

ANA KAROLINA NASCIMENTO MACHADO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: UMA ANÁLISE LEGAL E
DOCTRINÁRIA SOBRE A (IN)CONTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI/Parnaíba, como um dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Gabriel da Silva Amorim

PARNAÍBA

2013

ANA KAROLINA NASCIMENTO MACHADO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: UMA ANÁLISE LEGAL E
DOCTRINÁRIA SOBRE A (IN)CONTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI/Parnaíba, como um dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

APROVADA EM: ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Esp. Gabriel da Silva Amorim – UESPI/Parnaíba
Orientador

Profa. Esp. Maria Jesus Rodrigues de Mello – UESPI/Parnaíba
Examinadora Interno

Esp. Marcela de Paiva Laurentino
Examinadora Externa

Dedico este trabalho de conclusão de curso, ao maior amor que possuí em toda minha existência, amor que está arraigado dentro do meu peito, por tudo que ela representa para mim, a minha avó Ana Alves Fontenele (in memoriam), que dedicou parte da sua vida para me ensinar o ser e não o ter, bem como os caminhos que devemos percorrer para obter êxito nas batalhas propostas a nós, a ela serei eternamente grata, pois reconheço que tudo o que sou e serei, foi em razão de Deus ter me proporcionado a oportunidade de tê-la como minha avó, tenho plena convicção que nenhum reconhecimento será suficientemente grande para demonstrar tudo que ela fez e faria por mim!

Agradeço ao Senhor, meu Deus, pelo dom da vida e por iluminar os meus passos. Aos meus pais, em especial a minha mãe M^a do Socorro pelo incentivo, apoio e amor. Especialmente a minha avó Ana (in memorian) que me ensinou os valores que dignificam o ser humano, a ela serei eternamente grata, pois sei do amor e dedicação que ela sempre teve por mim. A Masocorro minha mãe de coração pelo apoio e amor de todas as horas, onde esteve sempre ao meu lado, compartilhando as alegrias e dificuldades já enfrentadas e, mais que isso, sendo minha fonte de coragem e inspiração para ultrapassar pelos obstáculos da vida. Ao meu irmão Joaquim Junior que está sempre na torcida e acredita em mim. Ao meu namorado Rafael Cardoso, que torna minha vida mais bela, sei que com muito amor iremos conquistar juntos os nossos objetivos. A minha irmã de coração Paula Brito Aragão, por confiar e está sempre disposta a me dá palavras de encorajamento para ir além das barreiras, as minhas tias amadas e preferidas Maria de Jesus e Ioneida Brito por serem presentes, auxiliadoras e incentivadoras sempre, aos demais familiares e parentes pelas palavras de força. A Marta, Mariano e Francisca por terem me recepcionando muito calorosamente e me ensinado o direito na prática como muito amor e paciência. Ao Gabriel Amorim, que não hesitou em aceitar o convite para ser meu orientador, pela sua assistência, paciência e dedicação na realização deste trabalho. Aos meus amigos pelo companheirismo e pelas lições de vidas compartilhadas. Ricardo, Manoel, Gilberto, Aline, Lanna, Lara e Marcelo com vocês o caminho foi mais, agradável, não deixando de ser longo, no entanto a vitória foi certa e garantida. A todos o meu muito obrigada!

Aquele que segue a justiça e a
bondade achará a vida, a justiça e a
honra.

Provérbios 21.21

RESUMO

Em razão do crescimento desenfreado do poder de organização e estruturação das facções criminosas, e servindo como resposta à sociedade que exigia uma disciplina mais gravosa dentro dos estabelecimentos prisionais, voltadas aos presos considerados de alta periculosidade, principalmente aqueles envolvidos com o crime organizado, foi instituído no Estado de São Paulo por intermédio da Resolução nº. 26/01 o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), sendo posteriormente normatizado pela Lei nº. 10.792/03. Desde então, gerando grande repercussão e polêmica acerca do instituto no meio jurídico e social. Doutrinadores divergem no posicionamento acerca da (in)constitucionalidade do RDD, onde alguns alegam a afronta os princípios constitucionais que visam resguardar a dignidade humana do preso, e outros estudiosos defendem a constitucionalidade por ser medida justa, proporcional e adequada. O presente trabalho foi elaborado em três capítulos. O primeiro trata considerações sobre as penas no sistema jurídico brasileiro. O segundo capítulo trata diretamente do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) desde a sua criação até as formas de inclusão no sistema. O terceiro capítulo dá enfoque ao tema proposto para estudo, fazendo uma análise dos aspectos legais e jurisprudências. Neste sentido o objetivo é analisar a legislação, os princípios constitucionais e as jurisprudências que fundamentam o posicionamento dos estudiosos referentes ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado. (In)Constitucionalidade. Sociedade.

ABSTRACT

Due to the rampant growth of the power of organizing and structuring of the criminal factions, and serving as a response to society that required a more severe discipline within the prisons, directed to prisoners considered highly dangerous, especially those involved in organized crime, it was established in the State of São Paulo through the Resolution no. 26/01 the Differentiated Disciplinary Regime (DDR), and subsequently regulated by Law no. 10.792/03. Since then, generating great impact and controversy over this institute within the legal and social environment. Scholars disagree in their standpoint over the (un)constitutionality of the DDR, where some claim the affront of the constitutional principles that aim to safeguard the human dignity of prisoners, and other scholars defend the constitutionality because it is a fair, appropriate and proportionate measure. This work was done in three chapters. The first consists on some considerations about the penalties in the Brazilian legal system. The second chapter discuss directly about the Differentiated Disciplinary Regime (DDR) from its creation until the forms of inclusion in the system. The third chapter focuses the subject proposed for this study, making an analysis of the legal and jurisprudential aspects. In this sense the purpose is to analyze the legislation, jurisprudence and constitutional principles that justify the positioning of scholars regarding Differentiated Disciplinary Regime (DDR).

KEYWORDS: Differentiated Disciplinary Regime. (Un)Constitutionality. Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1- CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PENAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
1.1 Sanção Penal: Conceito e características	12
1.2 Das Espécies de Pena: Privativa de Liberdade, Restritiva de Direito e Multa.....	13
1.2.1 Da Pena restritiva de direito	14
1.2.2 Da Pena de Multa.....	14
1.2.3 Da Pena Privativa de Liberdade	15
1.3 Tipos de Pena Privativa de Liberdade.....	16
1.3.1 Prisão Simples	16
1.3.2 Detenção	17
1.3.3 Reclusão	17
1.4. Dos Regimes Prisionais	17
1.4.1 Regime Fechado	19
1.4.2 Regime Semi-Aberto	20
1.4.3 Regime Aberto	21
1.4.4 Regime Especial	22
1.5 Direitos e Deveres do Encarcerado.....	22
1.6 Aspectos constitucionais de proteção ao preso	29
CAPÍTULO 2- DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)	32
2.1 Da Origem histórica.....	32
2.2 Conceito e Características do Regime Disciplinar Diferenciado.....	33
2.3 Hipóteses de Cabimento do RDD	35
2.4 Requisitos e Procedimento de Inclusão no RDD.....	36
2.4.1 Do Procedimento em caso de inclusão Preventiva no RDD.....	36
2.4.2 Do Procedimento em caso de inclusão Definitiva no RDD.....	37

CAPITULO 3- O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS	38
3.1 A repercussão e a relevância no âmbito jurídico e social da aprovação da lei 10.792/03.....	38
3.2 O Regime Disciplinar Diferenciado e as alterações na Lei de Execução Penal	39
3.3 Da (in)constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado	40
3.4 Entendimento dos tribunais acerca do Regime Disciplinar Diferenciado	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido, inicialmente procurou analisar as penas propriamente ditas, demonstrando a sua origem e posteriormente uma análise das espécies das penas, que compõem o sistema punitivo brasileiro, trazendo a baila os direitos e deveres do encarcerado.

Nesse contexto, passou a tratar do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) que é uma sanção disciplinar prisional, que tem como característica principal um maior grau de isolamento do preso, e que tem como objetivo diminuir o avanço da criminalidade, principalmente a comandada por chefes de facções criminosas de dentro dos presídios.

Com a aprovação da Lei nº 10.792/03, o RDD foi instituído, sendo aprovado como forma de dar uma resposta para a sociedade quanto ao avanço da criminalidade, ou seja, mais uma lei aprovada para satisfazer a opinião pública.

Em razão das discussões dos doutrinadores e estudiosos quanto à legalidade do RDD, que alegam a afronta aos princípios constitucionais, à problemática a ser discutida ao longo desse trabalho monográfico consiste em responder às seguintes indagações: Quais princípios constitucionais são violados pelo RDD e como este regime resguarda a incolumidade do preso e protege a sociedade?

No tocante aos objetivos específicos busca-se apresentar as penas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os direitos e deveres inerentes ao encarcerado, bem como descrever o contexto histórico em que surgiu o Regime Disciplinar Diferenciado, para que se possa ter uma noção geral da problemática, bem como discutir o entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência em face da possível (in) compatibilidade do RDD com os princípios constitucionais.

O interesse por pesquisar sobre o tema do Regime Disciplinar Diferenciado surgiu através do contáto com a seara criminal, durante o período de estágio realizado no Fórum Salmon Lustosa, junto ao estágio na 1ª e a 2ª Vara Criminal, nesta comarca, onde foi aprimorado um pensamento mais humanista acerca dos Direitos Constitucional no tocante à esfera penal, no qual o presente estudo irá contribuir tanto na formação acadêmica como na profissional, de modo a

propiciar o amadurecimento e expansão das ideias e do conhecimento a respeito do tema.

