou radical: Esta corrente tem como criador o doutrinador alemão Gunther Jakobs, e aponta como principal função do direito penal é o império do sistema, a afirmação da norma. Tal doutrina que é influenciada pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, se orienta pelos critérios de prevenção geral. Nega a necessidade de valoração para aplicação do Direito, de modo que sua doutrina se baseia no Direito Positivo.

6.2- Direito Penal do Inimigo

Nesta doutrina, Gunther Jakobs, apontado como seu criador, retira a substancialidade da idéia de bem jurídico penal, pois para ele o bem jurídico

¹⁵⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op Cit*, p. 125

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 128

corresponde à necessidade de se proteger a firmeza das expectativas normativas. Aduz que a constituição da sociedade se dá por meio de normas (regras de configuração) e não por determinados estados de bens (ainda que estes possam ser deduzidos, reflexamente através das normas).¹⁶¹

Nesta seara, partindo-se da premissa de que a função do direito é reafirmar a existência da norma em favor da estabilização do sistema social, a culpabilidade constitui falta de fidelidade ao direito, o que justifica a imposição da pena¹⁶². Deste modo o agente é punido porque violou a norma. Porque descumpriu o papel esperado pela sociedade de que se comportaria conforme a norma.

De acordo com o que defende Günther Jakobs, há dois tipos de indivíduos delinqüentes: o delinqüente comum, que esporadicamente infringe uma norma legal e aquele que delinqüe por princípio- os *não alinhados*- que presumível e permanentemente abandonaram o Direito e por isso não garantem o mínimo de segurança cognitiva de seu comportamento pessoal¹⁶³, aqueles que através de sua delinqüência violam as bases do estado, criando uma espécie de estado paralelo. Para os primeiros, existe o Direito Penal do Cidadão, já para o segundo tipo de delinqüente, há que se aplicar o Direito Penal do Inimigo, que será marcado pela flexibilização ou até eliminação de direitos e garantias individuais e processuais, inclusive através da antecipação da punição.

Nas palavras de Günther Jakobs:

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho

¹⁶¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de um direito funcional* v.6. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003. p. 11-13; 44-45

¹⁶² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. Cit. Direito Penal do Inimigo*. p. 135

¹⁶³ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 57.

para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente à fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.¹⁶⁴

O tratamento dispensado ao inimigo, nestes moldes, lhe é dado pelo simples fato de ser este “considerado” perigoso ou daninho à sociedade; a análise de sua periculosidade é baseada em critérios subjetivos, em sua personalidade e não mais nos fatos por ele eventualmente praticados¹⁶⁵.

Para a doutrina de Günther Jakobs, é legítimo tratar o inimigo como coisa, na busca da manutenção do Estado através da afirmação da norma. Assim segue afirmando: “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.”¹⁶⁶

Deste modo, podemos observar que a referida doutrina se pauta por um radicalismo sem igual, ao chegar ao ponto de afirmar que se pode retirar de certos indivíduos a condição de pessoa, como se isso fosse possível. Isto porque, o que esta afirmação pretende legitimar não aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, nos casos em que se pretende considerar o criminoso como inimigo. Entretanto, como asseverado alhures, do mesmo modo que não há como se retirar a condição humana de uma pessoa, não há como afastar o valor da dignidade humana, já que, conforme também já ilustrado, esta será inerente a todo e qualquer ser humano, independente de condições pessoais.

Podemos, então destacar, no que se refere à doutrina do Direito Penal do Inimigo, traços marcantes como a antecipação da punição pela qual se punem inclusive suspeitas e atos preparatórios, mudando-se da ótica da punição do ato praticado para aquele que se vai praticar, a adoção de um direito penal do autor,

¹⁶⁴ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo- Noções e críticas*. 2ª Edição. Org. e Trad. André Luís Callegari & Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35 e 36.

¹⁶⁵ Neste sentido consultar ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *El enemigo en el derecho penal*. 1ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.p. 25-26

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 42

pelo qual se pune o indivíduo pelo fato de ser quem ele é, de ser o inimigo do Estado, e não pelo delito cometido, uma vez que nem se exige a comprovação de sua prática e a flexibilização ou, muitas vezes, supressão de direitos e garantias individuais e processuais, sob o manto da proteção da vigência do Estado.

Os traços em epígrafe servem claramente para fundamentar a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que, conforme estudado, não se exige do preso a prática de conduta determinada taxativamente para a inclusão no RDD, bastando as suspeitas de integrar organização criminosa, o que se pode chamar de direito Penal do Autor, pois a punição vem em razão de sua possível personalidade, bem como através da redução de suas garantias individuais, que são contundentemente violentadas através da aplicação deste regime que em nada preza pela dignidade da pessoa humana. De tal sorte que se pode considerar o RDD produto desta doutrina que vem sendo mundialmente adotada, devido à ineficiência de se combater determinado tipo de criminalidade, principalmente no que se refere ao combate do terrorismo, como as técnicas adotadas nos Estados Unidos da América, após os atentados de onze de setembro de 2001.

Capítulo V

BEM JURÍDICO PENAL E POLITICA CRIMINAL

1- Escorço Histórico

É majoritário na doutrina o entendimento de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, de tal sorte que alguns deles sempre foram objeto de preocupação do legislador, demandando proteção desde as mais remotas épocas; outros mudam com o evoluir da sociedade e são eleitos, por vezes, dentre outros critérios, com amparo na política criminal.

Diante da análise do Regime Disciplinar Diferenciado face às teorias justificadoras das penas e da Evolução Histórica que culmina em nossa pesquisa com o seu surgimento, é chegada a hora de se proceder uma análise, mesmo que perfunctória, sob bem jurídico e política criminal, para que se busque entender quais as bases do legislador quando da opção pela referida sanção.

Conforme já elucidado, é através do iluminismo (e de seus ideais difundidos nos séculos XVII e XVIII) que o Direito Penal passou a ganhar novos contornos, de modo que se buscou limitar a atuação estatal através do fortalecimento dos direitos e garantias individuais.

É neste mesmo período que vamos encontrar as primeiras formulações da idéia de bem jurídico através do pensamento de Feuerbach.

Para Feuerbach, que fundamentava sua tese no contrato social, a partir do momento em que o homem resolve organizar-se em sociedade, confia ao estado a organização da nova ordem social, este, por sua vez, somente poderia intervir penalmente diante de um delito que lesionasse algum direito dos cidadãos, de modo que se não houvesse lesão, não haveria crime a ser punido¹⁶⁷.

¹⁶⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Op. Cit. Tratado de Derecho Penal*. p.21.

Tal concepção enfrentou críticas, já que mesmo as ações que não ofendessem direitos subjetivos eram punidas. Para Feuerbach isso se justificava, pois mesmo que não houvesse lesão a direitos subjetivos, tais condutas colocavam em risco a ordem e a segurança social.

É com a Escola Histórica do Direito, que considerava que costumes, desenvolvimento histórico e normas jurídicas são um todo orgânico, sendo o Direito fruto de uma criação histórica, que se começa a afastar as teses de Feuerbach, buscando adequar o Direito ao pensamento humano¹⁶⁸.

Nesta esteira, com Birnbaum, se modifica por completo o Direito Penal, trazendo o conceito de bem jurídico, em substituição ao então aplicado conceito de direito subjetivo. Desta forma, a conduta delitiva deveria lesionar bens e não direitos.

Nesta concepção, Birnbaum destaca a importância de se fixar o bem jurídico no mundo do ser ou da realidade, de importância para a pessoa ou a coletividade, podendo ser lesionado por uma ação delitiva¹⁶⁹. Birnbaum não chega a se utilizar propriamente da expressão “bem jurídico”, mas faz uso de expressões que se identificam com este conceito, por isso é atribuída a ele a original concepção de bem jurídico.

Jhering também encampa a idéia de bem jurídico valorado pela coletividade, apresentada por Birnbaum, aliando a esta a idéia de bem-estar. Para ele, o Direito Penal representava um meio subsidiário de proteção social e cada indivíduo é titular de um interesse fundamental, cujo conteúdo seria determinado conforme a importância de sua existência. Jhering desenvolve, desta forma, sua teoria dos titulares de bens jurídicos, que posteriormente permitiria a classificação dos delitos do Estado, da sociedade e de maiorias indeterminadas. Para ele o fim

¹⁶⁸ Vide SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit. Direito Penal supra-individual: interesses difusos*.

p..40

¹⁶⁹ *Idem*.

das leis penais não seria outro que não o explicitado por elas mesmas, ou seja, a proteção da seguridade das condições de vida da sociedade¹⁷⁰.

Representando a escola positiva (explicitada no capítulo III), Karl Binding acreditava que o delito representava a lesão de um direito subjetivo do estado, havendo total pertinência entre norma e bem jurídico, de modo que aquela seria a fonte de revelação deste. Binding adota um positivismo normativista, devendo ser “bem jurídico” tudo aquilo que é eleito pelo legislador como condição essencial para a vida dos cidadãos, de modo que deve haver absoluta coerência entre norma e bem jurídico, sem diferenciar, entretanto bens jurídicos individuais, coletivos ou supra-individuais, pois, para ele todos os bens jurídicos são, obrigatoriamente, bens da comunidade¹⁷¹.

Divergindo ligeiramente da concepção de Binding, Franz Von Liszt traz a concepção de bem jurídico como sendo “todo o interesse jurídico protegido”, compreendendo aí o conjunto de interesses vitais do indivíduo e ou da sociedade. Arelada à noção de bem jurídico, Von Liszt dava importância à própria idéia de pena, à questão de se saber se ela é, como retribuição, uma consequência necessária ao crime ou se representa uma forma de proteção de bens jurídicos. Para ele a função do Direito Penal seria a proteção de interesse humanos vitais- os “interesses jurídicos”-, e os bens jurídicos seriam divididos em individuais e supra-individuais¹⁷². Deste modo, o bem jurídico, na sua concepção, seria um bem do homem a ser reconhecido e protegido pelo Direito.

A partir do século XX, sob a influência das transformações e concepções trazidas com a Revolução Burguesa (séc. XIX), começam a ter influência sobre o Direito Penal concepções espiritualistas. Há um processo de espiritualização e normatização conceitual de bem jurídico, que deixa de fazer parte de conceitos sociais, devendo ser entendido como um valor cultural. O bem jurídico passa a ter

¹⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit. Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. p.43

¹⁷¹ *Ibidem* p.44

¹⁷² LISZT, Franz Von. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal Alemão*. p. 139

como principal característica a referência do delito no mundo valorativo, ao invés de fixá-lo no plano social¹⁷³.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, período em que o Direito Penal foi maculado pelos ideais nazistas da Escola de Kiel, inicia-se uma nova valorização do conceito de bem jurídico, que nos moldes do pensamento de Birnbaum e Von Liszt, pretende determinar os limites do *jus puniendi* estatal¹⁷⁴. Neste cenário, pode-se distinguir duas modernas teorias sobre a delimitação do bem jurídico: as sociológicas e as constitucionalistas.

As teorias sociológicas, que tem como um de seus principais expoentes Winfried Hassemer, para quem a intervenção punitiva do Estado depende da confirmação de uma danosidade social, de tal sorte que, os bens jurídicos são considerados a partir de uma perspectiva político-criminal geral, deixando o bem jurídico de possuir seu significado próprio, foram muito criticadas, pois deixaram de formular um conceito material de bem jurídico, deixando também em aberto a questão de qual seria o motivo para uma sociedade criminalizar determinadas condutas e outras não¹⁷⁵.

As teorias constitucionalistas, por sua vez, têm grande aceitação na dogmática italiana e ganham novos contornos através de funcionalistas como Claus Roxin.

Roxin constrói seu pensamento na necessidade de se firmar o Direito Penal sobre as bases da Constituição e da Política Criminal. Deste modo, a eleição de bens jurídicos deve partir dos princípios da Constituição e com base na liberdade do indivíduo, para que se encontre os limites da capacidade punitiva do Estado. De acordo com tal concepção há clara influência dos valores Constitucionais no sistema penal. Encampando os ideais do Estado Democrático

¹⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. Cit. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. p. 47

¹⁷⁴ *Ibidem* pág. 48

¹⁷⁵ HASSEMER, Winfried. Op. Cit. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. p. 55-58.

de Direito, estabelece uma interação entre princípios constitucionais e a proteção jurídico-penal e a bens jurídicos.¹⁷⁶

2- Conceito de bem jurídico

Embora não seja uníssono na doutrina o conceito de bem jurídico, pelo que muitos dizem ser ele aquilo que é de vital interesse do ser humano e da sociedade, o consenso encontra-se no fato de que o bem jurídico servirá como limitador do poder punitivo do Estado.

