



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ZETONIO ALVES DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR  
DIFERENCIADO

SOUSA - PB  
2007

ZETONIO ALVES DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR  
DIFERENCIADO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB  
2007

ZETONIO ALVES DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca Examinadora do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS – da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Mestra Jônica Marques Coura Aragão

Aprovada em:        de        de 2007.

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
Jônica Marques Coura Aragão  
Profª.Mestra Orientadora

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof. \_\_\_\_\_

Dedico,

À minha mãe LUZANIRA ALVES, pelo esforço que despendeu durante toda a sua vida com o intuito único de fazer de mim e meus irmãos cidadãos de bem.

Parabéns LUZANIRA, e muito obrigado por existir.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, ao meu Maravilhoso DEUS, por ter me feito chegar até aqui, e por ter me proporcionado grandes vitórias. Obrigado meu AMIGO, continuemos juntos.

Aos meus pais, Fábio e Luzanira, aos meus irmãos Flávio, Larissa e Danielle, pela força e confiança que em mim depositaram, enfim, a toda minha família paterna e materna.

Aos meus colegas de curso, com quem eu dividi momentos “desmantelados” nesta Cidade, os quais não me atrevi a citar, pois as folhas deste trabalho são poucas para descrevê-los. Para sempre coelho’s!

Aos meus amigos de infância que acreditaram no meu potencial.

À minha professora orientadora Jônica Marques Coura Aragão, pela paciência que teve comigo no desenvolver do presente estudo.

Às instituições educacionais pelas quais passei, que de uma forma ou de outra contribuíram para a minha formação, em especial para a Universidade Federal de Campina Grande – Campus de Sousa, e a todos os seus professores e funcionários.

“A pretensão de transformar a pena em oportunidade para promover a reintegração social do condenado, esbarra em dificuldades inerentes ao próprio encarceramento.”

Miguel Reale Junior

## RESUMO

Este trabalho faz uma análise do regime disciplinar diferenciado implementado pela lei 10.792/03, que surgiu em face dos problemas da criminalidade e da formação de grupos e facções criminosas verificados em algumas penitenciárias do país. Vê-se a total inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, uma vez que fere mortalmente vários princípios constitucionais que dão garantia aos indivíduos de serem tratados como pessoas humanas. Analisa-se o surgimento do regime disciplinar diferenciado como sendo medida emergencial, devido aos problemas surgidos nos presídios, e ineficaz, posto que o poder público busca leis cada vez mais rígidas e desumanas para aplacar os problemas surgidos na sociedade, fazendo a defesa de um direito penal do inimigo, e adotando uma política que em nada serve para ressocializar os apenados. Será utilizado no trabalho o método histórico, baseado na análise da origem do regime disciplinar diferenciado, e o método exegético-jurídico, em virtude da leitura e interpretação da legislação, obras e artigos referentes ao tema. O objetivo geral deste trabalho é demonstrar a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. Os objetivos específicos, por sua vez, são verificar as condições em que vivem os apenados submetidos ao regime mencionado e analisar a busca de soluções eficazes por parte do poder público ao problema da criminalidade dentro dos presídios brasileiros. Por fim, é de salutar importância estudar-se com cuidado o tema, para que se possa conhecer a realidade daqueles que estão cumprindo pena em regime disciplinar diferenciado, e fazer com que o poder público reconheça a brutalidade de tal medida.