Para alcançar o objetivo proposto a monografia apresenta a seguinte estruturação: está dividida em três capítulos, a seguir explicados.

O primeiro capítulo aborda breves considerações sobre as penas utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, que permitirá ao leitor conhecer de forma mais aprofundada as penas aplicadas nos dias de hoje bem como analisados os direitos dos presos previstos tanto no texto constitucional quanto na Lei de Execução Penal (LEP).

O segundo capítulo trata do próprio regime disciplinar diferenciado abordando o contexto histórico, as principais características, formas de aplicação e de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado.

O terceiro capítulo visa expor posicionamento de doutrinadores e também dos tribunais acerca da (in) constitucionalidade do RDD, fazendo uma análise regime disciplinar diferenciado frente aos princípios constitucionais, colocando a problemática da proteção da sociedade frente à proteção das garantias e direitos individuais do ser humano, principalmente no tocante aos direitos humanos.

Desta feita, entende-se que a presente pesquisa, além da relevância pessoal acima apresentada, também possui relevância social, no sentido de alertar a sociedade sobre o dever de respeitar os direitos mínimos assegurados aos presos para proporcionar a adequada reinserção social, além da relevância acadêmica, uma vez que não há, ainda, um posicionamento unânime dos tribunais acerca da viabilidade ou não da manutenção do regime disciplinar diferenciado, frente às estatísticas crescentes dos índices de criminalidade.

CAPITULO 1

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PENAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Sanção Penal: Conceito e características

O conceito de Pena é muito discutido até hoje, embora a sanção penal tenha surgido anteriormente à organização da sociedade. O estudo da pena e sua finalidade foi evoluindo ao longo dos anos de acordo com cada período histórico, até chegar às teorias que tratam da finalidade da punição em retribuição ao mal causado ou finalidade preventiva evitando a prática de crimes, além de inúmeras definições doutrinárias.

Neste contexto, importante salientar a definição do que vem a ser pena Segundo Soler (1970, p. 342) apud Júlio Fabbrini Mirabete (Mirabete, 2000, p. 243)

A pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.

Nota-se, portanto, que o conceito de pena mesmo não estando exposto em nenhuma lei, vem sendo determinado pela doutrina com inúmeros os conceitos, sendo de grande valia o conceito moderno de pena, do professor e jurista Santos (2005, p.12), que em sua obra, Teoria da Pena, define pena como sendo:

A retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/ reforço da confiança na ordem jurídica.

Assim, faz-se necessária à observância e o respeito das penas previstas na legislação em relação a alguns princípios constitucionais, para que haja uma aplicação justa e eficaz das sanções penais.

Dessa forma, cabe dar real importância ao Princípio da Legalidade que está previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal que dispõe a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, ou seja, deverá ter existência anterior da lei para que ela possa ser imposta ao agente causador do ilícito.

O Princípio da Pessoalidade ou Personalidade que refere-se a impossibilidade da pena passar da pessoa do acusado para terceiros, nesta ótica, a pena deve atingir apenas o infrator. É a determinação do art. 5º, XLV da Carta Magna. No Princípio da Proporcionalidade, deve ser observada a relação entre o crime praticado e a pena a ser cumprida, cada delito deve ser reprimido de modo proporcional. É o que elenca o art. 5º, XLVI e XLVII da Constituição Federal, e Beccaria conceitua o princípio como:

Não é apenas de interesse comum que não se pratiquem crimes, mas, também, que sejam mais raros na proporção do mal que causam à sociedade. Portanto, por via de consequência, mais fortes devem ser os obstáculos que afastem os homens dos crimes, na medida em que se apresentem como contrários ao interesse público e na razão dos estímulos que para eles o induzem. Desta forma deve existir uma proporção entre os delitos e as penas.

Desta feita, a sanção penal é a consequência jurídica determinada pelo Estado para quem pratica de ato ilícito, culpável e tipificado, no entanto, sua aplicação, devem ser seguidos e obedecidos os direitos garantidos ao agente delituoso, visto que mesmo a pena sendo necessária como medida de justiça, reparadora e preventiva da prática de novos delitos, ela também deve promover a reinserção e recuperação do apenado com o tratamento mais proporcional e justo possível.

1.2 Das Espécies de Pena: Privativa de Liberdade, Restritiva de Direito e Multa

Visando a aplicação das penas, o Código Penal em seu artigo 32 prevê expressamente as espécies de penas adotadas pela Legislação Brasileira, declarando que as penas são: Privativa de Liberdade, Restritiva de Direito e Multa.

1.2.1 Da Pena restritiva de direito

As Penas Restritivas de Direitos estão dispostas no artigo 43 do Código Penal, sendo elas: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Nota-se, portanto que este tipo de pena tem como características a autonomia onde a pena imposta não pode ser cumulada a uma pena privativa de liberdade, e a substituição onde o magistrado determina a pena a ser cumprida em sentença e estando presentes os requisitos legais, a substitui pela restritiva de direito.

As hipóteses onde a substituição poderá ocorrer estão previstas no artigo 44 do Código Penal, que são quando o crime for doloso, o réu não poderá ser reincidente e nem ter cometido o crime com grave ameaça ou violência, além da pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a 4 (quatro) anos e quando o crime for culposos, qualquer que seja a quantidade de pena fixada será possível a substituição.

Neste sentido, deve-se ainda levar em consideração o aspecto subjetivo do agente, como os bons antecedentes, a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do condenado, além dos motivos e circunstâncias que indicam que a substituição é uma medida suficiente.

1.2.2 Da Pena de Multa

A pena de multa tem natureza de ordem pecuniária, que consiste em pagamento em dinheiro ao Fundo Penitenciário, o valor do dia-multa deve ser

determinado pelo juiz que não podendo ser inferior a 1/30 do maior salário mínimo mensal e nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário, bem como a quantidade de dias que serão no mínimo de 10(dez) dias-multa e no máximo de 360(trezentos e setenta) dias-multa, é o que está determinado no artigo 49 do Código Penal.

Vale salientar que a Multa pode ser aplicada de maneira secundária no tipo penal juntamente com a pena restritiva de direito ou privativa de liberdade, bem como de na substituição de uma pena privativa de liberdade que não seja superior a um ano.

1.2.3 Da Pena Privativa de Liberdade

Na legislação brasileira, a Pena Privativa de Liberdade tem como objetivo o cerceamento da liberdade física do agente delituoso como forma de punição correspondente a cada tipo penal incriminador, e, ainda, sua recuperação, para que o não volte a delinquir.

Apesar deste tipo de punição ser uma das mais utilizadas, vem sendo muito criticada por inúmeros doutrinadores, que alegam a sua não efetividade, no que se refere à recuperação e ressocialização do preso, em razão de toda a deficiência e desgaste do sistema penitenciário brasileiro. Neste sentido, é o entendimento de Foucault (1987, p.221).

Em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos.

Tendo a mesma linha de pensamento, deve ser observado o ensinamento de Mirabete (2011, p.238).

Apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem pena de prisão correspondente às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação do delinquente. O sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição.

Em meio ao grande número de críticas quanto a sua eficácia, existem juristas que possuem o entendimento que a pena privativa de liberdade deve continuar a ser utilizada, pois considera-se como um mal necessário que não se pode abrir mão, em virtude de ser o único meio aplicável aos criminosos de alta periculosidade, sendo assim uma forma de repressão e defesa da sociedade.

1.3 Tipos de Pena Privativa de Liberdade

As penas privativas de liberdade configuram o núcleo central de métodos de punição da sociedade contemporânea, o modo execução da pena privativa de liberdade está dividida em 03 espécies, sendo elas: Prisão Simples, Detenção e Reclusão.

1.3.1 Prisão Simples

Este tipo de pena privativa de liberdade é aplicável apenas às contravenções penais, também chamados de crime de menor potencial ofensivo, estando elencadas no art. 6º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei Nº 3.688 de 1941), onde é determinado que a pena deverá ser cumprida no regime aberto ou semi-aberto, (estes regimes de cumprimento de pena serão abordados um a um no tópico 1.4 deste Trabalho), de onde o condenado a pena de prisão simples deverá ficar separado dos condenados a pena de reclusão e detenção, posto que é tida como a forma mais branda de cumprimento de pena privativa de liberdade, devendo ainda ser cumprida em estabelecimento ou seção especial de prisão comum, sem rigor penitenciário.

Neste sentido é o posicionamento do Professor Dotti (2005, p.451).

É uma das modalidades de pena privativa de liberdade, expressa e exclusivamente cominada para as contravenções penais. Consiste na perda de liberdade a ser cumprida, sem rigor penitenciário, em

estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime aberto ou semi-aberto.

1.3.2 Detenção

Uma das espécies de pena privativa de liberdade, onde não apresenta larga diferença com a pena de reclusão, embora seja considerado mais grave do que a pena de prisão simples e menos severa que a de reclusão, em razão de ter sua aplicação ser a crimes considerados com menos graves.

A forma de cumprimento deverá ser em regime aberto ou semi-aberto como determina o artigo 33, *caput*, do Código penal, mas podendo ser o apenado transferido em hipótese excepcional para o regime fechado. A pena de detenção tem relação direta ao quantitativo da pena imposta bem como ao regime inicial de execução sanção penal.

1.3.3 Reclusão

A pena de reclusão é considerada a forma cumprimento mais rigorosa da pena privativa de liberdade, em virtude de ser designada para os crimes considerados maior gravidade, onde deverá ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. É o que determina a redação do artigo, 33 do Código Penal Brasileiro.