Para von Liszt, por exemplo, o bem jurídico, objeto da proteção do direito seria sempre a vida humana nas suas diversas formas de manifestação, ela seria o centro de todos os interesses juridicamente protegidos¹⁷⁷.

Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya destacam um problema dogmático na tentativa de se conceituar Bem jurídico, qual seja, a possível confusão entre bem jurídico e o objeto material sobre o qual recai a conduta criminosa. De modo que o objeto material é concreto e representa a configuração material do interesse jurídico, enquanto que o bem jurídico é o interesse jurídico protegido¹⁷⁸.

Welzel, seguindo a linha de Von Liszt no que se refere aos interesses juridicamente protegidos, trazia a idéia de que o bem jurídico seria aquele bem vital da comunidade ou do indivíduo protegido juridicamente e dotado de significado social¹⁷⁹.

Roxin, verificando a impossibilidade de limitação dos bens jurídicos aos

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2006. p. 79-82

¹⁷⁷ Franz Von Liszt. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal Alemão*. p. 27

¹⁷⁸ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal- Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. p. 53

¹⁷⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997. p.5

individuais, assegura a existência de bens da comunidade também merecedores de proteção, como aqueles essenciais à vida em comum, trazendo, deste modo, a necessidade de eleição de bens jurídicos de cunho difuso¹⁸⁰.

Deste modo, podemos dividir os bens jurídicos em individuais que de acordo com a doutrina moderna são de mais fácil identificação e por isso demandam maior proteção do Estado e se relacionam a interesses subjetivos e os bens jurídicos difusos, coletivos ou supra individuais (termos que embora apresentem diferenças semânticas, no que se refere aos bens jurídicos significam interesses metaindividuais), cujo foco se concentra em uma generalidade não definida, demandando uma análise mais profunda sobre o efeito lesivo em seus componentes¹⁸¹.

Diante de tais concepções forte discussão doutrinária se apresenta em relação ao bem jurídico difuso, se seria necessário aguardar a lesão a estes bens para que depois houvesse intervenção estatal, principalmente diante de um cenário de evolução tecnológica sem fronteiras, onde a criminalidade possui cada vez maiores e mais e modernos subterfúgios para suas práticas e onde também se propicia o nascimento de novos bens jurídicos. Para a eficaz proteção destes bens, que dizem respeito à coletividade, são criados crimes de perigo abstrato, de modo que, uma vez eleitos, a ameaça a estes bens tão caros já é em si considerada uma conduta lesiva. A adoção destes tipos traz grande celeuma, pois estariam afastados os princípios da intervenção mínima e da lesividade, o que impõe maior critério e ponderação na criação dos tipos.

Na definição do bem jurídico, seja ele individual, seja metaindividual, o fato é que a noção de bem jurídico está umbilicalmente ligada ao modelo de Estado adotado, com sua opção ideológica de dar, ou não prevalência aos direitos

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal- Parte General, tomo I- Fundamentos. La estructura de La teoria Del delito. Trad. Diego- Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Gracia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 51 e seguintes.

¹⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit. Direito Penal Supra- Individual: interesses difusos*. p. 52

fundamentais do indivíduo¹⁸². De acordo com o paradigma escolhido, haverá uma maior ou menor ingerência estatal nas esferas privadas, de modo que serão diferentes os bens jurídicos eleitos em um Estado democrático (e os critérios utilizados para sua definição) e os bens jurídicos eleitos em um Estado totalitário.

2.1- Bem jurídico e Estado Democrático de Direito

Foi dito que a norma penal há que se afinar com os bens jurídicos eleitos como objeto de tutela e que são anteriores a ela. Neste contexto, como bem assinala Luciano Feldens¹⁸³, a Constituição assume papel fundamental, já que será o parâmetro para se extrair quais os bens que se violados sujeitarão os infratores à sanção Estatal.

A despeito do que foi dito linhas atrás, que a evolução propicia o aparecimento de novos bens jurídicos, não se deve descuidar da base técnica de tal concepção. Não se pode permitir que esses novos bens jurídicos sejam escolhidos ao alvedrio da faticidade. A eleição do bem jurídico, em consonância neste ponto com as idéias pregadas por Roxin, deve ter como base a Constituição Federal e seus princípios.

Assim, em um Estado totalitário haverá a opção pela manutenção e afirmação do sistema. Já em um Estado Democrático de Direito, deverão ser respeitados os fundamentos sobre os quais ele se lança, priorizando os direitos e garantias individuais e a justiça social. Aqui entra novamente a crítica doutrinária feita à eleição dos bens jurídicos metaindividuais, pois o que se alega é que estaria se deixando de lado os direito individuais, para assegurar o Estado.

O que se há de buscar em um Estado Democrático de Direito, principalmente diante da eleição dos bens jurídicos que irão possibilitar a mais

¹⁸² Vide PORTO, Hermínio Alberto Marques e SILVA, Roberto Ferreira da. *Op. Cit.* Fundamentação Constitucional da Normas de Direito Processual Penal...p. 591

¹⁸³FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal- A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 51

drástica forma de intervenção estatal nas esferas individuais através da aplicação da pena, é que os valores sobre os quais se pautou o legislador na criação das normas Constitucionais não sejam perdidos, de modo que os princípios por eles explicitados, e que são as bases de todo o sistema, sejam respeitados. No que tange ao Direito Penal, a opinião advogada neste trabalho é a de que não se poderia deixar de levar na mais alta conta o princípio da legalidade e o princípio da dignidade humana na escolha dos bens jurídicos.

Diante de tais colocações, concluímos com as palavras de César Roberto Bittencourt: “A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático.”¹⁸⁴

3- Política Criminal

O termo Política Criminal é plurissignificativo na seara penal. Entretanto, a doutrina¹⁸⁵ costuma dividí-la em dois aspectos principais: atividade do Estado e atividade científica.

Enquanto atividade do estado, a política criminal é parte da política geral do Estado, diante de um de seus fins, que é oferecer subterfúgios para que a sociedade conviva de forma pacífica e desenvolva de forma harmônica suas atividades. Dentro desta atribuição o Estado estabelece os fins e os meios adequados para conter os comportamentos delitivos ou desviados através do Direito Penal, estabelece os limites para a prevenção da criminalidade¹⁸⁶. Para tanto o Estado pode se utilizar de inúmeros meios, incluindo políticas penais e extrapenais.

Já a Política Criminal, enquanto atividade científica “tem como objeto a

¹⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit. Tratado de Direito Penal*. p. 9

¹⁸⁵ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Op. Cit. Introdução ao Direito Penal*. p. 16

¹⁸⁶ Idem.

forma com que o Estado leva a cabo sua atividade político-criminal em sentido amplo; isto é: a determinação dos fins que se pretende que sejam alcançados, como empregar o recurso do Direito Penal e em que medida se submeter aos princípios limitadores estabelecidos para o direito positivo”¹⁸⁷.

A Política Criminal serve, então, de maneira geral, a escolher os meios à disposição do Estado na luta contra o crime, perseguindo, neste seu caminhar, os fins do poder de punir do estado (tendo entre eles os bens jurídicos) e as origens do crime. Ela compreende o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal, que exsurtem da avaliação do desempenho das instituições que integram o sistema penal, bem como das descobertas da criminologia¹⁸⁸. Dentre as funções da política criminal, com base nos dados colhidos através deste processo, cabe estabelecer quais os bens jurídicos mais importantes à sociedade de determinada época, para que se possa saber o meio adequado de protegê-los. Fica claro então, que a eleição de um bem jurídico passível de proteção penal passa pela Política Criminal.

De acordo com a tendência trazida a este trabalho de que, cada vez mais a doutrina e o legislador têm reconhecido a necessidade de tutela penal de interesses difusos e que, muitas vezes a tutela desses bens metaindividuais será concretizada através da formulação de crimes de perigo.

No que tange ao Regime Disciplinar Diferenciado há a opção, por parte do legislador, de tutelar a segurança pública em detrimento dos direitos e garantias individuais, já que, como exaustivamente ponderado, são diminuídos direitos e garantias individuais sobre o clamor da proteção de interesses coletivos, na tentativa de utilização de um viés da proporcionalidade.

Apesar de ser forçoso reconhecer que, dado o avanço da criminalidade organizada e a dificuldade cada vez maior de se proteger os bens jurídicos metaindividuais, não há que se concordar que para isso se viole princípios de vital

¹⁸⁷ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Op. Cit. Introdução ao Direito Penal*. p. 16

¹⁸⁸ Vide BATISTA, Nilo. *Op. Cit. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. p. 34

importância para o Direito Penal e assim, para a própria garantia dos cidadãos, como o princípio da legalidade. Há que se estabelecer uma maneira de tutelar estes novos bens jurídicos, sem que com isso se abra a possibilidade para abusos. Desta feita, não parece correta a opção do legislador quando da elaboração da lei 10792/03, no que se refere à criação do Regime Disciplinar Diferenciado, pois na ânsia de dar uma resposta à sociedade no tocante ao fortalecimento da segurança pública, acaba por violar os direitos tão custosamente alcançados por essa sociedade.

A criação de tipos penais para tutela dos bens jurídicos difusos há que ser feita com maior critério, de modo que a sua proteção não signifique adoção do Direito Penal do Inimigo e nem a quebra das bases do Estado Democrático de Direito. Deste modo, esta pesquisa não pretende rechaçar qualquer forma de tratamento mais gravoso a determinados presos, mas pretende que se reconheça que, do modo como foi elaborado, em violação ao princípio da legalidade, por não trazer a clara descrição das condutas que ensejem sua aplicação (trazendo a adoção de um direito penal do autor) e estendendo de tal forma o período de isolamento a que se poderá submeter o preso, a ponto de degradar sua integridade psicológica, não há como harmonizar o RDD com nosso sistema penal constitucional, mesmo que sob a alegação de proteção de bens jurídicos metaindividuais. Afinal, a política criminal só pode fundamentar o sistema penal se acolher em seu bojo os Direitos Humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos¹⁸⁹.

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. *Op. Cit. Estudos de Direito Penal*. p. 67

Capítulo VI

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1-O RDD e o Princípio da dignidade humana

De acordo com a exposição dos princípios Constitucionais Penais feita acima, aqui se pretende confrontar o Regime Disciplinar Diferenciado e os princípios abordados, de uma forma mais específica, demonstrando quais as suas características aptas a ferir os princípios destacados.

Tendo como base a noção de dignidade humana anteriormente explicitada, pela qual esta se configura em atributo intrínseco ao ser humano, que o torna um fim em si mesmo, há que se abordar neste tópico o completo descompasso do regime em estudo com este princípio.

O princípio em tela é o apanágio do Estado Democrático de Direito, erigido historicamente através da evolução dos direitos humanos, tendo em nossa Constituição a promessa de sua manutenção e efetivação, conforme já explicitado. Assim, não há que se admitir em nosso ordenamento, uma norma que contra esta se insurja, na medida em pretende considerar o ser humano como fim da manutenção do Estado. Além de retirar por completo sua capacidade de autodeterminação, através do isolamento celular.

É certo que, por atributo intrínseco ao ser humano que é, como já exaustivamente asseverado, a dignidade não pode ser retirada do ser humano por outras pessoas, entretanto esta pode ser ferida.

Já foi dito que, no cenário em que se encontrava a humanidade após as duas grandes guerras, houve a necessidade de fortalecer e globalizar a dinâmica dos direitos humanos, de modo que as Constituições que seguiram a este período pretenderam prever uma maior gama de direitos individuais, tudo com o intuito de

que o Estado deixasse de ter a imagem de grande violador dos Direitos Humanos (que lhe fora atribuída pelos males causados pelas Guerras), para passar a representar o garantidor destes direitos. O mesmo ocorreu, como se verá mais adiante, no Direito Internacional, onde se passou a, cada vez mais buscar instrumentos para que os Estados atuem na proteção destes direitos.