**Palavras-chave:** Prisão. Regime Disciplinar Diferenciado. Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

This work makes an analysis of the regime to discipline differentiated implemented by the law 10.792/03, which appeared in face of the problems of the criminality and of the formation of groups and criminal factions, verified at some prisons of the country. He sees himself to total unconstitutionality of the regime to discipline differentiated, once it hurts several constitutional beginnings deadly that they give warranty to the individuals of they be treated as human people. The appearance of the regime is analyzed to discipline differentiated as being measured emergencial, due to the problems appeared at the prisons, and ineffective, position that the public power looks for laws more and more rigid and inhuman to appease the problems appeared in the society, making the defense of a penal right of the enemy, and adopting a politics that is for to help the arrested in anything. It will be used in the work the historical method, based on the analysis of the origin of the regime to discipline differentiated, and the exegético-juridical method, because of the reading and interpretation of the legislation, works and goods regarding the theme. The general objective of this work is to demonstrate the unconstitutionality of the regime to discipline differentiated. The specific objectives, for her time, are to verify the conditions in that they live the arrested submitted to the mentioned regime and to analyze the search of effective solutions on the part of the public power to the problem of the criminality inside of the Brazilian prisons. Finally, it is of salutary importance to study the theme carefully, so that one can know the reality of those that are accomplishing feather in regime to discipline differentiated, and to do with that the public power recognizes the brutality of such a measure.

**Key-word:** Prison. Regime to Discipline Differentiated. Unconstitutionality.



## SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ORIGEM E FINALIDADE DA PENA E ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	11
1.1 Origem da pena.....	11
1.2 Finalidade da pena.....	14
1.2.1 Teorias sobre os fins da pena.....	15
1.3 Regime disciplinar diferenciado.....	17
1.3.1 Medidas adotadas no regime disciplinar diferenciado.....	20
CAPÍTULO 2 DO CUMPRIMENTO DA PENA.....	23
2.1 Princípios que regem o cumprimento da pena.....	23
2.1.1 Princípios constitucionais.....	23
2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	26
2.2 Lei de execução penal.....	28
2.2.1 Noções gerais.....	28
2.2.2 Deveres dos apenados.....	29
2.2.3 Direitos dos apenados.....	30
2.2.4 Disciplina dos apenados.....	31
CAPÍTULO 3 INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

## INTRODUÇÃO

Tratar-se-á de um breve estudo sobre a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, implementado no país primeiro no Estado de São Paulo através da resolução nº 26/01, e mais tarde em todo o país pela lei nº 10.792/03, em face da situação em que se encontrava o sistema penitenciárias nacional, o qual, em várias de suas casas de detenção, abrigava inúmeros presos que se agrupavam em facções, e continuavam, mesmo dentro das penitenciarias, a praticar alguns tipos de crimes e planejar ataques contra órgãos do poder público, atingindo indiretamente a sociedade civil.

A inconstitucionalidade do RDD mostra-se latente por ferir vários princípios constitucionais, sobre os quais se discorrerá no trabalho. É de notória importância o estudo do "fenômeno" RDD, para se mostrar sua ineficácia frente aos problemas que surgiram nos presídios, e tentar, através de sua análise, buscar soluções menos tortuosas para o indivíduo e que possam respeitar a condição de pessoa humana de cada detento.

Será utilizado na feitura deste trabalho o método histórico, tendo por escopo demonstrar quais as raízes das questões levantadas, como o surgimento das penas e do próprio RDD. Utilizou-se também do método exegético-jurídico, tendo em vista a análise e interpretação de leis, obras e artigos relacionados ao tema.

Tratar-se-á de abordar no primeiro capítulo a origem da pena, o seu surgimento desde os primórdios da civilização, estudando como era aplicada no Império Romano, Idade Média, período Iluminista e início do Capitalismo. Será estudado também neste capítulo a finalidade da pena de acordo com a teoria retributiva e expiatória; a teoria preventiva, subdividida em preventiva geral e preventiva especial; e a teoria mista. Para encerrar o primeiro capítulo, discorrer-se-á a cerca da origem do RDD, ou seja, as causas que lhe deram vida, e também sobre algumas medidas adotadas.