1.4. Dos Regimes Prisionais

Os regimes prisionais nada mais são do que a forma determinada pelo Estado para a execução das penas privativas de liberdade, sendo divididos em: Regime Fechado, Regime Semi-Aberto, Regime Aberto e Regime Especial, sendo

estes fixados no artigo 33 do Código Penal, juntamente com o local onde serão realizadas a execução de cada um, como podemos observar:

Quanto aos regimes penais, são três as espécies adotadas pelo nosso Código Penal, nos termos do art. 33, § 1o, alíneas "a", "b" e "c":

a) Regime fechado:

Execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) Regime semi-aberto:

Execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto:

Execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A legislação brasileira admite o sistema progressivo, que foi criado pelos ingleses e aperfeiçoado pelos irlandeses, que estabelece que a pena seja cumprida em vários estágios, neste sistema poderá haver progressão da pena para regime mais brando, mas podendo também haver regressão para regime mais gravoso, seguindo alguns ditames legais, objetivos e subjetivos de cada condenado. É importante destacar o entendimento de Marcão (2007, p. 115):

O sistema progressivo brasileiro adotado pela Lei de Execução Penal determina a mudança de regime, passando o condenado do mais severo para o menos severo.

É necessário para haja essa progressividade, levar em consideração o mérito do apenado, observando o comportamento, bem como o cumprimento de determinado tempo da pena. Desta forma pode-se concluir que o regime fixado em sentença condenatória não é definitivo, mas apenas o inicial.

As penas privativas de liberdade devem ser executadas de forma progressiva, passando gradativamente de um regime mais severo para um mais brando, quando forem preenchidos os aspectos legais e subjetivos do apenado, vale mencionar que é vedada a progressão de regimes por saltos.

Cabe observar o que dispõe a Lei de Execução Penal, no artigo, 112:

Art.112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento

carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Nesse sentido, importante mencionar que o sistema de progressão de regimes tem como objetivo imbuir o apenado de expectativa de obter a seu direito de liberdade antecipadamente, sendo de fundamental importância para isso que ele seja disciplinado e cumpra as normas contidas na Lei de Execução Penal, estimulando-os assim a uma boa conduta para a reinserção na vida em sociedade, é o que ensina, o Professor Doutor Santos (2005, p. 66), com os seguintes dizeres:

Os regimes de execução das penas privativas de liberdade foram concebidos para cumprir várias funções: a) condicionam a recuperação de *cotas* de liberdade suprimida, segundo duas variáveis: o *tempo de prisão* como variável quantitativa e o *esforço do condenado* como variável qualitativa (art. 33, §2º. CP); b) reforçam a justificação de privação de liberdade sob o argumento de maior adequação aos objetivos preventivos da pena criminal; c) finalmente, revalorizam a atividade judicial, vinculando o regime inicial de execução a sentença criminal condenatória, erigida em prognóstico de ressocialização (art. 33, §3º, CP).

1.4.1 Regime Fechado

É considerado o modo de execução mais rigoroso da pena privativa de liberdade, o local destinado ao cumprimento da pena em regime fechado será em um estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, em uma penitenciária, onde o apenado será alojado em uma cela individual como no mínimo 6(seis) metros quadrados, a qual deverá possuir dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ser observada a salubridade do ambiente.

Neste sentido, é válida a lição de Fragoso (1955, p.307):

Os estabelecimentos de segurança máxima se caracterizam por possuírem muralhas elevadas, grades e fossos. Os presos ficam recolhidos a noite em celas individuais, trancadas e encerradas em galerias fechadas. Existem sistemas de alarmes contra fugas e guardas armados. A atenuação dos elementos que impedem a fuga permite classificar o estabelecimento como de segurança máxima.

Este tipo de regime é fixado para início de cumprimento de pena aos condenados a pena superior a 8(oito) anos, ou em caso de pena superior a 4 (quatro) anos e não superior a 8(oito) anos se o condenado for reincidente. Tem caráter obrigatório também no início da execução da pena a realização de exame criminológico realizado pela Comissão Técnica de Classificação, que servirá para obtenção de elementos para classificar a individualização do apenado na execução.

De acordo com os artigos 89 e 90 da Lei de Execução Penal, a penitenciária masculina será edificada afastada do centro urbano, mas de maneira que não impossibilite a visitação, já a feminina deverá dispor de seção para gestantes, parturiente e de creche para assistir a criança maior de 6(seis) meses e menor de 7(sete), cuja responsável estiver presa.

O condenado fica sujeito a trabalho em comum, levando em consideração sua ocupação antes da condenação, se compatível com a execução da pena, pois, este trabalho será interno, no período diurno e deverá remunerado. Existe, ainda, uma hipótese de trabalho externo, sendo ele realizado em obras públicas, desde que tomado o devido cuidado contra a fuga e em relação à disciplina, e, do total de empregados, há que se observar o limite máximo do número de presos, que será de 10%. Porém, no repouso noturno o apenado será isolado é o que determina o artigo 36 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984).

Cabe salientar que o condenado à pena privativa de liberdade com início da execução em regime fechado poderá vir a progredir para o regime semi-aberto, desde que cumpridos os requisitos de ordem objetiva que é relacionado à quantidade de pena cumprida, que é 1/6 da pena para crimes comuns, de 2/5 para crimes hediondos ou equiparados, e sendo o condenado reincidente em crime hediondo ou equiparado deverá cumprir 3/5 da pena fixada, bem como os requisitos de ordem subjetiva que estão relacionados ao mérito, a conduta carcerária e ao bom comportamento.

1.4.2 Regime Semi-Aberto

O sentenciado a este tipo de regime cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, pelo fato de não apresentar periculosidade

como os condenados ao regime fechado. O regime semi-aberto possui rigor intermediário, entre os regimes fechado e aberto, seguindo as mesmas regras do regime fechado com a diferença que no regime semi-aberto existe maior liberdade.

No período diurno o condenado fica sujeito a trabalho comum e remunerado, como também a presença em cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior e o recolhimento noturno, é o que dispõe o artigo 35 do Código Penal.

O sentenciado ao regime semi-aberto também possui benesse da progressão, no caso para o regime aberto, devendo, assim como no regime fechado, obedecer os requisitos objetivos e subjetivos, caso o apenado tenha sido condenado diretamente no regime semi-aberto deverá o cálculo da progressão ser realizado do tempo total da pena, mas em caso de o sentenciado já ter sido progredido do regime fechado para o semi-aberto, o cálculo deverá ser realizado do restante da pena a ser cumprido.

1.4.3 Regime Aberto

Este regime deverá ser aplicado ao condenado que não for reincidente e que a pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, que poderá ter o início da execução da pena no regime aberto ou poderá adquiri-la por meio da progressão de regime, sendo executado em casa de Albergado ou estabelecimento adequado.

Tem seu fundamento na autodisciplina e na responsabilidade do condenado, visto que este permanecerá fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga é o que dispõe o artigo 36 do Código Penal.

É necessário que sejam cumpridos os requisitos do artigo 114 da LEP para o condenado poder cumprir a pena na casa de Albergado que são: estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, apresentar pelo seus antecedente e por exames a que foi submetido, a possibilidade de ajustamento ao regime e aceitação do programa e das condições impostas pelo juiz.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 117, ainda elenca que quando o condenado tiver mais de 70(setenta) anos, estiver acometido de doença grave, quando a condenada tiver filho menor ou com deficiência física ou mental ou esteja grávida poderá se admitir o recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência particular, sendo a forma conhecida de prisão domiciliar. Vem sendo admitida pela jurisprudência que quando não houver na comarca casa de albergado para que o apenado possa recolher-se, também a prisão domiciliar, como hipótese não constante no art. 117 da LEP.

1.4.4 Regime Especial

Este tipo de regime prisional determina a observância dos apenados, dando real importância para a diferenciação de estabelecimento prisional entre homens e mulheres, sendo determinado que a mulher cumpra sua pena privativa de liberdade em estabelecimento próprio e separado, com forma de minimizar suposta desigualdade, sendo este o posicionamento de Costa Junior(1995, p.136):

As mulheres deverão de cumprir a pena em estabelecimentos próprios, vale dizer, em seção adequada ao sexo, em estabelecimento próprio da mulher. Suas Condições diversas, de natureza fisiológica ou psicológica, impõe a especialidade do regime. Somente assim poderão ser observados os deveres inerentes à sua condição pessoal, Como determina a norma.

O Regime Especial tem previsão legal no artigo 37 do Código Penal:

Art. 37. As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.
Parágrafo único. Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

1.5 Direitos e Deveres do Encarcerado

A Lei de Execuções Penal (Lei nº 7.210 de 1984), tem o objetivo de dar cumprimento a sentença criminal condenatória transitada em julgado, criando assim uma relação jurídica, entre Estado sendo o sujeito ativo, e o sentenciado que é sujeito passivo, havendo nesta relação direitos e deveres para ambas as partes, que devem estar submetidos a um conjunto de normas.

Aos encarcerados, são garantidos os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, pois são decorrentes dos Direitos Humanos, sendo eles inerentes também aos presos, pois serão conservados todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, sofrendo assim apenas limitação alguns a direitos que são atingidos pela sentença, devendo os demais ser respeitados, sendo imputado também deveres ao preso, para possibilitar o bom relacionamento como os demais presos, bem como com a Administração Prisional. Assim, é o entendimento de Marcão (2010, p.68):

Tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito seu.