Deste modo, podemos observar que, a previsão da dignidade humana em nosso Texto Constitucional, condiz perfeitamente com aquilo que se buscou efetivar a partir da década de 50, ou seja, a colocada do cidadão, do ser humano em primeiro lugar, através da criação de instrumentos que lhe pudessem proteger.

O princípio da dignidade humana, neste trabalho apresenta uma tríplice prospecção, na medida em que deva ser entendido, primeiramente como valor, pois conforme visto anteriormente, os valores são aquilo que está contido no âmago do legislador quando da elaboração das normas, são eles suas aspirações mais profundas, os objetivos visados quando da elaboração das normas; em seguida, uma vez pensado como valor fundamental sobre o qual se deveriam assentar as bases de nossa Constituição democrática, este é erigido à categoria de princípio, a servir como fundamento da elaboração de toda a legislação Constitucional e Infraconstitucional, bem como vértice para sua interpretação; e por fim, o referido princípio encontra-se positivado sob a categoria de Direito Fundamental, para que jamais se possa olvidar a dimensão de sua importância da esfera individual do cidadão.

Destarte, quando o estado atua de modo a considerar o ser humano como coisa, buscando atingir objetivos nos quais vem fracassando de modo flagrante durante séculos, fica clara a violação ao princípio da Dignidade Humana. Quando o estado impõe um regime como o RDD, que pretende segregar o indivíduo com base na sua personalidade, resultando no aniquilamento de sua estrutura psicológica e na falência de qualquer possibilidade de recuperação, é claro que este passa de garantidor dos Direitos Humanos para, mais uma vez, voltar a ser o violador. Assim, considerar o ser humano como meio de dar uma falsa resposta à

sociedade de que a segurança pública está aumentando e de que o sistema penitenciário funciona, parece caracterizar afronta ao princípio da dignidade humana.

2- O RDD e o Princípio da Legalidade

Aqui se encontra talvez a mais grave violação trazida pelo RDD, em relação aos princípios e que torna flagrante sua incompatibilidade diante de nosso Sistema Constitucional Penal, senão vejamos:

O princípio da legalidade traz em seu corpo a exigência de norma estrita, que delimite exatamente a conduta passível de incidência de sanção. É ele quem traz o limite à atuação estatal, de forma que o estado só poderá exercer o *jus puniendi* diante das situações estritamente previstas em lei, e de modo a também possibilitar a real defesa do acusado ao saber exatamente qual a conduta típica que lhe está sendo imputada.

Entretanto, não é o que ocorre no caso do Regime Disciplinar Diferenciado. Na elaboração da lei 10.792, que alterou a redação do artigo 52 da Lei de Execução Penal instituindo o Regime Disciplinar diferenciado, fora totalmente esquecida a regra da lei estrita que concretiza o princípio da legalidade, pois conforme se observa da leitura do dispositivo em comento, este não individualiza a conduta que tornará passível a inclusão do preso em RDD, de modo que se limita a dispor:

§ 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.

Tal disposição representa, no mínimo, a porta aberta ao arbítrio, uma vez que tal avaliação subjetiva se funda em “suspeitas”. Cabe então questionar o que seriam estas fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa, e mais o que seriam as famigeradas organizações criminosas para fins

de legislação brasileira, uma vez que a Lei de Combate ao Crime Organizado (9034/95), não se dignou a trazer a necessária definição, que vem sendo emprestada da Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada pelas Nações Unidas em novembro de 2000 e promulgada no Brasil pelo decreto 5.015 de março de 2004). A adoção desta “definição emprestada” suscita críticas da doutrina, uma vez que a lei 9034 foi editada posteriormente à adoção da convenção pelo Brasil, o que leva a crer que deveria ela mesma ter trazido sua definição, como ocorreu com outras legislações criadas em atendimento às obrigações contraídas através de tratados internacionais (como a definição de tortura que fora trazida de maneira expressa na lei criada para coibir sua prática), com maior razão por se tratar de tipificação penal, à qual não se pode usar analogia. Ademais, mesmo que se trate da primeira hipótese de aplicação do RDD, à qual se consubstancia na possibilidade de inclusão no Regime mediante cometimento de falta grave, esta apenas poderia ser considerada legal se obedecesse ao limite previsto pela própria LEP, que em seus arts. 58 e 60 prevê o período máximo de 30 dias para aplicação de sanções que cominem isolamento.

Destarte, resta clara a afronta ao princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito e berço de um direito penal justo para os cidadãos. É inadmissível que se permita a inclusão de um preso, ao qual prescinde inclusive a condenação definitiva, em um regime disciplinar tão gravoso quanto ao RDD, sem que sequer possa ser prevista e individualizada a conduta que acarretou a sanção. Permitir esta prática seria a adoção da ilegalidade no sistema penal.

3-O RDD e o Princípio da Humanidade das Penas

O princípio da Humanidade das Penas, como já visto, tem sua expressão primeira na Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu art. 5º, 2 prevê que ninguém será submetido à pena cruel, desumana ou degradante e encontra guarida em nossa Constituição dentre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, incisos III, XLVII e XLIX, que prevêem, respectivamente a proibição da tortura e outros tratamentos desumanos ou

degradantes, proibição de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, e o respeito à integridade física e moral dos presos.

A adoção de tal princípio é bastante questionável quando se fala em Execução Penal, já que é sabida e notória a situação calamitosa em que se encontram nossos estabelecimentos prisionais. Em 2007, segundo dados obtidos no relatório de dados Consolidados do Ministério da Justiça, só em São Paulo haviam 153.056 presos, para 95.585 vagas em 143 estabelecimentos prisionais, já no mesmo período, a população carcerária no Brasil era de 422.590 presos para 249.515 vagas em 1.094 estabelecimentos prisionais, o que traz a conclusão de que a superlotação, em nível nacional, é de praticamente o dobro do número de vagas¹⁹⁰. Essa superlotação piora os problemas de fiscalização, fazendo com que cada vez mais cresça a violência entre os presos também a violência dos próprios funcionários das instituições para com os presos; a alimentação fornecida e as condições de higiene também são péssimas, o que em nada lembra a adoção de tal princípio.

Não obstante a crueldade que representa a manutenção dos detentos em condições sub-humanas na maioria dos presídios devido à superlotação a ao tratamento a eles dispensado, no que se refere ao Regime Disciplinar Diferenciado, que pelo isolamento que impõe e pela redução das garantias individuais, vem inclusive sendo considerado pelos organismos internacionais como forma de tortura (conforme relatório da ONU referido anteriormente), pode ser certamente tido como pena cruel e degradante, já que possibilita a aniquilação psicológica do indivíduo devido longo período de isolamento a que pode ser submetido o preso e à quase que total falta de interação com outras pessoas. Neste sentido, citamos a posição da ONU destacada por José Afonso da Silva em seu parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, preiteando a declaração de Inconstitucionalidade da sanção em apreço:

¹⁹⁰ Dados obtidos através do relatório disponibilizado pelo Ministério da Justiça em sua página na Internet: <http://www.mj.gov.br> vide anexo I, pp. 130-131

O isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa a que se vê submetida a vítima, representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas à integridade psíquica e moral da pessoa e do direito de todo o detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.¹⁹¹

Desta feita, tal sanção, conforme já salientado, reduz o preso à condição de coisa e se caracteriza por ser um instrumento a ser usada pelo Estado como símbolo de pacificação social inexistente, representando através do tratamento dispensado aos seus internos, graves violações ao princípio da humanidade das penas.

4 O RDD e o Princípio da Igualdade

Dito que uma das hipóteses de aplicação consubstancia-se em “fundadas suspeitas de participação em organização criminosa”, temos, além de uma afronta ao princípio da legalidade, conforme já explicitado, a possibilidade de violação ao princípio da igualdade, que configura um dos mais importantes pilares de nosso estados democrático de Direito, já que a avaliação do que seriam estas “fundadas suspeitas” ficará ao arbítrio do juiz, podemos ter o infeliz quadro de dois presos sob os quais recaiam as mesmas suspeitas terem o pedido de inclusão em RDD avaliados por juízos diferentes, sendo que um deles é considerado como possível integrante de organização criminosa e o outro não. De acordo com este quadro, um deles seria trancafiado no regime de isolamento, enquanto que o outro cumpriria sua pena ou prisão provisória de acordo com um dos Regimes previsto pela Lei de Execução Penal.

Trata-se de uma perigosa possibilidade de quebra do princípio da igualdade em favor da imposição de uma reação penal diferenciada (e sobremaneira mais gravosa), segundo o perfil de autor e não de acordo com o fato realizado. Já por essa razão pode-se afirmar que o Regime Disciplinar Diferenciado ofenderia também ao princípio da igualdade. Entretanto, temos também a previsão constitucional das discriminações possíveis de serem feitas quando se fala em execução penal, conforme se observa na previsão do art. 5º,

¹⁹¹ Trecho citado na ADI 4162, conforme anexo II, p.133-143

inciso XLVIII: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Destarte, não há que se falar em tratamento desigual no que tange à análise subjetiva do acusado, baseada em uma também subjetiva análise do magistrado.

CAPÍTULO VII

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E OS DIREITOS HUMANOS

1 Direitos Humanos e o Tratamento dos presos no cenário internacional

Conforme já mencionado, a história do Direito penal se confunde com a própria história da sociedade, bem como a história das penas se confunde também com a história do Direito Penal, o que significa que remonta à épocas remotas da sociedade. Entretanto, conforme assevera Edmundo Oliveira¹⁹², “o reconhecimento das garantias do preso não coincide com a fase inicial da história do Direito Penal, pois somente no século XX ele passou a ter condição jurídica claramente definida”, para o autor, “essa discrepância entre deveres e direitos dos presos estimulou a concepção de juízos desvalorativos, morais e sociais, sobre o delinqüente condenado, subestimando sua condição de homem.”¹⁹³

A partir da instituição da pena privativa de liberdade como sanção (que data, conforme estudado anteriormente, da época do renascimento, onde as penas corporais passaram a ser substituídas por privativa de liberdade) e com o posterior desenvolvimento daquele que se chamou “direito penitenciário”, no final do século XIII¹⁹⁴, passa a haver uma preocupação com o tratamento do preso.

Em âmbito internacional, o que inaugura a preocupação com o tratamento destinado aos presos é a organização da Comissão Internacional Penitenciária (CIP), em 1880, que teria entre suas finalidades a realização de Congressos Penitenciários Internacionais para a difusão dos direitos por ela declarados¹⁹⁵. O primeiro Congresso foi realizado em Londres, em 1872, o segundo em Estocolmo, 1878 e o terceiro em Roma, em 1885, aos quais se seguiram vários outros¹⁹⁶.

¹⁹² OLIVEIRA, Edmundo. *Direitos e deveres do condenado*. São Paulo: Saraiva 1980. p. 01

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Conforme pesquisa realizada por ISRAEL, Tatiana Lages Aliverti. *O tratamento do preso no Direito Internacional*. Dissertação de mestrado apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- 2007. p. 12

¹⁹⁵ *Ibidem*, pág. 15

¹⁹⁶ *Idem*.

No ano de 1929 é ampliado o âmbito de atuação da CIP e sua denominação passa a Comissão Internacional Penal e Penitenciária (CIPP), momento em que são elaboradas as regras mínimas para o tratamento de presos, que foram revistas em 1933 e aprovadas pela Liga das Nações em 1934¹⁹⁷. Em 1951 a CIPP é dissolvida, passando a ser de competência da ONU a realização de Congressos internacionais sob a temática dos direitos dos presos, que cria, com o patrimônio da CIPP a Fundação Internacional Penal e Penitenciária (FIPP)¹⁹⁸.

Em 1955 é realizado, então pela ONU, em Genebra, o I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, que aprovou uma versão mais atual as regras que conhecemos como “Regras Mínimas para o tratamento de Presos”¹⁹⁹.

Segundo César Barros Leal:

De inequívoca importância, as Regras Mínimas também foram objeto da resolução n. 2.858, de 20.12.1971, da Assembléia Geral- que acatou por deliberação do IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, em Kioto, Japão, no ano anterior -, na qual se recomendou fossem implementadas na administração das instituições penais e correcionais, pelos governos de todos os estados-membros²⁰⁰.