O segundo capítulo falará dos princípios que norteiam o cumprimento da pena privativa de liberdade, dando ênfase ao princípio da legalidade, da proporcionalidade, da humanidade, do contraditório e ampla defesa, estudando com mais detalhes o princípio da dignidade da pessoa humana, colorário de todos os demais princípios e considerado o mais importante em face do tema proposto. No

segundo capítulo tratar-se-á, ainda, da lei de execução penal no que tange aos deveres, direitos e disciplinas dos apenados.

No terceiro e último capítulo do trabalho será demonstrado a *Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado*, comentando-se sobre quais os princípios da Carta Magna de 1988 foram feridos pelo regime mencionado. Será verificada a sua ineficácia frente aos problemas que lhe deram surgimento, e a necessidade de adotar medidas emergenciais, porém que não coloquem em risco a dignidade do ser humano.

Como se percebe, durante toda a evolução do tema, vários pontos serão expostos e servirão para elucidar a atual situação em que se encontram os presos submetidos ao Regime Disciplinar Diferenciado, e, assim motivarão o poder público e demais autoridades a encontrar soluções que visem aniquilar, ou pelo menos diminuir, a criminalidade em suas verdadeiras raízes.

## CAPÍTULO 1 ORIGEM E FINALIDADE DAS PENAS E ORIGEM DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

### 1.1 Origem da pena

Nos povos primitivos a idéia da pena nasceu do sentimento de vingança, no início em sua forma privada e depois levada a categoria de direito.

Nos primórdios da civilização a idéia de pena girava em torno da prevalência da lei do mais forte, cabendo, portanto, a auto-composição, conhecida também como vingança de cunho pessoal. A própria pessoa ofendida era quem solucionava o problema com sua força, ou de seu grupo ou família.

Segundo René Ariel Dotti (1998, p.31):

É generalizada a opinião de que a pena deita raízes no instinto de conservação individual movimentado pela vingança. Tal conclusão, porém, é contestada diante da afirmação segundo a qual tanto a vingança de sangue como a perda da paz não caracterizavam reações singulares, mas a revolta coletiva.

A estrutura jurídica primitiva sofreu reflexos da forma de como a sociedade da época encontrava-se organizada. O homem primitivo estava muito ligado a comunidade e sentia-se desprotegido fora dela, o que criava para eles um vínculo de sangue, o qual era representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam uma descendência comum. Essa forma de organização originou a vingança de sangue definida por Erich Fromm (1975, p.366) como : "um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto".

Não se observava qualquer indício de proporcionalidade nesse tipo de punição, é tanto que sua aplicação vingativa se estendia a família do acusado.

Na hipótese do delinqüente pertencer a mesma tribo da vítima, uma das sanções era a sua exclusão do clã, perdendo, portanto, a proteção do grupo e ficando exposto a qualquer tipo de opressão por parte de outras pessoas.

Neste sentido, Aníbal Bruno (1998, p.31):

A reação é a expulsão do grupo, que não só eliminava aquele que se tornava um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, como evitava a esta o contágio da mácula de que se contaminava o agente, violando o tabu, e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais, a que o grupo estava submetido.

A primeira inserção do princípio da proporcionalidade na aplicação das penas surge com a lei de Talião, o qual prescreveu a máxima “olho por olho, dente por dente” como forma de penalizar cada criminoso de maneira justa e equivalente ao mal praticado.

Mais tarde com a queda do Império Romano, isto no século IV, e sua conseqüente conquista pelos povos germânicos, sobreveio o direito germânico sofrendo uma forte influência da Igreja, para a qual a vingança divina era aplicada na proporção do pecado praticado pelos criminosos, os quais em muitas da vezes eram trancafiados em celas ou internados em mosteiros como forma de refletirem sobre o mal praticado. Surge neste momento a pena privativa de liberdade.