A Lei de Execução Penal no artigo 41 elenca quais são os direitos do preso, cabe salientar que este rol é apenas exemplificativo, pois os presos são detentores de outros direitos na condição de pessoas humanas.

Art. 41: "Constituem direitos do preso:
I – alimentação suficiente e vestuário;
II – atribuição de trabalho e sua remuneração;
III – previdência social;
IV – constituição de pecúlio;
V – proporcionalidade na distribuição do tempo para trabalho, descanso e a recreação;
VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;
X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XI – chamamento nominal;
XII – igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências de individualização da pena;
XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade de autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os Direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

O artigo 41 em seu inciso I da LEP trata do direito à alimentação suficiente e ao vestuário está diretamente ligado ao artigo 12 da Lei de Execuções Penais, pois é garantido ao preso a assistência material, para que possa preservar a vida e a saúde do preso, sendo uma alimentação saudável, com boa qualidade e quantidade, além de poder receber comida externa de seus visitantes. Quanto ao vestuário, se o preso não puder usar as roupas pessoais, a Administração do estabelecimento prisional deverá entregar o ao detento os uniformes que este irá fazer o uso, que devem atender às necessidades, e serem apropriados as condições climáticas.

O artigo 41 em seu inciso II da LEP faz referencia ao trabalho e sua remuneração, que é assegurado pelo artigo 6º da Carta Magna como um direito social, que tem a finalidade tanto educativa como produtiva, além de no artigo 39 da LEP ser considerado como um dever do preso e a não obediência implica em falta grave. Visto a impossibilidade de exercê-lo diante da falta de liberdade do preso, é dever do Estado conferir meios para que o direito ao trabalho seja preservado, mesmo que seja no interior do ambiente carcerário, e conseqüentemente o direito à remuneração, pois através das atividades laborais o preso terá meios para ser incluso na sociedade de maneira mais fácil.

O artigo 41 em seu inciso III da LEP prescreve sobre o direito a Previdência Social, como o trabalho além de direito é também um dever que favorece a habilitação social, os presos devem desfrutar de todos os benefícios da previdência social.

O artigo 41 em seu inciso IV da LEP menciona o direito da Constituição do Pecúlio, onde depois de satisfeitas as disposições legais referentes a remuneração do preso, a quantia restante do dinheiro proveniente do trabalho do encarcerado será depositada em caderneta de poupança, para que seja entregue ao

condenado quando este for posto em liberdade, que servirá para o sustento até que o mesmo consiga se readaptar na sociedade.

No artigo 41 em seu inciso V da LEP está previsto o direito à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação. As atividades laborais do preso também causam desgaste no organismo, assim, para o início de uma nova jornada de trabalho, é importante o repouso, para recuperar as energias perdidas, devendo ainda em horários adequados haver recreação, que servem para promover a saúde física e psíquica da população carcerária.

No artigo 41 em seu inciso VI da LEP dispõe sobre o exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas, desde que compatíveis com a execução da pena, afinal deve ser ocupado o tempo do condenado não só com atividades recreativas, mas também com atividades que estimulem o engrandecimento artístico, intelectual e profissional.

No artigo 41 em seu inciso VII da LEP está insculpido sobre assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, que são direitos dos presos capazes de oferecer uma vida mais digna no interior dos estabelecimentos prisionais. A assistência à saúde do preso tem caráter preventivo e curativo, que compreende atendimento médico, odontológico e farmacêutico. No que se refere à assistência jurídica, é destinada aos presos que não possuem recursos financeiros para constituir advogado, que serão assistidos pela Defensoria Pública, sendo assim observados e obedecidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. Referente à assistência educacional é importante mencionar que compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso, vez que a educação será um dos principais meios para proporcionar a reinserção do preso na sociedade.

No tocante a assistência social tem como finalidade amparar e ajudar o preso para o retorno à sociedade, diminuindo ou eliminando as frustrações e insatisfações decorrentes da internação carcerária. A assistência religiosa é de fundamental importância, por provocar mudanças nos hábitos, transformações de vidas e de valores, que são importantes no processo de readaptação ao seio social, entretanto livre ao encarcerado a participação nos eventos religiosos.

No artigo 41 inciso VIII da LEP elenca sobre proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, relacionado as notícias que tem o intento de escandalizar

e expor em caráter negativo a vida do preso, pois prejudicará a recepção do preso na sociedade quanto este for posto em liberdade.

No artigo 41 em seu inciso IX da LEP relata sobre entrevista pessoal e reservada com o advogado, que também é garantia constitucional insculpida no artigo 5º, LV, pois seria inviabilizada a ampla defesa com uso de todos os meios necessários, se fosse impossibilitada a entrevista pessoal do preso com advogado, além de ser direito garantido ao advogado, comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando se achem presos é o que está disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94, em seu artigo 7º, inciso III.

No artigo 41 em seu inciso X da LEP trata da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos, em dias determinados, onde visa o relacionamento do preso com pessoas que estejam fora do sistema carcerário, sendo de maior importância a visitação de entes familiares, pois demonstram a afeição para com o preso, além de que serão estes que irão receber o encarcerado quando posto em liberdade.

No artigo 41 em seu inciso XI da LEP faz referência ao chamamento nominal, no qual cada preso deve ter identificação pessoal, sendo chamando pelo seu nome, mas sendo livre o tratamento por apelidos.

É determinado no artigo 41 em seu inciso XII da LEP a igualdade de tratamento, pois todos os presos detêm dos mesmos direitos e deveres, salvo quanto às exigências de individualização da pena, que deve ser levado em consideração o aspecto subjetivo de cada preso, mesmo assim não podendo haver qualquer tipo de discriminação.

Ao se tratar do artigo 41 em seu inciso XIII da LEP que diz respeito ao direito de audiência especial com o diretor do estabelecimento, onde proporciona aos presos o direito de se comunicar pessoalmente, podendo assim dar ciência da realidade interna do estabelecimento, bem como fazer requerimentos para um melhor tratamento penal ao diretor do estabelecimento.

É disposto no artigo 41 em seu inciso XIV da LEP sobre o direito de representação e petição a qualquer autoridade, inclusive do Poder Judiciário, em defesa de direito, que pode ser exercido como forma de requerimento, comunicação ou reclamação, desde que seja utilizado meio legalmente autorizado.

O inciso XV do artigo 41 da LEP dá importância ao contato com o mundo por meio de correspondência escrita, ou seja, através de cartas para seus familiares e amigos desde que tenham conteúdo lícito, através da leitura e de outros meios de informação que proporcionem ao preso tomar conhecimento dos acontecimentos no meio social, para que quando estes retornem a sociedade não venham a sofrer por falta de informações importantes devido à falta de liberdade, desde que não comprometam a moral e os bons costumes.

O artigo 41 no inciso XVI da LEP menciona o atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, onde o preso deve ser informado sobre modificações na execução da pena, bem como, a quantidade de tempo restante para cumprimento sendo expedida pelo Juízo da execução independente de requisição, sob pena da responsabilidade de autoridade judiciária competente.

O parágrafo único do artigo 41 da LEP explica de maneira clara que a proporcionalidade na distribuição do tempo para trabalho, descanso e a recreação, a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados bem como o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, estes direitos poderão ser suspensos ou restringidos, se houver motivo plausível que motive a decisão do diretor do estabelecimento.

Com base nos direitos discorridos acima, pode-se concluir que a Legislação Brasileira enumera grande quantidade de direitos aos presos, que devem ser assegurados pelo Estado, como medida de recuperar e garantir a reintegração do preso na sociedade, assim preconiza sobre tais direito Mirabete (2004, p. 118):

“correspondem a cada pessoa pelo simples fato de serem seres humanos e em razão da dignidade de tal condição”.

No entanto, é público e notório a falácia da ressocialização, ainda que nos dias atuais seja algo utópico, pois mesmo com a existência de previsão legal, pode-se perceber que não há efetivação. Neste mesmo sentido é o entendimento de Evandro Lins e Silva (1991) apud César Barros Leal (2001, p. 65):

[...] é de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a impossibilidade da maioria

como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair do cárcere melhor do que quando entrou.

Neste mesmo sentido também é o posicionamento de Cesar Barros Leal, (2001, p.115):

Treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativeiro, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida ficando na cama por semanas.

Ao encarcerado também são arrolados alguns deveres a ser cumpridos, sendo o principal o de se submeter ao cumprimento da execução da pena, além de outros dispostos tanto na LEP como em regulamentos internos. É o que ensina Douglas Bonaldi Maranhão:

Primeiramente cumpre aduzir que cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena (art. 38, LEP). As normas a serem observadas quando do cumprimento da pena representam diretrizes que visam um melhor ajustamento da conduta do preso ao longo do processo executório à disciplina exigida no cárcere.

No artigo 39 da LEP estão elencados alguns dos deveres dos condenados, que deverá ser aplicado quando compatível ao preso provisório. Sendo eles: I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão a ordem ou a disciplina; V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI – submissão à sanção disciplinar imposta; VII – indenização a vítima ou aos seus sucessores; VIII – indenização ao Estado, quando possível das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X – conservação dos objetos de uso pessoal.

Caso haja o descumprimento de algum dos deveres acima elencados pode resultar em falta disciplinar que são: advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado como determina o artigo o artigo 53 da LEP ou em ilícito penal. Não

podendo o preso recusar o cumprimento da sanção disciplinar imposta, tão somente se houver a existência de irregularidades no processamento da sanção.