Assim, diante do cenário internacional, principalmente no período que sucede a segunda grande guerra e que se caracteriza em um grande marco na evolução dos direitos humanos, devido ao repúdio das nações às barbáries cometidas neste período, as jornadas realizadas pela FIPP marcam a preocupação das entidades internacionais com o tratamento dispensado aos presos. Não obstante sua imensa importância, as Regras Mínimas não são a

¹⁹⁷ LEAL, César Barros. In TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Ed.) *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, San José 1996. p. 330

¹⁹⁸ Dados em consonância com a pesquisa de ISRAEL, Tatiana Lages Aliverti. *Op. Cit. O tratamento do preso no Direito Internacional*. p.16

¹⁹⁹ LEAL, César Barros. In CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. p. 330

²⁰⁰ *Idem*.

única fonte dos direitos humanos internacional no tratamento dos presos. No próximo tópico analisaremos, além das disposições das Regras Mínimas, mormente no que podem influenciar na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, também outros dispositivos, presentes em tratados internacionais diversos que versam sobre o tratamento dos presos.

2 Tratados e Convenções internacionais aplicáveis aos presos

As Regras Mínimas para tratamento dos presos visam uniformizar o tratamento aos presos através do respeito a seus direitos fundamentais, devendo servir de base para os sistemas penitenciários locais.

Destarte, seu texto traz a importante previsão do princípio da igualdade (trazida no item 6 das referidas regras), através da vedação a qualquer tipo de discriminação, por motivo de “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação”.

Já nos arts. 37 e 39, as regras expressam a importância do contato do preso com o mundo exterior, através do acesso às informações veiculadas pelos meios de comunicação, é claro que sob o controle da administração do estabelecimento.

Em consonância com tais disposições, encontramos a previsão do artigo 61, que prevê que o tratamento dado aos presos não deve enfatizar sua exclusão da sociedade.

O item 60.1 das Regras, acompanhando a tendência de se considerar a dignidade humana como super-princípio e valor mais importante a ser efetivado pelos direitos humanos, traz a previsão de que o tratamento aplicado aos presos deve reduzir as diferenças entre a vida na prisão e a vida livre quando tais diferenças diminuam seu senso de responsabilidade ou atentem contra a dignidade humana.

O item 80.4 traz a presunção de inocência de que goza o indiciado, de modo que deva aguardar a decisão judicial em lugar distinto daqueles em que se encontram os condenados.

Ainda de acordo com o que prevêem as regras mínimas (item 10) os locais de detenção devem satisfazer os requisitos mínimos de higiene, ventilação e espaço e por fim, não obstante as demais previsões contidas nas 94 disposições das Regras Mínimas, trazemos a proibição de castigos físicos, desumanos ou degradantes e a proibição da pena de isolamento como medida disciplinar (itens 31 e 32.a, respectivamente).

Da análise dos dispositivos em destaque, chega-se à conclusão de as Regras Mínimas pretendem ser um parâmetro mínimo a ser observado pelas leis de execução penal, visando a proteção da dignidade humana do preso, como ser humano e detentor de direitos e deveres. Entretanto carecem poder coativo perante os Estados, pois dependem de sua incorporação perante o direito interno.

Como bem assevera César Barros Leal as Regras Mínimas são

uma espécie de estatuto do preso comum, um documento-tipo, um repertório referencial de princípios que visam fundamentalmente à proteção de sua dignidade, de sua integridade física e moral, bem como à sua reintegração social, opondo-se a toda vexação abusiva, a qualquer privação que não esteja ínsita na lei ou na sentença. Malgrado seu caráter programático, as exigências mínimas que nelas se contém, como o ideário humanista que as impregna, cristalizar-se-ão na medida em que venham a ser adaptadas e incorporadas ao direito interno de cada país em sede constitucional ou em leis e regulamentos que disponham sobre a Execução da Pena.²⁰¹

O fato é que, mesmo naqueles países onde a legislação demonstrou vontade em se coadunar com as Regras Mínimas, tal postura não vem se confirmando na atualidade, ao ponto de encontrarmos lei, como no caso do Brasil,

²⁰¹ LEAL, César Barros. In CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. p. 334. Saliente-se que a Exposição de motivos da LEP, prevê expressamente a aplicação das Regras Mínimas para o tratamento do preso (itens 69-73)

que instituem “medidas disciplinares” como o Regime Disciplinar Diferenciado, objeto de estudo neste trabalho.

Para além das Regras Mínimas, que conforme observado têm sua força vinculante colocada em discussão, temos ainda outros tratados internacionais de direitos humanos tratando dos Direitos assegurados aos presos. É o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos que segundo Flávia Piovesan²⁰² apresenta natureza jurídica vinculante, devido ao fato de que “na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX- ter se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional.”

Assim, além daquelas disposições referentes ao tratamento do preso que permeiam todo o texto da declaração, elencamos aqui algumas disposições específicas:

Art. V: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Art. VI: “Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.”

Art. IX: “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.”

Art. XI: 1-“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

2-“Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será admitida pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”

Nota-se a importância da pessoa como sujeito de direitos, independente de autor de delitos ou não, de modo que a declaração enfatiza a proteção aos

²⁰² PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos de o Direito Constitucional Internacional*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146

direitos e garantias do preso, como forma de proteção destes perante o estado. Tudo em consonância com seu espírito de proteção Universal dos Direitos Humanos.

Saliente-se, ademais, a “juridicização” da declaração através do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, aprovados pela Assembléia Geral da ONU em 1966 e que entraram em vigor em 1976, bem como a Carta Internacional de Direitos Humanos, que mais tarde veio para reafirmar os termos da Declaração Universal.²⁰³

Nesse sentido, o **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** trouxe grandes contribuições no que se refere ao tratamento dos presos, das quais modestamente enumeramos apenas algumas, sem prejuízo das demais trazidas em seu corpo, todas em consonância com a Declaração Universal²⁰⁴:

Art. 7º: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”

Art. 9º: 1 “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos por ela estabelecidos.”

Art. 10: “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade humana”.

O referido diploma é de grande importância para a efetivação dos direitos humanos que proclama, pois de acordo com os ensinamentos de Flávia Piovesan²⁰⁵ estabelece aos Estados-partes o dever de “assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando as medidas necessárias para esse fim.” E segue a autora com uma afirmação ainda mais importante: “Ao impor aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos

²⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit. Direitos Humanos de o Direito Constitucional Internacional*. p. 158

²⁰⁴ Ver também, em relação aos direitos dos presos previstos na carta, os artigos 6º, 14 e 15.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit. Direitos Humanos de o Direito Constitucional Internacional*. p. 161

apresenta auto-aplicabilidade.”²⁰⁶ Isso equivale a dizer que não cabem mecanismos protelatórios por parte do Estado para a não execução e aplicabilidade de tais direitos, sendo sua execução e implementação passível, inclusive, de monitoramento pelos mecanismos previstos em seu texto²⁰⁷.

Além do diploma acima mencionado temos também a Convenção Contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes que, além de em seu artigo 1º caracterizar a tortura como sendo “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são inflingidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são inflingidos por um funcionário público ou outras pessoas no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência”, prevê a tomada de medidas por parte dos estados parte para o cumprimento da convenção e punição dos agentes, e traz, em seu artigo 2º, 2, a proibição de se invocar circunstâncias excepcionais, como guerra ou instabilidade interna para justificar a tortura. Importa ressaltar, mais uma vez aqui, o monitoramento dos Estados-parte, também previsto nesta convenção, que faz com que os direitos nela garantidos e que suas proibições tenham, ao menos *aparentemente* maior força²⁰⁸.

Tais dispositivos são, principalmente diante do caos instalado no sistema penitenciário brasileiro, considerados como normas diretamente aplicáveis no

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit. Direitos Humanos de o Direito Constitucional Internacional*. Op. Cit. pág. 161

²⁰⁷ São previstos como mecanismos de monitoramento os relatórios, que são encaminhados ao Comitê encarregado para que o Estado informe acerca das medidas que vêm sendo tomadas para a efetivação dos direitos previstos; as comunicações interestatais, pelas quais qualquer estado-parte pode denunciar violações ocorridas em outro estado-parte; além das petições individuais, previstas pelo Protocolo Facultativo e que podem ser encaminhadas ao Comitê pelo indivíduo que sinta seu direito violado diante do prévio esgotamento dos recursos internos.

²⁰⁸ Foi usado aqui o termo *aparentemente*, pois, de uma maneira infeliz, o que as estatísticas demonstram, apesar da criação de uma Lei contra a Tortura em nosso país (Lei 9455/97), é que os mandamentos, tanto da convenção quanto da lei não vêm sendo cumpridos, pois quando não há flagrante impunidade, as penas se encontram muito aquém do pretendido.

trato dos presos no Brasil. No mesmo sentido temos a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que define o crime e traz também garantias em consonância com o diploma analisado anteriormente, além da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do Pacto de San José da Costa Rica, que traz, dentre outras previsões, em seu capítulo II, destinado aos Direitos Cíveis e políticos, garantias aplicáveis aos presos, como a garantia da integridade física, psíquica e moral; pessoalidade da pena e função ressocializante da pena (todas previstas no art. 5º), Direito à liberdade pessoal, que no art. 7º engloba além de outras, a proibição de encarceramento arbitrário, o direito do preso a se consultar com um juiz, tão logo seja preso, e a proibição da prisão civil por dívida; o artigo 8º, que prevê garantias judiciais, como a presunção de inocência, direito de não fazer prova contra si mesmo e a igualdade. Saliente-se que todos estes tratados enunciam direitos e deveres aplicáveis a todas as pessoas, com base no respeito à dignidade humana que é atributo intrínseco de qualquer ser humano, independente de qualquer característica específica.

Destarte, vemos que previsões não faltam nos tratados de Direitos humanos acerca dos direitos e garantias dos indivíduos em geral, bem como desses mesmos direitos e garantias, expressamente no que se refere aos presos. Resta saber em que medida tais diplomas internacionais são aplicáveis e exigíveis dentro do ordenamento brasileiro e uma vez que sejam exigíveis, se nossa lei de execução Penal, mormente o Regime Disciplinar Diferenciado, objeto de nosso estudo, atende ao disposto nesses tratados.

3- Impacto dos Tratados na legislação brasileira

Dissemos que o período pós segunda guerra marca uma revolução dos direitos humanos, marcada pelo respeito à dignidade humana. E que, além deste cenário internacional, esta passagem ganha maior ênfase no Brasil na década de 80, quando da transição para o regime democrático, fase em que o Brasil cristaliza essa ótica de proteção aos direitos humanos através da assinatura de

inúmeros tratados²⁰⁹ nesse sentido, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (julho de 1989), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (28 de setembro de 1989), a Convenção sobre os Direitos da Criança (24 de setembro de 1990), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (24 de janeiro de 1992) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (25 de setembro de 1992), dentre outros diplomas ratificados na mesma época. A partir daí passa a se discutir qual seria a posição desses tratados no ordenamento jurídico Brasileiro e de que maneira eles seriam recepcionados pela legislação vigente.

É fato que um dos princípios fundamentais a reger o Brasil nas relações internacionais é a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II da Constituição Federal), assim, da análise deste mandamento constitucional poderia se extrair a conclusão de que, uma vez ratificados, os tratados sobre direitos humanos já fariam parte de nosso ordenamento jurídico, devendo ter sua execução exigida desde logo. No entanto não é assim que ocorre.

No tocante à relação dos tratados internacionais com o direito interno encontramos duas correntes doutrinárias. A corrente dualista, segundo a qual o direito internacional regula as relações Externas entre os Estados (suas regras só poderiam ser exigidas dentro do direito interno através de ato do poder Legislativo que as converta em regras de direito interno). Já o direito interno regularia as relações entre os indivíduos pertencentes àquela nação²¹⁰.

Segundo a corrente monista Direito Interno e internacional formariam uma unidade, de modo que ao ratificar um tratado, o Estado assumiria todas as obrigações dele decorrentes e que passariam a ser exigíveis em seu direito interno, independente da edição de outro diploma.²¹¹ Tal corrente parece mais acertada, na medida em que respeita o princípio da boa-fé (norma fundamental a reger os tratados internacionais pela qual o estado deve cumprir as obrigações

²⁰⁹ Flávia Piovesan. *Op. Cit. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 272-273

²¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 59

²¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit. Curso de Direito Internacional Público*. p. 60

que livremente contrair no exercício de sua soberania, e enfatizada no artigo 27 da Convenção de Viena²¹²), bem como, por, em matéria de direitos humanos, resguardar o maior número de direitos, sendo o direito Internacional complementar ao Direito Interno.