A Idade Média caracterizou-se por ser uma época de intolerância, de crueldade, de guerras e ódios, de perseguições e torturas, repercutindo, tudo isso, no campo jurídico. Este período foi marcado pela crescente influência do cristianismo na legislação penal. A igreja lutou para conseguir controlar o poder e o governo civil, até então conseguiu e garantiu, no contexto da contra-reforma, a criação dos Tribunais Eclesiásticos, principal instrumento durante a inquisição, os quais eram implacáveis contra os pobres e oprimidos, mas protegendo os crimes e injustiças da nobreza e do clero. A pena de morte, na época, era executada com

requisitos de crueldade, precedida de uma série de suplícios, que tinha por objetivo não aterrorizar o condenado, mas para dar uma lição de exemplaridade.

Foi no período iluminista que ocorreu o marco inicial para uma mudança da mentalidade no que diz respeito à pena criminal. Surgiram vários pensadores, como Césare Beccaria, John Howard, Jeremias Bentham, entre outros, os quais influenciaram a oposição e a indignação com relação às penas desumanas que estavam sendo aplicadas sob a falsa bandeira da legalidade.

Como afirma Luiz Vicente Cernicchiaro (1973, p.288):

A Revolução Francesa influenciou consideravelmente. A reação contra os princípios vigentes, fez nascer novo período do Direito Penal: o humanismo. As idéias dos enciclopedistas foram absorvidas por BECCARIA- Dos delitos e das Penas- combateu veemente a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir o princípio da reserva legal ('nullum crimen, nulla poena sine lege') e garantias processuais ao acusado.

Com o início do Capitalismo como regime econômico, viu-se a necessidade de criações de prisões emergenciais, cuja finalidade era conter a grande massa de classes menos favorecida. Neste período a pena não servia apenas para retribuir ao criminoso o mal que houvera praticado, mas servia, também, para suprir a falta e a crescente necessidade de mão-de-obra. Os presos eram levados para as chamadas casas de correção ou de trabalho, as quais hoje se denominam de cárceres. Como se vê, a pena não possuía caráter de ressocialização, mas de aproveitar a mão-de-obra gratuita imposta pelas prisões, além de manter a prevenção geral.

No período de transição do feudalismo para o capitalismo a igreja perdeu parte do seu poder, sendo este transferido ao monarca. A vingança nesta época era tida por pública e era deferido ao monarca o direito de punir, o qual se utilizava de leis absolutas que serviam para mantê-los no poder. A pena mais utilizada ainda era a pena de morte, sendo que com a expansão marítima e o descobrimento de novas

terras fez com que se optasse por outras espécies de penas uma vez que o grande fluxo de mão-de-obra para essas novas terras, as crescentes epidemias e guerras, reduzia o número de povos, os quais eram utilizados como mão-de-obra na nova ordem socioeconômica, e a pena de morte se mostrava inócua e imprópria para o atual contexto, muito embora ainda fosse usada. Surgiram a partir daí penas como o **confisco**, a **mutilação**, os **açoites**, **torturas**, **perdimentos de bens**, entre outras.

## 1.2 Finalidade da Pena

Uma das preocupações do Estado moderno é a manutenção da ordem pública e da paz social, de forma que seus membros convivam em harmonia respeitando sempre os direitos daqueles que façam parte da mesma sociedade. Só assim, com o Estado organizado, é que poderá se alcançar o fim colimado por este.

Mas todos sabem das dificuldades que se tem de se conseguir firmar um corpo social harmônico, uma vez que cada ente deste possui suas próprias aspirações, o que muitas vezes faz com que alguns transgridam regras e ultrapassem limites e barreiras impostas pelo Estado e lesionem direitos e bens de outras pessoas.

Nessa mesma linha de pensamento, o Estado tem a preocupação de proteger alguns bens jurídicos fundamentais e considerados de altíssima importância para o convívio social e um desenvolvimento equilibrado da comunidade. Em vistas disso, viu-se a necessidade de criarem-se normas de direito penal cujo objetivo é punir pessoas que lesionem os bens jurídicos protegidos e fazer com que essas pessoas possam reparar os danos causados. Tem também, as

normas penais, a função preventiva, ou seja, intimidar a sociedade para que seus formadores não venham a cometer certos atos danosos e prejudiciais aos cidadãos.