1.6 Aspectos constitucionais de proteção ao preso

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é tida como parâmetro norteador da Legislação brasileira, por ser a Lei Suprema, onde dispõe expressamente sobre direitos e a garantias dos cidadãos, bem como dá ênfase aos princípios que devem nortear o estudo e aplicação do direito em todo o sistema jurídico, inclusive relacionados ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal.

Os Princípios constitucionais penais, por serem reconhecidos como garantias ao cidadão, evitam ações ilegais por parte do poder público relacionados a aplicação da pena, assim no bojo da Magna Carta são citados vários direitos fundamentais assegurados aos presidiários.

Tais como o Princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerado como o alicerce para todos os demais princípios fundamentais, por ser inerente ao homem como ser humano, onde estabelece a preservação e o respeito aos direitos fundamentais, necessários para que se possa viver de forma digna, estando previsto no artigo 1º, III da Lei Suprema. Assim, leciona Prado(2002, p.120):

O homem deixa de ser considerado como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. [...] Desse modo, e coerentemente com a sua finalidade maior, o Estado de Direito democrático e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstenendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização. [...] Dai porque toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional.

A dignidade pessoa humana é uma das bases do Estado Democrático de Direito, de tal forma que a afronta à dignidade de qualquer indivíduo seja ele encarcerado ou não, macula diretamente o Estado constituído, desta forma, as garantias constitucionais do preso se fazem não como uma prerrogativa do indivíduo por si só, mas também enquanto a condição de sustentabilidade da ordem constitucional. Neste sentido esclarece sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Barroso (2009, p. 250-251):

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a idéia que informa, na filosofia, o imperativo categórico Kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se máxima de sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas não têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. (...) A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais.

O Princípio da Legalidade, está determinado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal que está em consonância com o artigo 1º do Código Penal Brasileiro, onde impedem a aplicação de pena sem prévia cominação legal além de que não existirá crime sem lei anterior que o tipifique, procurando assim evitar qualquer ilegalidade. É o que ensina Beccaria (2000, p. 20):

Apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

Devendo ainda da importância ao Princípio da humanização das penas que visa à limitação da aplicação de alguns tipos de pena, afastando assim a forma primitiva de punição, tendo o objetivo de proteger a integridade física, psicológica e moral, daí existe a vedação a aplicação de determinadas modalidades de pena como: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, é o que determina no artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal.

O Princípio da presunção de inocência, também conhecido como a não culpabilidade é outra garantia constitucional assegurada, prevista no artigo 5º, LVII, CF/88, onde esclarece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

O artigo 5º, LXI, da Lei Maior afirma que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei", desta feita tendo o direito de não ser preso, fora das hipóteses legais permitidas.

A garantia do devido processo legal, sendo assegurada a análise dos princípios do contraditório onde as partes devem ter meios equivalentes para se defenderem, e da ampla defesa que é o direito do acusado para trazer ao processo todos os elementos capazes de demonstrar a verdade, ou até mesmo o de omitir a verdade, ou ainda o direito de ficar calado, a todos os sujeitos em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme previsto no texto constitucional, artigo 5º, LV da CF.

Destarte, pode-se concluir que além destas garantias constitucionais acima citados, existem ainda vasta quantidade, que devem ser reconhecidas, garantidas e cumpridas por parte do Estado, dando atenção ao encarcerado pela situação em que ele se encontra, pois o intuito principal da prisão é o de recuperar e ressocializar o cidadão, para que este sejam devolvido ao convívio social transformado, neste sentido é o entendimento relacionado ao uso dos princípios constitucionais penais, de Bitencourt (2008, p.10):

Tem a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um direito penal da culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista.

CAPÍTULO 2

DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

2.1 Da Origem histórica

De acordo com o posicionamento de alguns doutrinadores, a existência de tratamento diferenciado para alguns presos existe desde a antiguidade, ainda que com a utilização de nomenclatura distinta da usada atualmente.

Todavia sendo imprescindível salientar que o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado inicialmente pelo Secretário da Administração Penitenciária Nagashi Furukawa, como forma de Resolução da Secretária de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo sob o nº 26, em 04 de maio de 2001, tendo como escopo a argumentação da existência de quadrilhas organizadas no interior dos presídios do estado de São Paulo e em razão da ocorrência da maior rebelião já vista no Brasil, que ocorreu no estado de São Paulo em fevereiro de 2001, após uma reforma, na Casa de Custódia que teve de volta seus líderes, que foram isolados em outras unidades prisionais. Em resposta a este isolamento rigoroso, a rebelião que envolveu 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 4 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria Pública do Estado de São Paulo.

Assim a Resolução SAP nº 26 visava à implementação de medidas administrativas que foram inicialmente adotadas em cinco unidades prisionais sendo elas: Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária I de Avaré Penitenciária de Iaras e a Casa de Custódia de Taubaté, tal medida determinaria a inclusão, permanência e exclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado, onde o tempo de permanência máximo previsto para a primeira inclusão no RDD era de 180 dias, e as demais, de 360 dias, devendo tal medida ser tomada perante a ocorrência de rebeliões ou qualquer de manifestação violenta, tendo destinação aos líderes e integrantes de facções criminosas ou àqueles cujo comportamento exigia tratamento específico.

Em 2002, no Rio de Janeiro no Presídio Bangu I, presídio de segurança máxima, ocorreram brigas entre facções rivais, que comandavam o tráfico de

drogas, sendo tal movimento liderado pelo preso Luís Fernando da Costa, conhecido como Fernandinho Beira-Mar, e teve como resultado a morte de vários traficantes, além do terror empregado na cidade, vindo a ordem de dentro do presídio, assim posteriormente veio a Resolução nº. 008 de 07 de março de 2003 no estado do Rio de Janeiro, que determinou à execução do Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES).

Com base no crescimento desenfreado do poder de organização das facções criminosas dentro dos presídios, foi enviado proveniente do Poder Executivo ao Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.073 de 2001 que alterava dispositivos da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal, tratando da normatização do instituto do RDD, assim no dia 1º de dezembro 2003 com a aprovação do projeto lei nº 5.073/2001 deu-se origem à lei nº 10792/2003, onde foi promulgada no mesmo ano, assim introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro o chamado e discutido instituto do Regime Disciplinar Diferenciado. Nesta ótica preleciona Mirabete(2006, p.149)

O regime disciplinar diferenciado foi concebido para atender às necessidades de maior segurança nos estabelecimentos penais e de defesa da ordem pública contra criminosos que, por serem líderes ou integrantes de facções criminosas, são responsáveis por constantes rebeliões e fugas ou permanecem, mesmo encarcerados, comandando ou participando de quadrilhas ou organizações criminosas atuantes no interior do sistema prisional e no meio social.

Assim, por muitos estudiosos o entendimento é de que a Lei nº 10792/2003, foi criada em um momento de clamor social, buscando dar uma resposta instantânea aos delitos praticados por organizações criminosas que chocaram a sociedade, comandadas de dentro dos estabelecimentos prisionais.

2.2 Conceito e Características do Regime Disciplinar Diferenciado

O desenfreado crescimento das organizações e das estruturas das facções criminosas, além das constantes rebeliões realizadas por presos reivindicando melhorias e com a ineficiência do sistema prisional brasileiro, foram as

condições necessárias para a implantação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

A própria nomenclatura indica o termo "disciplina" que etimologicamente significa, a instrução e a direção dada por um mestre a seu discípulo, instruir, educar, treinar, dando idéia de modelagem total de caráter e a palavra "diferenciado" deriva de diferente e significa que difere, desigual, variado, não igual, nesta baila entende-se que o Regime Disciplinar Diferenciado, é uma espécie de disciplina diferenciada, uma sanção disciplinar penitenciária mais rígida e com caráter punitivo, e encontra-se disposto no artigo 53, V da LEP, no rol que elenca as sanções disciplinares.

De forma clara, pode-se observar que o RDD não é um novo regime de cumprimento de pena, mesmo sendo imposto ao preso provisório ou condenado com sentença transitada em julgado à pena privativa de liberdade, em razão de primar pela ordem e a segurança no ambiente prisional e todos os presos devem estar sujeitados a disciplina e as regras estabelecidas, sendo caracterizado pelo isolamento quase que completo do encarcerado com a realidade fora do presídio. Mirabete (2006, p. 149) ensina que:

O RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior.

Por meio de decisão motivada e fundamentada pelo Juízo da Execução o RDD deverá ser aplicado ao preso que cometeu falta grave, constituída como crime doloso, ou quando simplesmente ensejar uma suspeita ou representar um risco à ordem, paz e bom funcionamento da unidade prisional, e até mesmo da sociedade.

As características do RDD estão dispostas no artigo 52 da LEP, sendo elas: a duração máxima de (360) trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição o da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada, o recolhimento em cela individual, mas segundo os padrões impostos pela LEP, visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e o preso terá direito à saída da cela por 2(duas) horas diárias, para banho de sol.

2.3 Hipóteses de Cabimento do RDD

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) tem sua aplicação nos moldes do artigo 52 da Lei de Execução Penal – LEP, onde é determinado da seguinte forma:

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. (BRASIL, 1984)

O Regime Disciplinar Diferenciado é aplicado em penitenciárias de segurança máxima, conforme o artigo 52 da LEP, que dispõe sobre cabimento, que se dá apenas em 3 (três) hipóteses, sendo estas mencionadas e comentadas a seguir.