No que se refere à hierarquia dos tratados em relação à legislação pátria, que “enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”²¹³, muitas foram as discussões acerca do assunto, e as principais posições encontradas foram as seguintes:

Em primeiro lugar, trazemos a posição adotada por Flavia Piovesan²¹⁴, baseada na interpretação do artigo 5º, §2º do Texto Constitucional, com a qual concordamos, no sentido de que

ao prescrever que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais, a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional de tais direitos”

E acrescenta a autora:

“Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco de direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetro axiológico a orientar a compreensão do texto constitucional.

²¹² art. 27 “Uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para não cumprir parte de um tratado”. Neste sentido ver MAZZUOLI, Valério. Op. Cit. Curso de Direito Internacional Público. p. 64; e ARRUDA, Eloísa de Souza. ARRUDA, Eloísa de Souza. O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos. Tese de doutoramento apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- 2008. p. 230

²¹³ PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 43

²¹⁴ *Ibidem*, pág 52.

Assim de acordo com essa posição, esses direitos decorrentes dos tratados internacionais integram o “bloco de constitucionalidade”, gozando das mesmas prerrogativas inerentes às normas formalmente constitucionais e de aplicabilidade imediata após sua ratificação, nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição Federal²¹⁵.

Importante salientar, que em caso de conflito entre os direitos previstos nos tratados e aqueles previstos pelo direito interno, aplica-se a norma mais favorável à vítima, ou preceito mais favorável ao ser humano²¹⁶, afinal²¹⁷ “os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional”.

Em relação aos demais tratados internacionais, que não versem sobre direitos humanos, sustenta-se que sua hierarquia seja infraconstitucional, mas supralegal, de acordo com o artigo 102, III, b²¹⁸ da Constituição Federal, devendo se submeter ao procedimento de incorporação legislativa.²¹⁹, entendimento este que se coaduna com o princípio da boa-fé, adotado no Direito Internacional.

Há, ainda, outras correntes em relação aos tratados internacionais comuns, como a que dá aos tratados hierarquia de lei ordinária, mesmos que tragam em seu texto direitos individuais e coletivos,²²⁰ e a que afirma que todas as disposições dos tratados internacionais que enunciem direitos e garantias, não conflitantes com os dispositivos constitucionais, terão amparo constitucional, sem,

²¹⁵ PIOVESAN, Flavia. *Op. Cit. Temas de Direitos Humanos*. p. 52. A posição da autora encontra respaldo na de outros autores renomados como J.J. Canotilho, Jorge Miranda e José Afonso da Silva.

²¹⁶ Neste sentido ver ARRUDA, Eloisa de Souza. *Op. Cit. O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*. p. 237 e 240

²¹⁷ PIOVESAN, Flavia. *Op. Cit. Temas de Direitos Humanos*. P. 241

²¹⁸ Art. 102, III, CF: “Compete aos Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ao última instância , quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei Federal.

²¹⁹ 209 PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 60-68;

²²⁰ Neste sentido ver ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. Cit. Curso de Direito Constitucional*. p. 182

contudo possuir o *status* de norma constitucional, o que só ocorrerá quando repetirem ou explicitarem tais normas²²¹.

O fato é que as controvérsias que envolviam a hierarquia dos Tratados internacionais de Direitos Humanos restaram aparentemente solucionadas, a partir de 2003, com o advento da emenda Constitucional 45, que estabeleceu que tais tratados terão status de emenda constitucional desde que aprovados pela forma qualificada no Congresso Nacional (o que a doutrina condicionou chamar de “normas formalmente constitucionais”). Quanto aos demais tratados, o STF já entendia que estes ingressam em nosso ordenamento em patamar de lei ordinária, devendo obediência à Constituição Federal, posição que se reafirmou através da EC n. 45, que incluiu o §3º ou artigo 5º da Constituição.

Apesar da edição da referida emenda, parte da doutrina mostra-se resistente quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos ratificados antes de sua égide, dando a entender que estes não possuem o *status* de norma constitucional. Tal posição, com a devida vênia, parece desprovida de fundamento, conforme entendimento apresentado anteriormente, uma vez que, de acordo com o art. 5º, §2º eles já integram o bloco de constitucionalidade, através de seu conteúdo (podendo ser chamados de “normas materialmente constitucionais”).

Enfim, de tudo o que foi colocado sobre a hierarquia dos tratados que versam sobre direitos humanos, na opinião advogada neste trabalho, eles possuem caráter de normas Constitucionais, uma vez que visam ampliar o rol de direitos estabelecidos na Carta Magna, de acordo com as previsões do artigo 5º, §§ 1º e 2º e de acordo com a regra hermenêutica da máxima efetividade dos dispositivos Constitucionais. Deste modo, por se tratarem de normas definidoras de direitos e garantias, têm aplicação imediata. Assim, acredita-se não haver espaço para entendimento que, em sentido contrário, afirme que mesmo diante das obrigações assumidas livremente pelos estados signatários, se possa cogitar

²²¹ Conforme ARRUDA, Eloísa de Souza. *Op. Cit. O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*. p. 246

do não cumprimento destas obrigações, principalmente em matéria de Direitos Humanos.

4 O Regime Disciplinar Diferenciado e os Direitos Humanos Internacionais

Diante da afirmação de que os direitos humanos decorrentes dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário se incorporam ao texto Constitucional, é forçoso afirmar que o Regime Disciplinar Diferenciado viola também as obrigações assumidas internacionalmente. Já que como vimos anteriormente, as Regras Mínimas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, As Convenções Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e o Pacto de San José da Costa Rica, tratados dos quais o Brasil é signatário, além de vedarem penas cruéis, prezam também pela ressocialização do indivíduo preso.

Desta forma, o que dizer de um regime que prevê o isolamento do indivíduo, a permanência de 22 horas diárias dentro da cela e redução do número de visitas, entre outras coisas? Certamente não há como dizer que ele contribui para a ressocialização do indivíduo, pois prima pelo seu afastamento da sociedade e pretende considerar o delinqüente como coisa, de modo que o estado possa dele se utilizar para suprir a suas falhas, no sentido de que pretende com o seu afastamento garantir a paz social.

E para que não reste nenhuma dúvida, há ainda a recente posição do Relatório da ONU sobre a tortura no Brasil, divulgado em 23 de novembro de 2007, considerou ainda, de forma mais gravosa, o referido regime como uma forma de tortura, vez que submete o preso a um longo período de isolamento.

Tendo em vista a exposição sobre a influência dos tratados internacionais na legislação brasileira, verifica-se que não há como uma sanção disciplinar como o Regime Disciplinar Diferenciado sobreviver diante da lei de execução penal brasileira, que pretende a adoção das

Regras Mínimas para o tratamento do Preso e que adota todos os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais, referentes a esses indivíduos. Por conseguinte, uma sistemática como esta, que viola sobremaneira a dignidade humana, pelos sérios prejuízos psicológicos que pode acarretar àqueles que a ela são submetidos, que em nada se parece com um sistema que prima pela ressocialização e que fere o princípio constitucional da humanidade da pena, não pode ser considerada como parte do sistema penal pátrio, o que demonstra como infelizmente têm-se notado corriqueiramente a falta de técnica legislativa.

Por fim, o que se pode afirmar, mais uma vez é que o Regime Disciplinar Diferenciado não suporta uma análise sistemática de suas disposições, seja em face da Constituição, como norma instituidora de nosso Estado Democrático de Direito e suas normas decorrentes do direito interno, seja em face da análise das regras que dela passam a fazer parte através da incorporação de instrumentos internacionais.

Capítulo VIII

Posições Divergentes acerca da aplicabilidade do RDD

1- Posicionamento da doutrina

Explicitadas as possíveis vantagens de se aplicar institutos como o Regime Disciplinar Diferenciado na prevenção da nova criminalidade (a criminalidade organizada), bem como, de forma mais contundente, a inconstitucionalidade da referida sanção em face do nosso sistema Constitucional Penal, vejamos agora a opinião da doutrina sobre a constitucionalidade, aplicação e efetividade do instituto em apreço. Para tanto, já se pode adiantar, que por se tratar de assunto controverso, a doutrina diverge quanto à questão.

Guilherme de Souza Nucci, em seu Manual de Direito Penal²²², apesar de admitir poder se tratar de pena cruel, defende a aplicação do RDD no que tange ao combate ao crime organizado. Seu argumento consiste na necessidade de se dar tratamento diferenciado ao crime organizado dentro e fora dos presídios, não se podendo dar aos integrantes de organizações criminosas o mesmo tratamento destinado aos delinqüentes comuns. Entretanto, reconhece que, se os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem cumpridos fielmente, o crime não estaria organizado da maneira como está. Para o ilustre doutrinador, na situação em que nos encontramos hoje, o RDD é uma mal necessário e não pode ser tido como inconstitucional, já que a maioria dos presos, que integra o sistema prisional brasileiro vive em condições sub-humanas, que podem ser consideradas muito mais cruéis do que a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado.

Favoravelmente à aplicação do RDD temos também a opinião de Fernando Capez, que em seu Curso de Direito Penal²²³ defende a aplicação do instituto em

²²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit. Manual de Direito Penal*. p. 396 e 397

²²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral- Vol. I. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007 p.374-377

exame aos membros de organizações criminosas ou de alta periculosidade, sob argumento de que é dever do Estado proteger a sociedade e tutelar com eficácia os interesses relevantes da sociedade, de modo que, a instabilidade institucional provocada pelas ações destas organizações obriga o Poder Público a tomar medidas de cunho Legislativo e estrutural capazes de garantir a ordem Constitucional do Estado Democrático de Direito.

Na contramão destas opiniões, pregando a inconstitucionalidade do RDD temos Paulo César Busato²²⁴, que considera que pouco garantistas as características de lei que alterou a LEP, introduzindo o Regime Disciplinar Diferenciado e enxerga seus fundamentos em um modelo político-criminal violador dos direitos fundamentais do homem, capaz inclusive de prescindir de sua condição de ser humano, substituindo um modelo de Direito Penal do fato por um modelo de Direito Penal do autor (que se reconhece no Direito Penal do Inimigo, já explicitado em capítulo próprio). Acrescenta, ainda a estas idéias, a tendência à quebra do princípio da igualdade imposta pela referida legislação, que impõe uma reação penal diferenciada segundo o perfil do autor e não pelo fato praticado.

Na mesma linha de entendimento encontramos o entendimento de Rômulo Andrade Moreira²²⁵, que fixa as bases de seu argumento no desrespeito, por parte da lei em apreço às vedações Constitucionais às penas cruéis e à tortura além da previsão do respeito à integridade física e moral do preso e na impossibilidade de ressocialização de um preso submetido à estas condições.

Tais opiniões, que fixam entendimento na inconstitucionalidade do RDD encontram amplo amparo na doutrina, sendo inclusive, também neste sentido, o parecer do próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²²⁶, exarado em agosto de 2004, seguinte à edição da alteração legislativa, em

²²⁴ Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de Inimigo. Disponível na internet em <http://www.mundojuridico.adv.br>.

²²⁵ Este monstro chamado RDD. Disponível em www.amab.com.br

²²⁶ Parecer final deliberado na 295ª reunião extraordinário do CNPCP, disponível em www.mj.gov.br

dezembro de 2003. Segundo a conclusão do relatório do Conselho Nacional de Política Criminal, as regras que se referem à introdução do Regime Disciplinar Diferenciado em nosso sistema Penal, claramente confrontam com as Regras Constitucionais, as regras previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e com as regras mínimas previstas para o tratamento de presos elaboradas pelas Nações Unidas. O parecer destaca ainda a falta de preocupação do novo dispositivo com a sanidade do preso, através da possibilidade de duração excessiva, o que implica em violação à proibição do estabelecimento de penas cruéis, desumanas ou degradantes. Ressalta, ainda que o fato de o RDD não prever especificamente quais as condutas que levarão à sua incidência, retiram sua característica de sanção disciplinar, levando a crer que se trata de forma arbitrária de segregação dos presos do restante da população carceária.

Deste modo, conforme já observado, é grande a contradição na doutrina sobre a (in)constitucionalidade do RDD, sendo que as que defendem sua aplicação encontram amparo, principalmente na necessidade de tutela dos bens jurídicos difusos, dando ênfase na também necessidade de se combater o crime organizado, ressaltando o fato de que, diante da atual situação do sistema carcerário no Brasil, o Regime Disciplinar Diferenciado não seria a forma mais cruel de cumprimento de pena dentre as existentes. Por sua vez, as que repudiam sua aplicação encontram amparo em nosso sistema constitucional Penal e nos princípios que o fundam, dando maior destaque ao princípio da dignidade humana e ao princípio da legalidade, amplamente violados na existência deste instituto. A esta corrente este trabalho, com toda a humildade que pretende uma dissertação de mestrado em face da doutrina já consagrada, acrescenta a idéia de que, não basta o fato do sucateamento do sistema penitenciário como um todo para se afirmar que determinado regime/sanção não é cruel. O que se teria de levar em conta é a proibição de penas cruéis ao sistema como um todo, para que o mais rigoroso não fosse (quase que de forma jocosa) considerado o mais salubre.

9 CONCLUSÕES

Diante das colocações feitas sobre a análise sistemática do Regime Disciplinar Diferenciado em face dos Princípios Constitucionais Penais, podemos concluir que:

1- A pertinência de uma norma a um sistema é aferida por sua relação com as demais normas que o compõe. Quando se fala em sistema jurídico, levando-se em conta o ordenamento que lhe dá origem, esta pertinência será aferida, sobretudo pela co-relação lógica entre as normas deste sistema e a Constituição.

2- A Constituição, dentro de um sistema jurídico é a matriz de todos os seus elementos. Nela estarão expressos, através de princípios e regras, os valores principais eleitos pelo legislador Constituinte para serem efetivados e assegurados por todas as normas que compõe este sistema. Esta relação de pertinência fica ainda mais evidente quando se analisa a norma fundamental de um sistema, que é aquela que dá origem e fundamento à sua Constituição. No caso da atual Constituição Brasileira, que como a de muitos outros estados tem inspirações no quadro pós-guerra, e de forma mais específica em um cenário pós ditadura, elegeu-se a dignidade da pessoa humana como fundamento deste Estado Democrático de Direito, de modo que seu conteúdo há de permear todo o ordenamento brasileiro, não se podendo admitir legislações que a ela se contraponham, pretendendo violar o ser humano em sua dignidade através de sua consideração como meio e não como fim para o que quer que seja.

3- Quando se fala em Sistema Constitucional Penal, é de suma importância que se leve em conta, tanto na criação, quanto na interpretação de suas normas os Princípios Constitucionais Penais, estejam eles implícitos ou explícitos na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade da norma que com eles não tenha correspondência.

4- Tendo como base o estudo histórico das penas e de suas Teorias Justificadoras, bem como das Escolas Penais que lhes deram guarida, podemos

perceber que o Direito Penal Brasileiro adotou a chamada Teoria mista ou unificadora. De acordo com esta teoria, através dos fins previstos pelas Teorias Absolutas a pena serve como modo de retribuir o mal causado pelo infrator já em às Teorias Relativas ou utilitárias, a pena tem a finalidade de prevenção, que em sua faceta de prevenção especial positiva, irá também almejar a ressocialização do indivíduo. Conclui-se, assim em relação às penas previstas na legislação brasileira, que muito embora em determinados casos seja impossível de se alcançar estes dois fins, estas deverão ter como escopo a retribuição e a prevenção, através da ressocialização.

5- O Regime Disciplinar Diferenciado surge para atender à sede da população por legislações mais rigorosas, que deixem de lhes dar a “sensação de impunidade”. De acordo com a legislação que trouxe sua implementação, trata-se de modalidade de sanção, a ser imposta mediante cometimento de falta grave, ou fundadas suspeitas de participação em organização criminosa, o que mostra sua tendência à doutrina do Direito Penal do Inimigo, onde o criminoso não é punido pelo fato que praticou, mas sim por suas características pessoais. Entretanto, apesar de ir ao encontro das expectativas da população, há divergência na doutrina sobre sua constitucionalidade, e também sobre sua efetividade, já que sua implementação em nada modifica as ações orquestradas por organizações criminosas, apenas segrega seus chefes imediatos ou outros presos considerados prejudiciais à disciplina da Instituição carcerária.

6- O Regime Disciplinar Diferenciado se mostra como porta aberta à violação de Princípios Constitucionais Penais, mormente no que se refere à dignidade humana, já que se trata de espécie de sanção que nada mais busca do que tornar um indivíduo meio para que o Estado aparentemente atinja o fim da pacificação social; trata-se, também de grave ofensa ao princípio da legalidade, especialmente no que se refere ao seu desdobramento na previsão de leis estritas e taxativas, pelo qual se compreende que somente as condutas pormenorizadamente descritas poderão ser passíveis de sanção penal legalmente prevista, que ao revés, na lei 10.792/03 o que se prevê em duas de suas hipóteses é a incidência da sanção mediante avaliação subjetiva da autoridade;

há, ainda violação ao princípio da Humanidade das Penas, que proíbe a aplicação de penas cruéis e degradantes, o que não pode ser afastado no RDD, que conforme avaliação de especialistas, tem notável aptidão para degradar completamente a condição psíquica do preso.

7- Não se pode olvidar o valor dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em nossa legislação, especialmente na era da Globalização e do fortalecimento das relações internacionais pela qual passamos. Destarte, diante da hierarquia constitucional conferida a estes tratados pela Emenda Constitucional 45 (desde que com quórum especial) e da hierarquia conferida aos estes Tratados por parte da doutrina, com a qual se filia este trabalho, que mesmo antes da EC.45 já considerava os tratados de direitos humanos normas materialmente constitucionais, há que se concluir que o RDD ofende também as disposições dos instrumentos internacionais, que vedam a Tortura, a aplicação de penas cruéis e prezam pela integridade física e moral dos presos, além das disposições das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, adotadas expressamente em nossa Lei de Execução Penal e, de acordo com as quais deve se objetivar a ressocialização.

8- É inegável que a modernização da sociedade e, como consequência a modernização da criminalidade, faz com que surjam novos bens jurídicos merecedores de tutela penal, encontrando-se, inclusive, atualmente na doutrina, manifestações no sentido da necessidade de proteção dos bens jurídicos difusos ou metaindividuais. Entretanto, esta necessidade premente de tutela não pode redundar em abalo às estruturas do Estado Democrático, de modo que se possa prescindir da tutela ao ser humano como forma de garantia do Estado; de modo que sejam esquecidos princípios basilares como legalidade e dignidade humana.

9- Não se pode negar a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado diante de nosso Sistema Constitucional Penal, sob o argumento de que seria privilégio ao indivíduo nele inserido poder ter uma cela individual enquanto a maioria dos presos passa suas horas em um ambiente insalubre e superlotado, pois isto seria reconhecer a falha do sistema fechado, sem contudo apresentar

soluções para modificação deste quadro. O Regime Disciplinar Diferenciado não há que representar um falso remédio ao sucateamento do sistema. A tarefa da administração penitenciária, juntamente com os órgãos do Ministério Público e o Poder Judiciário, é fazer com que rigorosa e diuturnamente se cumpram as regras do regime fechado, para que desta maneira o crime deixe de se proliferar dentro do cárcere e haja real possibilidade de recuperação.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pedro Nasseti. Col. "A Obra-Prima de Cada Autor". São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARNAUD, André- Jean e LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2004.

ARRUDA, Eloísa de Souza. *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*. Tese de doutoramento apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- 2008

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Renan, setembro de 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, vol. 1- 11ª ed. atualizada- São Paulo: Saraiva, 2007

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

BONESANA, Cesare (BECCARIA, Marques de). *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte geral, tomo I: Introdução, norma penal, fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal- Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CAMILO, Roberta Rodrigues. *Evolução das Penas e o Regime Disciplinar Diferenciado*. Dissertação de mestrado apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- 2007

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª Edição, Lisboa, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral.Vol I. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral*. Vol. II Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957

CARVALHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução Penal*, 2ª edição. São Paulo: Lúmen Júris, 2007.

COSTA, Tailson Pires. *A Dignidade da Pessoa Humana diante da Sanção Penal*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

DESGUALDO, Antonio Carlos de Aguiar. *O “Regime Disciplinar Diferenciado” em face das Teorias Justificadoras das Penas*. Dissertação de mestrado apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- 2007

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal- A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio*. 3ª edição. Curitiba: editora positivo, 2004

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho Penal- común vigente en Alemania*. Trad. da 14ª por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995

FRANÇA, Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo- O caso RDD- Regime Disciplinar Diferenciado*, IBCCrim, São Paulo, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.

ISRAEL, Tatiana Lages Aliverti. *O tratamento do preso no Direito Internacional*. Dissertação de mestrado apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- 2007

JAKOBS, Günther *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003

_____. *Derecho Penal-Parte General- Fundamentos y teoria de La imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de um Direito Funcional*. v.6. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo- Noções e críticas*. 2ª Edição. Org. e Trad. André Luís Callegari & Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri, SP: Manole, 2004.

_____. e FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*, 2ª Edição. Editora Premier Máxima. São Paulo: 2005

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. (col. "A Obra-Prima de Cada Autor"). Trad. Leopoldo Holzbach, (1ª Reimpressão) São Paulo: Martin Claret, 2008

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. -7ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão- Tomos II*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

_____. *Tratado de Direito Penal Alemão- Tomos II*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos Sistemas*. Org. Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Trad. Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Goeth Institut/ICBA, 1997

_____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983.

LUIZI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3ª Ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. Rev. da trad. Zelia de Almeida Cardoso. (Coleção Obras de Maquiavel). São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª edição; São Paulo: Malheiros, 2006

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º volume. 15ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1997

_____. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, inverno de 2008.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. *Introducción al Derecho Penal*. 3ª Ed. Madrid: Editorial Ramón Areces S.A., 2005

_____ e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo- Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried e LÜDERSEN, Klaus. *Principales Problemas de la Prevención General*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: Ed. B de F, 2004

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral e Parte Especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Processo e Execução Penal*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

_____. *O Princípio Constitucional da Dignidade Humana*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Edmundo. *O Futuro Alternativo das Prisões*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002

_____. *Direitos e deveres do condenado*. São Paulo: Saraiva 1980

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos de o Direito Constitucional Internacional*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

PORTO, Hermínio Alberto Marques e SILVA, Roberto Ferreira da. *Fundamentação Constitucional da Normas de Direito Processual Penal: Bases Fundamentais para um Processo Penal Democrático e Eficiente*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Org. SILVA, Marco Antonio Marques e MIRANDA, Jorge. São Paulo: Quartier Latim do Brasil, inverno de 2008.

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

RAMIREZ, Juan J. Bustos e MALARÉ, Hernán Homarzábal. *Leciones de Derecho Penal*. Vol. II. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: Introdução à epistemologia jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *O Mito da Função Ressocializadora da Pena*. São Luiz: AMPEM Editora, 2006

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Fac-símile da edição portuguesa de Coimbra Editora, de junho de 2000).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Editora Renovar, 2006.

_____. *Derecho Penal- Parte General, tomo I- Fundamentos. La estructura de La teoria Del delito*. Trad. Diego- Manuel Luzón Peña; Miguel Diaz y Gracia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus contra os pagãos*. 2ª Ed. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 1990

SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica. Questão 92, artigo II. In Escritos políticos*. Trad. Francisco Benjamim de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1997

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra- Individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Ed.) *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, San José 1996

VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El enemigo em el derecho penal*. 1ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

Meios Eletrônicos:

Sites:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ccomitetortura.html>. Acesso em 09.05.08

<http://www.direitoshumanos.usp.br> Acesso em 10.03.09

<http://www.mj.gov.br> Acesso em 13.03.09

<http://www.stf.gov.br> Acesso em 12.01.09

<http://www.sap.sp.gov.br> Acesso em 13.03.09

Artigos publicados em meios eletrônicos:

BUSATO, Paulo César. *Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de Inimigo*. Disponível na Internet: <http://www.mundojurídico.adv.br>. Acesso em 22.05.08.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Este monstro chamado RDD*. Disponível em <http://www.amab.com.br> . Acesso em 29.07.08

ANEXOS

ANEXO I:

Números do Ministério da Justiça sobre população Carcerária em São Paulo e no Brasil²²⁷.