A) Pela prática de fato previsto como crime doloso, que é uma falta grave, e está disciplina no art. 52, caput, LEP e a desobediência a ordem e disciplina no interior do presídio, causando tumulto, que é definida no art. 52, §1º, in fine, LEP é necessário a presente os dois requisitos concomitante;

B) Quando o encarcerado apresenta risco a ordem e a segurança do estabelecimento prisional, de acordo com o art. 52, §1º, primeira parte, LEP não bastando para definir a personalidade do agente, a gravidade da prática do crime, devendo assim existir dados concretos que comprovem o risco que o preso representa para a ordem e segurança.

C) quando forem tidas fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, do preso a qualquer tipo de organizações criminosas, quadrilha ou bando conforme o elenca art. 52, §2º, LEP, com a presença do subjetivismo, fica a mercê do aplicador da lei o entendimento a respeito das suspeitas fundadas, que devem ser baseadas nos atos por eles praticados no sistema penitenciário.

2.4 Requisitos e Procedimento de Inclusão no RDD

Poderá haver a inclusão do preso provisório ou definitivo, no regime disciplinar diferenciado, nas formas preventiva ou definitiva.

Para que haja a inclusão depende de requerimento motivado do Diretor do estabelecimento ou de outra autoridade administrativa, sobre tal requerimento deverá existir a manifestação prévia do Ministério Público e da defesa, em seguida o despacho do juiz competente, não podendo o magistrado decretar a inclusão *ex officio*, deverá no prazo de 15(quinze) dias o juiz prolatar a decisão que entender cabível, determinando a inclusão ou não do preso.

Em caráter de extremo, a autoridade administrativa, pode decretar o isolamento ou a inclusão no regime preventivo do preso, sem possibilidade de prorrogação ou nova decretação pelo mesmo fundamento, com prazo máximo de 10 dias, mas garantindo o cômputo do tempo de isolamento preventivo no período de cumprimento da sanção disciplinar definitiva, é o que regula o artigo 60, parágrafo único da LEP, terminando o prazo, ou retorna o preso à condição em que se encontrava anteriormente ou se determina a inclusão definitiva no RDD, em acordo com o artigo 52 da LEP.

2.4.1 Do Procedimento em caso de inclusão Preventiva no RDD:

Cabe salientar que embora o Regime Disciplinar Diferenciado seja sanção disciplinar, apenas poderá ser concedido pelo juiz competente, através de decisão

judicial fundamentada, a requerimento da autoridade administrativa de acordo com o art. 60, *caput*, da LEP.

Sendo assim, a inclusão preventiva somente é cabível quando for interesse da disciplina ou para averiguação de fato que assim necessite, podendo ser decretada pela própria autoridade administrativa, enquanto espera pela decisão judicial, que o prazo para o transcurso incidente e execução seja de 15(quinze) dias, desta feita para muitos estudiosos o entendimento seja que somente pode ser feito após autorização judicial.

Assim, poderá ser concedida a inclusão preventiva, pelo prazo de 10 (dez) dias, a critério exclusivo da autoridade administrativa, posteriormente, havendo a detração do tempo a ser cumprido por decisão judicial.

2.4.2 Do Procedimento em caso de inclusão Definitiva no RDD

Quanto à inclusão definitiva no Regime Disciplinar Diferenciado, faz-se necessário a decisão do Juiz da execução penal, que tem o prazo para o transcurso incidente a execução seja de 15(quinze) dias, que necessita do parecer prévio do *Parquet* bem como da defesa.

A legitimidade para requerer tal medida é da autoridade administrativa do sistema prisional, devendo ser fundamentado, o juiz não pode determinar a inclusão de ofício, e nem o Membro Ministerial pode requerer a inclusão no regime disciplinar diferenciado.

CAPITULO 3

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

3.1 A repercussão e a relevância no âmbito jurídico e social da aprovação da lei 10.792/03

O projeto de Lei nº 5.073/03 foi oriundo do Poder Executivo, enviado pelo o presidente Fernando Henrique Cardoso ao Congresso Nacional, onde percorreu um largo percurso até 1º de dezembro de 2003, onde foi aprovada a Lei nº 10.792, que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, modificando assim dispositivos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210) e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689).

Desde então o Regime Disciplinar Diferenciado causou e vem causando grande polêmica no âmbito jurídico-social, por muitos entenderem que esta Lei como outras tantas, foi criada e sancionada para satisfazer a opinião pública, em resposta à crescente violência urbana, ao aumento da criminalidade, da insegurança, das rebeliões e do poder que vêm adquirindo as facções criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Além da ênfase dada aos questionamentos quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do referido regime de disciplina, percebendo assim que para haja a elaboração de uma lei justa, eficaz e constitucional é imprescindível que esta seja estudada, discutida e planejada, sob pena de causar uma desordem no mundo jurídico e social.

Como no caso em tela, onde muitos afirmam a existência da inconstitucionalidade alegando que a intenção do RDD foi a de tornar mais rígidas as regras para diminuir os efeitos nocivos da criminalidade, com intuito de responder aos anseios da sociedade, neste sentido, este instituto serve como afronta a Lei Maior, a inúmeros princípios constitucionais, bem como normas e tratados de Direitos Humanos. De outra banda, exista quem defenda que a constitucionalidade está presente no RDD, por ser a medida mais adequada e totalmente proporcional à

ofensa sofrida pela sociedade, não violando nenhum dispositivo ou princípio constitucional.

3.2 O Regime Disciplinar Diferenciado e as alterações na Lei de Execução Penal

A Lei nº 10.792, que instituiu o RDD, alterou alguns dispositivos dentre eles, os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60 da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/82) bem como alguns dispositivos do Código de Processo Penal, que exsurtiu como forma reavivar o poder do Estado sobre os estabelecimentos prisionais.

Inicialmente, vale mencionar que o Regime Disciplinar Diferenciado tem natureza jurídica de sanção disciplinar, elencada no artigo 53, V, da LEP, como forma de manter a ordem e a segurança interna nas unidades prisionais e na sociedade, que é caracterizado pelo isolamento quase que completo do encarcerado com a realidade fora do presídio, servindo como uma espécie de punição aqueles presos que não obedecessem as regras. Assim ensina Mirabete (2006, p. 149):

O RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior.

Nesta linha de pensamento, não há que se falar em um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes aberto, semiaberto e fechado, ficando claro o RDD ser uma penalidade imposta em face de desobediência dos deveres dos presos. Portanto, o RDD se aplica como regra a preso provisório ou condenado com trânsito em julgado a pena privativa de liberdade que dentro do estabelecimento penitenciário descumpra seus deveres.

O artigo 52 da LEP passou trazer as características, requisitos, procedimentos, hipóteses de cabimento, do RDD, ou seja, a forma de aplicação, duração, recolhimento e as situações em que o preso será submetido a esse regime.

A sanção disciplinar imposta à falta grave constituía antes da existência da Lei 10.792/03, era aplicada a suspensão de direitos e isolamento na própria cela (art. 57, parágrafo único da LEP), não podendo ultrapassar 30 dias (art. 58 da LEP). Com o surgimento da Lei 10. 792/03 foi incluído ao artigo 52 inciso no qual se prevê a inclusão do preso no RDD, independente da apreciação formal da falta, ou seja, mesmo não sendo apurada no procedimento administrativo, desde que posteriormente decida pelo juiz com manifestação prévia do *Parquet* e da defesa, onde trata da inclusão provisória no RDD, quando o apenado apresentar as características previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 52 da LEP, haverá a possibilidade de ingresso no novo regime de pena.

O artigo 54 da LEP determina que deva haver requerimento circunstanciado do diretor do estabelecimento prisional ou de outra autoridade administrativa, para que haja a inclusão ou não do preso no RDD e a decisão terá o prazo de 15(quinze) dias, que trata da inclusão definitiva no RDD.

O artigo 58 da LEP foi reformulado, pondo à exceção a regra dos 30 dias como período de tempo máximo para isolamento celular. Será submetido ao RDD o preso por falta grave ou subverta a ordem e a disciplina, nas seguintes especificidades: (a) duração de 360 (trezentos e sessenta) dias; (b) recolhimento em cela individual; (c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, por 02 (duas) horas; (d) saída diária, por 02 (duas) horas, para banho de sol.

O artigo 60 da LEP, com a nova redação, deu início ao uso da detração no RDD, onde o Diretor do estabelecimento penitenciário, pode preventivamente decretar o isolamento do preso que comete falta grave por 10 dias, onde esperará por decisão judicial, e caso o juiz decida por incluir o preso definitivamente no RDD, o tempo já cumprido de isolamento será detraído do tempo a ser cumprido no RDD;

3.3 Da (in)constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado

A Lei nº 10.792/03 que implantou o Regime Disciplinar Diferenciado tem gerado relevante polêmica tanto no meio jurídico como no meio social, em razão do posicionamento de doutrinadores, operadores do direito e dos submetidos ao

confinamento no tocante à (i)legalidade do RDD, onde alguns alegam a existência da constitucionalidade por o RDD tratar de um regime constitucional e necessário, onde acreditam na eficácia deste regime mais severo.

Contudo, outros possuem o entendimento diverso, pugnando pela existência da inconstitucionalidade, sob alegação de confrontar os princípios constitucionais, as normas e tratados de Direitos Humanos e a incompatibilidade com dispositivos da Carta Maior vigente.