²²⁷ Parcial do relatório obtido no site: <http://www.mj.gov.br>

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL

DEPEN

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO PENITENCIÁRIA - InfoPen

DADOS CONSOLIDADOS



Crescimento da População Carcerária (em milhares de pessoas)

Ministério da Justiça
2008

SÃO PAULO**DEZEMBRO 2006**

Regime Fechado	Regime Semi-Aberto	Regime Aberto
Homens: 67.734	Homens: 14.999	Homens: 0
Mulheres: 5.178	Mulheres: 806	Mulheres: 0
Total: 72.912	Total: 15.805	Total: 0

Provisório	Medida de Segurança
Homens: 41.047	Homens: 874
Mulheres: 0	Mulheres: 176
Total: 41.047	Total: 1.050

Total de Estabelecimentos: 147
 População do Sistema Penitenciário: 130.814
 Vagas do Sistema Penitenciário: 95.353
 Secretaria de Segurança Pública: 13.616
 População Prisional do Estado: 144.430

**DEZEMBRO 2007**

Regime Fechado	Regime Semi-Aberto	Regime Aberto
Homens: 72.265	Homens: 18.106	Homens: 0
Mulheres: 5.230	Mulheres: 1.090	Mulheres: 0
Total: 77.495	Total: 19.196	Total: 0

Provisório	Medida de Segurança
Homens: 43.695	Homens: 1.012
Mulheres: 0	Mulheres: 211
Total: 43.695	Total: 1.223

Total Estabelecimentos: 143
 População do Sistema Penitenciário: 141.609
 Vagas do Sistema Penitenciário: 95.585
 Secretaria de Segurança Pública: 11.447
 População Prisional do Estado: 153.056

DADOS CONSOLIDADOS NO BRASIL

DEZEMBRO 2006 E 2007

BRASIL**DEZEMBRO 2007**

Regime Fechado	Regime Semi-Aberto	Regime Aberto
Homens: 154.861	Homens: 39.575	Homens: 16.704
Mulheres: 8.944	Mulheres: 2.156	Mulheres: 1.607
Total: 163.805	Total: 41.731	Total: 18.311

Provisório	Medida de Segurança
Homens: 107.968	Homens: 3.256
Mulheres: 4.170	Mulheres: 339
Total: 112.138	Total: 3.595

Total de Estabelecimentos: 1.051
 População do Sistema Penitenciário: 339.580
 Vagas do Sistema Penitenciário: 236.148
 Secretaria de Segurança Pública: 61.656
 População Prisional do Estado: 401.236

**DEZEMBRO 2007**

Regime Fechado	Regime Semi-Aberto	Regime Aberto
Homens: 148.589	Homens: 55.503	Homens: 17.518
Mulheres: 8.613	Mulheres: 3.185	Mulheres: 1.629
Total: 157.202	Total: 58.688	Total: 19.147

Provisório	Medida de Segurança
Homens: 122.334	Homens: 3.381
Mulheres: 5.228	Mulheres: 379
Total: 127.562	Total: 3.760

Total Estabelecimentos: 1.094
 População do Sistema Penitenciário: 366.576
 Vagas do Sistema Penitenciário: 249.515
 Secretaria de Segurança Pública: 56.014
 População Prisional do Estado e Sistema Federal: 422.590

ANEXO II

Texto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4162) proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em face do Regime Disciplinar Diferenciado²²⁸

²²⁸ Texto obtido através de pesquisa no site <http://www.stf.gov.br>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

1. DOS DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS

A Lei nº 10.792/2003, que "Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências", efetuou diversas alterações na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) para, dentre outras medidas, instituir o denominado "**Regime Disciplinar Diferenciado**" (RDD).

Eis o teor desses dispositivos, todos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), com redação conferida pela Lei nº 10.792/2003:

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

- I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
- II - recolhimento em cela individual;
- III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

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

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

(...)

Art. 53.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

(...)

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

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

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

(...)

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei.

Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.

(...)

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

Ao instituir, nesses termos, o “Regime Disciplinar Diferenciado” (RDD) na execução da pena, a Lei de Execução Penal (na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.792/2003), violou diversas regras e princípios da Constituição Federal.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, no exercício de sua competência legal (Art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94), comparece ao guardião da Carta Magna, para impugnar os dispositivos dos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Art. 52, caput e seus incisos e parágrafos, do inciso V do Art. 53, do Art. 54, caput e seus parágrafos, do parágrafo único do Art. 57 (para retirar o inciso V e substituí-lo por inciso IV), do Art. 58, na parte em que faz a ressalva ao regime disciplinar diferenciado e do Art. 60, caput e seu parágrafo único da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), na redação que lhes foi conferida pela Lei nº 10.792/2003.

E o faz fundamentado em parecer do membro da sua Comissão de Estudos Constitucionais e Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, José Afonso da Silva, que segue em anexo e que faz parte desta petição como se transcrito estivesse (doc. 03). Em anexo, segue também parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que, através de seu Presidente à época, ilustre advogado Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, provocou o Conselho Federal da OAB para o exame aprofundado da matéria (doc. 04).

Feitas essas considerações, passa-se a demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais combatidos.

2. INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2.1 CARACTERIZAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Conforme registrado nos pareceres do Professor José Afonso da Silva e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), três são as hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado: a) cometimento pelo preso de crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna; b) oferecimento, pelo preso, de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) no caso de recair sobre o preso fundada suspeita de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (Art. 52, *caput* e §§ 1º e 2º).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o preso está sujeito a isolamento, suspensão e restrição de direitos por tempo prolongado, de trezentos e sessenta dias (Arts. 52, I e 58), podendo ser ampliado, eis que a lei prevê a repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite do sexto da pena. A inclusão do preso no RDD, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

2.2 OS ASPECTOS FORMAIS DA APLICAÇÃO DO RDD – SANÇÃO – AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Como bem apontou o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, a própria lei denominou o Regime Disciplinar Diferenciado de **sanção**. Contudo, qual é a natureza dessa sanção? Conclui o mestre José Afonso da Silva que é a natureza de uma sobre-condenação criminal, com desrespeito às disposições constitucionais de garantia penal. Em suas próprias palavras:

“Qual a natureza dessa sanção? A dificuldade para definir a natureza da sanção está no fato de não se estabelecer um processo para a apuração dos fatos e a aplicação da sanção, se for o caso. Mas a sanção consiste no recolhimento do preso a uma cela individual, da qual só se pode sair por duas horas diárias para banho de sol, e, ao que consta, isso se realiza numa espécie de gaiola. Vale, pois, dizer que a sanção agrava a condenação criminal, com desrespeito às disposições constitucionais de garantia penal, entre as quais especialmente está o *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), pois a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado depende apenas de uma solicitação da administração penitenciária e de um despacho do juiz competente, conforme se vê dos arts. 54 e 60 da Lei de Execuções Penais com a redação dada pela Lei 10.792/2003. Não se prevê figura de processo nem de mero procedimento: só um pedido do diretor da Penitenciária e um despacho do juiz. Quer dizer, priva-se alguém da pouca liberdade que lhe cabe na prisão, sem processo. Desrespeitado o devido processo legal, desrespeitado também está o princípio do contraditório e o da ampla defesa (CF, art. 5º, LV);”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

diretor da penitenciária acusa e o juiz condena ... Tanto o devido processo legal como o contraditório e a ampla defesa constituem exigência não só do processo penal ou do processo civil, mas igualmente do processo administrativo, de sorte que, mesmo que se queira sustentar que a sanção é de natureza administrativa, ainda assim esses princípios estarão desrespeitados. Não se trata de aplicação inadequada da lei, mas é esta que, em não estabelecendo regras procedimentais, para aplicação da sanção, incide na inconstitucionalidade.

Questão mais grave é que há um caso de incriminação da mera suspeita, ainda que fundada, de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bando (art. 52, § 2º). Erige-se, assim, a suspeita em fato delituoso sujeito à mesma sanção aplicável aos que tenham, efetivamente, cometido atos incriminados. Isso é grave, ainda mais porque suspeita não é um ato nem fato do preso, porque é um elemento subjetivo de quem está suspeitando.”

Como se observa, a própria instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, nos termos efetuados pela Lei nº 10.792/2003 (ao alterar o Art. 52 da Lei de Execução Penal) já é, em si, inconstitucional, por violar as garantias constitucionais fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

2.3 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E TRATAMENTO DESUMANO E DEGRADANTE

Os termos legalmente instituídos de aplicação do RDD, que incluem isolamento prolongado do preso, incomunicabilidade, severa restrição no recebimento de visitas, entre outras medidas, **aviltam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), agredindo também as garantias fundamentais de vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (Art. 5º, III) e de vedação de penas cruéis (Art. 5º, XLVII, “e”).**

O Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu aprofundado parecer, bem apontou de que modo o RDD viola frontalmente tais princípios e garantias fundamentais:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“(…) é uma idéia que consta de uma decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, segundo a qual tortura e tratamento desumano ou degradante são, em seu significado jurídico, noções graduadas de uma mesma escala que, em todos os seus aspectos, denotam a causa, sejam quais forem os fins, de padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre e com essa intenção de afligir e dobrar a vontade do paciente. Isso atinge o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.¹

Vê-se que o ‘desumano’ e o ‘degradante’ são fatores mais sentidos do que compreendidos. Sente-se quando alguém é tratado deforma desumana ou degradante, porque constituem desvalores opostos ao valor da dignidade humana. Então, temos que buscar identificar o tratamento desumano ou degradante, a partir do princípio de que *toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.*²

Em face disso, é que se aspira que a penitenciária venha a ser um lugar de cumprimento de uma pena de privação de liberdade e não de privação de dignidade, uma agência terapêutica e não um antro de perversão.³ Qualquer forma de rebaixamento da dignidade da pessoa do preso, significa tratamento degradante. Qualquer forma de atuação que importe na fragilização psíquica do preso, significa tratamento desumano. São formas que atingem a essência da dignidade humana. O isolamento prolongado e a incomunicabilidade constituem formas de despersonalização do preso, caracterizando, por isso, tratamento desumano e degradante. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reiteradamente decidido nesse sentido, em conformidade com o art. 5º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, além do caso *Velásquez Rodrigues v. Honduras*, citado no parecer do CNPCP (f. 22), lembro o caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, em que a Corte reiterou decisão anterior, segundo a qual ‘o isolamento prolongado e a

¹ Cf. Javier Pérez Royo, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 203, p. 342.

² Cf. art. 10, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, e também art. 5º, 1, da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica (22.11.1969), dos quais o Brasil participa.

³ César Barros Leal, “El sistema penitenciário desde la perspectiva de los derechos humanos: una visión de la realidad mexicana y de sus desafíos”, em *Liber Amicorum Cançado Trindade*, tomo IV, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 450.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

incomunicabilidade coativa a que se vê submetido a vítima representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da integridade psíquica e moral da pessoa e do direito de todo detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano⁴. Acrescenta que essa incomunicabilidade produz, no preso, sofrimentos morais e perturbações psíquicas, coloca-o numa situação de particular vulnerabilidade e aumenta o risco de agressão e arbitrariedade nos centros prisionais.⁴

No Caso Cantoral Benavides v. Peru, a Corte repetiu essa posição e ampliou seus fundamentos, apoiando-se numa decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, que, invocando o art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, estatuiu que este 'proíbe em termos absolutos a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, quaisquer que sejam os atos da vítima. O art. 3º não prevê nenhuma exceção ... não admite derrogação nem sequer no caso de um perigo público que ameace a vida da nação'.⁵ Essa Corte considera que, entre os elementos da noção de tortura do art. 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, está incluída a intervenção de uma vontade deliberadamente dirigida a obter certos fins, como obter informações de uma pessoa, ou intimidá-la ou castigá-la.

A Corte Europeia, recentemente, tem assinalado que certos atos que foram qualificados, no passado, como tratamentos desumanos ou degradantes, e não como torturas, poderiam ser qualificados no futuro de maneira diferente, quer dizer, como torturas, dado que às crescentes exigências de proteção dos direitos e das liberdades fundamentais, deve corresponder uma maior firmeza no enfrentamento das infrações aos valores básicos das sociedades democráticas.⁶

Enfim, essas considerações apontam claramente para a condenação do Regime Disciplinar Diferenciado como forma de tratamento desumano ou degradante da dignidade humana do preso, violando, assim, o inc. III do art. 5º da Constituição, segundo o qual *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. Comentando esse texto, observei:

⁴ Cf. *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, San José de Costa Rica, Secretaria de la Corte, 2001, pp. 115 e 116; citam-se outros precedentes.

⁵ Cf. *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, San José da Costa Rica, Secretaria da Corte, 2001, pp. 57s.

⁶ Cf. *Caso supra*, p. 63.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

‘A condenação explícita da tortura e de tratamento desumano ou degradante é corolário necessário do reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). A rigor, a simples elevação da dignidade humana a condição expressa de fundamento da República já bastaria para resultar condenada a prática daquelas barbaridades. Mas o texto do inciso III, em tela, é uma garantia constitucional explícita daquela dignidade. O texto está também correlacionado com o inciso XLIX do mesmo art. 5º, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral’.⁷”

2.4 DO CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTOS DISTINTOS, DE ACORDO COM A NATUREZA DO DELITO, A IDADE E O SEXO DO APENADO (ART. 5º, XLVIII)

A Lei nº 10.792/2003, no que modificou a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) para instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, violou também a exigência constitucional do inciso XLIII do Art. 5º da Constituição (“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”). Esse dispositivo prevê a única forma de diferenciação constitucionalmente válida do regime prisional, diferenciação que deve ocorrer em benefício do preso e da maioria da população carcerária (em consequência, da sociedade), e não em forma de castigo.

Como explicou o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA,

⁷ Cf. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 86 e 87.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“A Constituição não admite esse tipo de diferenciação prisional. A criação do Regime Disciplinar Diferenciado deriva do desrespeito às garantias penais e processuais penais dos condenados. Especialmente, se o sistema penitenciário observasse a determinação constitucional do art. 5º, XLIII, da Constituição, não precisava instituir um tal regime. Nesse dispositivo é que se encontra a única forma de diferenciação constitucionalmente permitida no regime prisional, quando estabelece que *a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*. A diferenciação, como se vê, não é castigo, não é contra a dignidade do preso, mas a seu benefício e da maioria da população carcerária. Fora disso, tem-se o desrespeito à Constituição”.

3. DO PEDIDO CAUTELAR

Todos os graves danos à ordem jurídica constitucional que a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado proporciona, nos termos anteriormente delineados, estão ocorrendo desde 12/12/2003 (data da publicação da Lei nº 10.792/2003 no Diário Oficial e de sua entrada em vigor, segundo o seu Art. 9º).

Já se passaram mais de quatro anos de aplicabilidade - com base em autorização legal - de tratamento desumano e degradante a diversos seres humanos (temporariamente presos) em todo o Brasil.

Não existe tempo processualmente hábil para a espera do julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade. Qualquer fator de espera somente fará perpetuar o presente estado de grave inconstitucionalidade e grave violação de direitos fundamentais.

Todo esse quadro está a justificar a concessão da medida cautelar, suspendendo a eficácia dos dispositivos legais ora combatidos, até o julgamento definitivo da presente ação.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

4. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) a notificação do Exmo. Sr. Presidente da República, do Exmo. Sr. Presidente da Câmara dos Deputados e do Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração dos dispositivos legais impugnados, manifestem-se, querendo, no prazo de cinco dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;

b) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99, para suspender a eficácia dos dispositivos dos Art. 52, caput e seus incisos e parágrafos, do inciso V do Art. 53, do Art. 54, caput e seus parágrafos, do parágrafo único do Art. 57 (para retirar a menção ao inciso V e substituí-la por inciso IV), do Art. 58 (na parte em que faz a ressalva ao regime disciplinar diferenciado) e do Art. 60, caput e seu parágrafo único, todos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), na redação que lhes foi conferida pela Lei nº 10.792/2003;

c) a notificação do Exmo. Sr. Presidente da República, do Exmo. Sr. Presidente da Câmara dos Deputados e do Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração dos dispositivos legais impugnados, manifestem-se, querendo, sobre o mérito da presente ação, no prazo de trinta dias, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei nº 9.868/99;

d) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de quinze dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

e) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República, para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

f) a procedência do pedido de mérito, para que seja **declarada a inconstitucionalidade** dos dispositivos dos Art. 52, caput e seus incisos e parágrafos, do inciso V do Art. 53, do Art. 54, caput e seus parágrafos, do parágrafo único do Art. 57 (para retirar a menção ao inciso V e substituí-la por inciso IV), do Art. 58 (na parte em que faz a ressalva ao regime disciplinar diferenciado) e do Art. 60, caput e seu parágrafo único, todos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), na redação que lhes foi conferida pela Lei nº 10.792/2003

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 17 de outubro de 2008.

Cezar Britto

Presidente do Conselho Federal da OAB

Maurício Gentil Monteiro
OAB/SE nº 2.435

ANEXO III

Dispositivos das Resoluções n. 26 e 59 da Secretaria de
Administração Penitenciária (SAP)²²⁹

²²⁹ Dispositivos obtidos através do site: <http://www.sap.sp.gov.br>

Administração Penitenciária

GABINETE DO SECRETÁRIO

Resolução SAP-026, de 4-5-2001

Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado

O Secretário da Administração Penitenciária, de conformidade com a Lei de Execução Penal, especialmente o artigo 53, IV, e o Decreto 45.693/2001, considerando que:

É necessário disciplinar, dentre os estabelecimentos penitenciários, o Regime Disciplinar Diferenciado, destinado a receber presos cuja conduta aconselhe tratamento específico, a fim de fixar claramente as obrigações e as faculdades desses reeducandos;

Os objetivos de reintegração do preso ao sistema comum devem ser alcançados pelo equilíbrio entre a disciplina severa e as oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária;

O Regime Disciplinar Diferenciado é peculiar, mas, apesar de seu rigor, não pode ser discriminatório, permanente ou afrontador das disposições das Constituições da República e do Estado, e da Lei de Execução Penal,

Resolve:

Artigo 1º - O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, é próprio do Anexo de Taubaté, das unidades I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau, Iaras e de outras designadas pela Administração.

Artigo 2º - O Diretor Técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, solicitará a remoção do preso ao RDD, perante o Coordenador Regional das unidades prisionais, que, se estiver de acordo, encaminhará o pedido ao Secretário Adjunto, para decisão final.

Artigo 3º - Ninguém será incluído no RDD por fato determinante de inclusão anterior.

Artigo 4º - O tempo máximo de permanência, na primeira inclusão, é de 180 dias; nas demais, de 360 dias.

§ 1º - No decorrer da permanência do preso no RDD, havendo a prática de fato grave devidamente comprovado, deverá ser feito novo pedido de inclusão, procedendo-se nos termos do artigo 2º.

§ 2º - Os Diretores das unidades citadas no art. 1º, assessorados pelos técnicos do Centro de Segurança e Disciplina e do Núcleo de Reabilitação, poderão requerer ao Secretário Adjunto, com parecer prévio do Coordenador Regional, que reconsidere a decisão de inclusão do preso no RDD.

Artigo 5º - Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras:

I - Conhecimento dos motivos de inclusão no RDD.

II - Saída da cela para banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia.

III - Acompanhamento técnico programado.

IV - Duração de 2 horas semanais para as visitas, atendido o disposto no Artigo 1º da Resolução SAP-9/2001.

V - Permanecer sem algemas, no curso das visitas.

VI - Remição da pena pelo trabalho e pela educação, conforme a lei e a jurisprudência.

VII - Remição do RDD, à razão de 1 dia descontado por 6 dias normais, sem falta disciplinar, com a possibilidade de serem remidos, no máximo, 25 dias, e cumpridos 155 dias de regime.

VIII - A ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo anteriormente remido.

IX - Contato com o mundo exterior pela correspondência escrita e leitura.

X - Entrega de alimentos, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas.

Artigo 6º - O cumprimento do RDD exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar nova inclusão ou desprestigiar o mérito do sentenciado, salvo, neste último caso, a má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum.

Artigo 7º - A reinclusão só poderá ser determinada com base em fato novo ou contumácia na prática dos mesmos atos que levaram o sentenciado à primeira inclusão.

Artigo 8º - A inclusão e a exclusão do sentenciado no RDD serão comunicadas, em 48 horas, ao Juízo da Execução Penal.

Artigo 9º - Os casos omissos serão solucionados com a aplicação do Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais do Estado de São Paulo.

Artigo 10 - As ordens de inclusão no RDD, anteriores à presente Resolução, ficam canceladas.

Artigo 11 - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, alcançando desde logo os sentenciados já incluídos no RDD, sem prejuízo do tempo anterior de inclusão. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Resolução SAP-78/93.

Administração Penitenciária

Secretário: NAGASHI FURUKAWA

GABINETE DO SECRETÁRIO

Resolução SAP-59, de 19-08-2002

Institui o Regime Disciplinar Especial no Complexo Penitenciário de Campinas - Hortolândia.

O Secretário da Administração Penitenciária, Considerando que;

O número de presos provisórios e condenados, de periculosidade exacerbada e comportamento rebelde às normas regimentais, vem crescendo de modo considerável e preocupante no complexo prisional de Campinas - Hortolândia.

As providências de controle e repressão a esse tipo de personalidade e conduta devem ser estabelecidas no âmbito dos direitos e deveres do preso;

Representantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, da Comarca de Campinas, solicitaram da Administração Pública medidas urgentes para resolver os problemas de convívio carcerário no referido Complexo, inclusive com separação de presos, proteção às vítimas e isolamento disciplinar, resolve:

Artigo 1º - Fica criado, no Complexo Penitenciário Campinas - Hortolândia, o Regime Disciplinar Especial (RDE), a ser cumprido no Centro de Detenção Provisória de Hortolândia.

Artigo 2º - O RDE destina-se a presos provisórios e condenados da região de Campinas, cuja conduta, no convívio carcerário, esteja subsumida em uma ou mais das seguintes hipóteses:

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

II - Tentativa de fuga;

III - Participação em facções criminosas;

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

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

Artigo 3º - A ocupação inicial das vagas do RDE semi autorizada pelo Coordenador dos Presídios da Região Central, mediante a elaboração, a cargo dos diretores das unidades prisionais envolvidas, de simples lista dos nomes dos presos incluídos no artigo anterior, com a indicação do(s) inciso(s) correspondente(s).

Parágrafo único - Após a ocupação inicial, a inclusão será feita caso a caso, em petição fundamentada do diretor da unidade requerente ao Coordenador Regional, com decisão final do Secretário Adjunto.

Artigo 4º - O diretor da unidade de cumprimento do RDE poderá requerer ao Secretário Adjunto, com parecer prévio do Coordenador Regional, que reconsidere a decisão de inclusão do preso neste regime.

Artigo 5º - O tempo máximo de permanência no RDE é de 360 dias.

Artigo 6º - Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras:

I - Conhecimento dos motivos de inclusão no RDE

II - Cella coletiva de 8 pessoas;

III - Saída da sela para banho diário de 1 hora de sol;

IV - Duração de 3 horas semanais para o período das visitas, fixado em um ou outro dia da semana, conforme a divisão dos ralos da unidade prisional;

V - Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, leitura, rádio e televisão;

VI - Proibição da visita íntima;

VII - Entrega de alimentos industrializados, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constante do rol de visitas.

VIII - Remissão do RDE, à razão de do 1º dia descontado por 6 dias normais, sem falta disciplinar com a possibilidade de serem remidos, no Máximo, 51 dias, e cumpridos 309 dias de regime.

A ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo anteriormente remido.

Artigo 7º - O cumprimento de RDE exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar nova inclusão ou desprestigiar o mérito do sentenciado, salvo neste último caso, a má conduta denotada no curso de regime e sua persistência no sistema comum.

Artigo 8º - A reinclusão só poderá ser determinada com base em fatos novos ou contumácia na prática dos mesmos atos que levaram o preso a primeira inclusão.

Artigo 9º - A inclusão e a exclusão do preso no RDE será comunicada em 48 horas, ao Juízo da Execução Penal.

Artigo 10º - A Penitenciária III de Hortolândia, mantida sua estrutura administrativa de pessoal exercerá as funções de Centro de Detenção Provisória da região de Campinas.

Artigo 11º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)