A corrente de estudiosos que acreditam na constitucionalidade do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado assegura não existir qualquer violação aos princípios Constitucionais e nem a qualquer direito fundamental da pessoa do encarcerado, sendo, entretanto, considerado como meio necessário de disciplina e segurança dos outros encarcerados e da sociedade em geral, nesta linha de pensamento, os autores que sustentam a constitucionalidade do referido regime, ensina que os indivíduos diferentes devem ser tratados na medida de suas diferenças, fundamentando sua tese nos princípios constitucionais de igualdade disposto no art. 5º, caput, CF/88 e individualização da pena elencado no artigo 5º, XLVI, CF/88

Nesta ótica, existem dentre outros, os estudiosos Nucci, Capez, Magalhães e Silva que tem entendimento firmado acerca da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, sendo uma medida necessária, posto que, segundo o entendimento desta corrente, a previsão legal de proteção aos direitos do preso não deve prevalecer sobre os interesses de proteção e segurança da sociedade, e o direito dos demais presos deve prevalecer em detrimento aos direitos dos presos que cometem faltas graves que ocasionam a subversão da ordem interna dos presídios e externa, neste sentido é manifestação de Mariano da Silva (2008, p.04):

O RDD é um mal necessário sem o qual o sistema prisional implodiria e a sociedade seria diretamente afetada. Esse regime é necessário para impedir e prevenir a quebra da disciplina e da ordem nas unidades prisionais, não existindo qualquer outra medida em nossa legislação que possua a eficácia do RDD. [...] Destarte, perfeitamente constitucional e legal o regime disciplinar diferenciado.

Nesta mesma senda é o entendimento, Magalhães (2007 p. 06):

Com vigor, cabe sublinhar que não se está defendendo aqui que o RDD seria o remédio para todos os males do sistema carcerário brasileiro, sob a inspiração do movimento da lei e da ordem ou do expansionismo punitivo. Nada disso! Trata-se, como visto, de providência enérgica, porém, diante de certas circunstâncias, um autêntico "mal necessário". Ao contrário do que defendem os mais afoitos, o RDD não é um mero subproduto do denominado "Direito Penal do Inimigo" ou um retrocesso institucional. Ao revés, verdadeiro retrocesso seria admitir que o Poder Público se curvasse ou quedasse inerte diante de veementes acintes e constrangedoras ameaças de desequilíbrio.

Nesse sentido também, ou seja, pela constitucionalidade do RDD, é o entendimento de Capez:

Entendemos não existir nenhuma inconstitucionalidade em implementar regime penitenciário mais rigoroso para membros de organizações criminosas ou de alta periculosidade, os quais, de dentro dos presídios arquitetam ações delituosas e até terroristas. É dever constitucional do Estado, proteger a sociedade e tutelar com um mínimo de eficiência o bem jurídico. É o princípio da proteção do bem jurídico, pelo qual os interesses relevantes devem ser protegidos de modo eficiente. O cidadão tem o direito constitucional a uma administração eficiente (CF, art. 37, caput). Diante da situação de instabilidade institucional provocada pelo crescimento do crime organizado, fortemente infiltrado no sistema carcerário brasileiro, de onde parte grande parte de crimes contra a vida, a liberdade e o patrimônio de uma sociedade cada vez mais acuada, o Poder Público tem a obrigação de tomar medidas, no âmbito legislativo e estrutural, capazes de garantir a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Prova da importância que nossa CF confere a tais valores, encontra-se no seu art. 5º, caput, garantindo a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como no inciso XLIV desse mesmo art., o qual considera imprescritíveis as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Assim, cediço que não existem garantias constitucionais absolutas, e que essas devem se harmonizar, formando um sistema equilibrado.

Uma das ideias, do RDD é tentar separar os criminosos de alta periculosidade daqueles considerados pequenos infratores, para que possa assim tentar recuperar aqueles que apresentem alguma possibilidade de retorno ao convívio social, preservando assim a segurança individual destes, pois o internamento prisional é uma verdadeira escola para o aperfeiçoamento da marginalidade, já que a reinserção dos presos no meio social, no Brasil, não passa de utopia, pois o Estado tem se mostrado extremamente falho na sua missão de promover condições adequadas para atender às demandas da população carcerária,

que só aumenta a cada dia, e com a presença dos problemas existentes nas estruturas físicas dos estabelecimentos, da ausência de condições adequadas para alimentação, higiene, saúde e, claro, da superlotação dos presídios, onde fica demonstrado o total abandono e falência do sistema penitenciário.

O RDD é tido como proporcional à ofensa sofrida pela sociedade, vez que é considerado como a medida mais adequada, necessária e as suas vantagens são maiores as suas desvantagens, não existindo crueldade, tortura, tratamento desumano ou degradante, vez que o preso não sofre abusos morais ou físicos, ocorrendo apenas uma limitação aos direitos em resposta à forma de comportamento do próprio preso, sendo assim para essa corrente doutrinária clara e notória a constitucionalidade do RDD.

Para os que fixam o pensamento na inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei nº 10.792/03 que regulamenta o RDD, viola os princípios constitucionais, dispositivos da Constituição Federal de 1988 além de normas e tratados de Direitos Humanos, onde destroem qualquer possibilidade de ressocialização do indivíduo, gerando assim uma verdadeira vingança social, por causar não só desequilíbrio emocional, como também psicológico e mental.

A aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado é entendida como inconstitucional por José Adaumir Arruda da Silva, Santos, Rômulo de Andrada Moreira, Arthur Corrêa da Silva Neto e Mesquita Júnior, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, dentre outros doutrinadores.

Entendem que o RDD, anda na contramão de vários princípios, entre eles, conflita diretamente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana da humanidade, que serve de fundamento para o Estado Democrático de Direito como preceitua o art. 1º, III da CF, onde indica que o Estado deverá dispor condições mínimas para que o homem tenha uma vida digna. A Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 5º, § 2º, bem como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no art. 10, § 1º, asseguram a todos os seres humanos, sem distinção, independente da situação que a pessoa se encontre, o tratamento humano e os direitos essenciais para o livre desenvolvimento e formação de sua personalidade e caráter.

A lei Maior em seu art. 5º, III, XLVII "e", XLIX, ainda garante a não adoção de tortura, de tratamento degradante ou desumano, a não aplicação de penas

cruéis, sendo assegurado aos presos integridade física e moral, conforme sintetiza Rômulo de Andrada Moreira (2006):

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranquilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, "e", CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Na mesma linha de pensamento preleciona Moura(2007, p.283)

O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime disciplinar diferenciado viola a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 1º, inciso III, da vigente Constituição da República. Mas não para por aí a inconstitucionalidade. A Lei Maior assegura, como um dos princípios de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º), estando disposto no art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor no Brasil (...). O mesmo direito está assegurado no art. 5º, III, da Constituição da República, que também garante, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX). O regime disciplinar diferenciado representa sobre pena cruel e degradante, que alvita o ser humano e fere a sua dignidade, infligindo-lhe castigo físico e moral, na medida em que impõe ao preso isolamento celular absoluto de vinte e duas horas diárias durante um ano, prorrogável até 1/6 da pena.

Nesse sentido, é perceptível o desrespeito e descumprimento do que a Lei Maior determina, segundo os adeptos da inconstitucionalidade, já que o RDD viola direitos materialmente fundamentais elencados na Carta Magna, pois declaram que o cárcere individual pelo determinado no RDD, perfaz pena degradante, destruindo a dignidade física e psicológica do preso, gerando transtornos psicológicos e psiquiátricos, que em nada ajudarão para a reinserção do internado na sociedade, comprometendo assim o que art.1º da LEP dispõe quanto as funções da execução penal, que são: cumprir a sentença e promover condições para a ressocialização, representando uma violação ao princípio da humanidade. Assim é o posicionamento do professor Santos (2005, p. 77):

Entendo ser o RDD inconstitucional, fundamentando que o referido regime:

- a) Constitui violação da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, definido no art. 1º da Constituição Federal;
- b) Representa instituição de pena cruel, expressamente excluída pelo art. 5º, XLVII, "e", da Constituição Federal;
- c) A indeterminação das hipóteses de aplicação do regime disciplinar diferenciado infringe o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), porque subordina a aplicação da sanção disciplinar a critérios judiciais subjetivos e indiossincráticos: primeiro, é indeterminável a quantidade de alteração necessária para configurar o conceito de subversão da ordem ou da disciplina (art. 52, LEP); segundo, é indeterminável a quantidade de risco definível como alto para a ordem e a segurança da prisão ou da sociedade (art. 52, § 1º, LEP); terceiro, é indefinível o conceito de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, LEP).

No que tange ao Regime Disciplinar Diferenciado, não restam dúvidas quanto a crueldade demonstrada, tanto quanto ao isolamento, como a forma do presidiário sofrer uma sanção imposta dentro de uma sanção já sofrida, que seria a prisão em si, assim é posicionamento de inúmeros juristas, que lutam pela inaplicabilidade deste instituto, para que vejam assim a predominância da nossa Constituição Federal de 1988.

3.4 Entendimento dos tribunais acerca do Regime Disciplinar Diferenciado

Após uma análise comprometida com os princípios constitucionais, poderia se presumir que a jurisprudência pátria se posicionasse de forma unânime pela inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, pois, este segundo seus críticos, fere, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, a individualização da pena, e, ainda, acaba tornando mais utópica a ressocialização do apenado, quando aplica-lhe um isolamento severo, que pode chegar a até 360 dias.

Entretanto, embora vacilante a jurisprudência, percebe-se que os tribunais brasileiros, em sua maioria, posicionam-se pela constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado como podemos observar pelos julgados abaixo, extraídos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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

1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003. 2. O regime diferenciado, afora a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade". 3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei nº 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada. 4. Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias. 5. Ordem denegada. (HC 44049 / SP -2005/0077809-8; Ministro Relator HAMILTON CARVALHIDO; Órgão Julgador; T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 12/06/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 19/12/2007 p. 1232)

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

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal.

5. Ordem denegada.

(HC 40300/ RJ HABEAS CORPUS 2004/0176564-4; Ministro Relator ARNALDO ESTEVES LIMA; Órgão Julgador; T5 - QUINTA TURMA; Data

do Julgamento: 07/06/2005; **Data da Publicação/Fonte:** DJ 22/08/2005 p. 312 RT vol. 843 p. 549)

O STJ em outro momento, através de sua Quinta Turma, novamente se posicionou pela constitucionalidade da sanção disciplinar, publicando em seu informativo de nº 407 o julgado a seguir:

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. REQUISITOS.

Não há qualquer ilegalidade na submissão do paciente ao regime disciplinar diferenciado (art. 52, I, §§ 1º e 2º, da Lei n. 7.210/1984, na redação dada pela Lei n. 10.792/2003), pois todos os requisitos legais necessários à sua imposição estão presentes no caso: há requerimento circunstanciado do diretor do estabelecimento penal, prévia manifestação do MP e da defesa, além do despacho do juiz competente. Consta que o paciente pertence a conhecida facção criminosa, é mentor e líder de planos de fuga que só não se concretizaram devido à sua transferência para outro presídio. Outrossim, a sindicância instaurada que ao final concluiu pela participação do paciente na qualidade de líder do grupo insurgente foi devidamente acompanhada por advogado constituído. **HC 117.199-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 15/9/2009.**

Esses julgados apontam que seria o RDD uma sanção necessária para frustrar a atuação da criminalidade organizada.

Encontra-se também nos bancos jurisprudenciais julgados declarando inconstitucionalidade do RDD. No recente julgado abaixo oriundo do TRF da 1ª Região, pode-se observar claramente que o Desembargador Relator responsável pela lavratura do Acórdão, o faz com duras críticas ao Regime Disciplinar diferenciado, a seguir:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA, GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA.

1. Garantia da Ordem Pública: Agente que tem um viés para o ilícito penal. A reiteração está demonstrada. A prisão preventiva para garantir a ordem pública se faz necessária, não para preservar a vida do paciente ou para assegurar a credibilidade das instituições, em especial o Poder Judiciário, ou em razão da gravidade do crime. As probabilidades para que o paciente persista na senda do crime são grandes. Não se trata de meras suposições.
2. Prisão federal de segurança máxima: O RDD (regime disciplinar diferenciado) a que estão submetidos os presos da prisão federal de segurança máxima é monstruoso. O preso fica em cela individual monitorada

por câmera, em alguns períodos, há saídas para o banho de sol por apenas duas horas diárias, sem poder conversar com ninguém, em outros casos não sai ele da cela, o teto é aberto para entrar o sol. Fica isolado vinte e duas horas por dia. O preso é proibido de assistir televisão, ouvir rádio e ler revistas e jornais. A comunicação com os carcereiros é indireta. Os funcionários do presídio utilizam microfones ligados a caixas de som nas celas para passar as ordens ao preso.

3. O RDD avilta o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, agride as garantias de vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante. É um regime criminal.

4. O paciente não apresenta solto, risco para a ordem social, para a sociedade.

(HC 0012963-55.2012.4.01.0000 / GO; HABEAS CORPUS; DESEMBARGADOR TOURINHO NETO; 3ª turma; Publicação: 18/05/2012 e-DJF1 P. 887; Data Decisão: 02/04/2012).

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade do RDD, alegam que o regime é cruel e degradante com o apenado. Ora, o Estado demonstra sua falência a partir do momento em que, por exemplo, um alto traficante consegue comandar os negócios de sua quadrilha de dentro de um presídio. Isso faz concluir que o Estado tem muitos ajustes a fazer em seu sistema prisional, e o Regime Disciplina Diferenciado é apenas uma medida imediatista, baseada na maquiavélica ideia de que o fim justificam os meios, ainda, que esses meio sejam ferir os princípios constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciar o presente trabalho monográfico tinha-se como objetivo precípua o estudo do Regime Disciplinar Diferenciado, tomando como ponto de partida os princípios constitucionais e a sua efetividade.

Nesse sentido, além da pesquisa bibliográfica que possibilitou ampliar o campo de visão da problemática investigada, expandindo da análise estritamente legalista, ou seja, buscando compreender o tema a partir da base principiológica trazida pela Constituição de 1988, foi possível compreender mais claramente a posição dos doutrinadores. Uns sustentando que o RDD não afronta qualquer dispositivo constitucional; outros interpretando que esta não foi uma boa opção por parte do legislador infraconstitucional, seja pela afronta aos direitos humanos dos presos, seja pela ineficácia no mister de diminuir os índices de criminalidade.

A partir da abordagem histórica foi possível constatar que, apesar da evolução da legislação no sentido de humanizar a aplicação da pena e buscar a ressocialização, a concretização desse direito a partir das políticas públicas ainda resta como algo utópico.

Mesmo conhecendo de forma mais aprofundada os direitos assegurados aos presos nas mais diversas legislações (Constituição Federal e Lei de Execução Penal, especialmente) a realidade demonstra uma série de violações a esses direitos inerentes aos presos.

A partir da análise do Regime Disciplinar Diferenciado, expondo a repercussão no âmbito jurídico e social do referido gravame na disciplina carcerária, foi possível constatar as modificações introduzidas na execução penal, a partir das mudanças previstas pela Lei 10.792/03 que instituiu o RDD. Essas alterações suscitaram controvérsias no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o que gerou a necessidade de conhecer os diversos posicionamentos acerca da constitucionalidade do objeto de estudo.

Fazendo uma síntese, observa-se que doutrina e jurisprudência têm se manifestado de forma diferente sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, onde os que são favoráveis ao regime afirmam ser uma medida necessária para frear a crescente criminalidade, principalmente a comandada pelos internos de presídios. Os que se manifestam de forma contrária ao referido regime sustentam seus

posicionamento em princípios constitucionais, principalmente no da dignidade humana, que também é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Ressalte-se que, para os dois posicionamentos, é possível encontrar na jurisprudência pátria decisões que fundamentam as correntes de pensamento. A partir de todas essas observações foi possível constatar que, mesmo nos tempos mais modernos, ainda há uma distância muito grande entre a realidade das leis e a dos fatos. Assim, o prejuízo maior é da sociedade que, no caso em questão, não tem os presos recuperados, muito menos pode se falar em segurança, ficando evidente a ineficácia de boa parte das políticas sociais voltadas para a reinserção do preso na sociedade.

Mesmo que sem a pretensão de esgotar o tema, até porque a evolução do direito se dá, de fato, a partir das teses divergentes, dos variados pontos de vista, na compreensão do autor da presente monografia, o RDD é incompatível com os princípios constitucionais que resguardam a incolumidade do preso, posto que o isolamento por completo é uma sanção desumana, cruel e degradante, portando devendo ser vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

Concordar com a aplicação do RDD é não se importar com a ressocialização do ser humano, visando apenas dar uma resposta à sociedade, em decorrência dos elevados índices de criminalidade, além do preso ter sua liberdade duplamente cerceada.

Dessa forma, submeter um indivíduo a um isolamento carcerário prolongado, conforme o previsto no RDD, além de violar o princípio humanístico da pena, afasta-se muito do caráter ressocializador que a pena deve ter, tornando o cárcere um verdadeiro sepulcro.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmem Silva de Moraes Barros. **O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) É um Acinte.** Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 11^a. Ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei de Execução Penal.** Lei n. 7 210 de 11 de Julho de 1984.

_____. **Lei n. 10.792,** de 1º de dezembro de 2003.

BORTOLOTTI, Gilmar. **Regimes Diferenciados, igualdades e individualização.** Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 20 agosto de 2013.

BUSATO, Paulo César. **“Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo”**, in Revista de Estudos Criminais nº. 14, Porto Alegre: NOTADEZ/PUC/ITEC, agosto/2004, p. 145.

CAPEZ, Fernando. *Regime Disciplinar Diferenciado.* Disponível em: <http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1796>. Acesso em: 22 maio. 2013.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal: curso completo.** P.136. 1995

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico.** São Paulo: Atlas, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro:Forense,2005.p.451.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno C. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral.** Forense,1985.p.307.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora**. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 30 setembro de 2013.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. - 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**, 2ª ed, Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado**. Uol. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>. Acesso em: 22 maio. 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. **Deveres e direitos**. Artigos 38 a 43 da LEP. In: PRADO. Luiz Regis (Coord.). *Execução Penal*. Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos**. 6. Ed. - São Paulo: atlas, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal** . 16 ed.; São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** . 27ª ed.; São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1143, 18 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8817>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

_____. **Este monstro chamado RDD**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 5 de agosto de 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei**

10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Críticas a execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias, projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**. Revista de História 136, 121-137, publicado no 1º semestre de PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 10 ao 120.3. ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

RODRIGUES, Rui Martinho. **Pesquisa Acadêmica: Como facilitar o processo de separação de suas etapas**. São Paulo: Atlas, 2007.

SALOMOM, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**. 11ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Laumen Júris, 2005.

SILVA, César Mariano da. **Regime disciplinar diferenciado é um mal necessário**. Revista Consultor Jurídico. 25 dez. 2008. Disponível em: www.conjur.com.br/2008-dez-25/regime_disciplinar_diferenciado_mal_necessario#autores. Acesso em: 22 maio. 2013.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas** – Manaus: Editora Aufiero, 2012.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal argentino**. Buenos Aires; Tipografia Editora Argentina, 170.v.2.p.342