Para Cesare Beccaria (1997, p.27):

É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que reparar-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhe possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.

A preocupação do direito penal é com a questão de como solucionar o problema da criminalidade. As várias soluções encontradas por este ramo do direito são chamadas de Teorias da Pena, que são opiniões científicas sobre a pena, principal forma de reação do delito.

A partir daí pode-se orientar o estudo para as várias considerações acerca da finalidade das penas, e estudar algumas teorias penais.

### 1.2.1 Teorias sobre os fins da pena

Várias são as teorias acerca da finalidade da pena. Devem ser citadas quatro principais teorias:

Pela Teoria Retributiva e Expiatória a pena é tida como uma retribuição ao acusado pelo mal praticado. A culpa do autor de um delito deve ser compensada com a imposição de uma mal, que é a pena. Assim como a boa ação merece reconhecimento a má ação merece reprovação e compensação.

A Teoria Retributiva considera que a pena se esgota na idéia de pura retribuição e tem como fim a reação punitiva, ou seja, responde ao mal constitutivo do delito com outro mal que se impõe ao autor do crime. Para esta teoria a pena deriva de uma idéia de justiça.



A pena não merece nenhuma consideração sobre e sua utilidade tanto para o delinqüente quanto para a sociedade. Essa teoria retira da pena qualquer caráter preventivo. Para César Roberto Bitencourt (1993, p.103), "A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples pratica do delito" .

O mais destacado precursor da teoria retribucionista é o filósofo Kant que, juntamente com outros precursores, admitem a aplicação da pena no sentido de reprimir o delito.

As Teorias Preventivas da pena são aquelas que atribuem à pena a capacidade e a missão de evitar que o no futuro se cometam delitos. Estas teorias reconhecem que a pena se traduz num mal para quem a sofre, mas que essa não deve ser a única característica da pena. Como instrumento político-criminal, a pena tem de usar desse mal para alcançar sua finalidade precípua, ou seja, a prevenção ou profilaxia criminal. Dividem-se, pois, em duas subteorias: Preventiva Geral e Preventiva Especial. Esta teoria está direcionada à generalidade dos cidadãos, esperando que a ameaça de uma pena, e sua imposição e execução, sirva para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito.

Para a teoria da Prevenção Geral a pena é uma ameaça aos membros de uma comunidade, e serve como forma de intimidá-los na pratica de crimes. Para Nelson Hungria (1940) a pena é uma grande aliada do Estado na prevenção dos delitos e servem como instrumento de frenagem para sua prática, mostrando à sociedade a sua imposição a algum criminoso por ferir certo bem jurídico e previne, intimidando, os futuros delinqüentes.

A teoria da Prevenção Especial, por sua vez, afirma que a pena serve como prevenção do delito por atuação do próprio autor. Ela é dirigida ao próprio delinqüente para que este não venha mais a delinqüir. A pena está orientada para

desenvolver uma influência inibitória nos autos do delito. Esta teoria defende que, com a aplicação da pena, o autor do delito se conscientiza do mal que praticou e busque se ressocializar, voltando, desta forma, para o convívio com a comunidade. O que diferencia esta teoria da anteriormente estudada, é justamente porque não busca a intimidação do grupo social, mas em especial do delinqüente.

A teoria Preventiva Especial da pena está direcionada ao delinqüente concreto, castigado por uma pena. Segundo esta corrente a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes. Não se busca retribuir o fato passado, senão justificar a pena com o fim de prevenir novos delitos do autor.

A Teoria Mista busca reunir em um conceito único os fins da pena. Afirma Mir Puig (1994, p.56): "Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena".

A Teoria Mista ou Unificadora da pena sustenta que a visão unidimensionalista sobre a finalidade da pena, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao direito penal, com graves conseqüências para a segurança e os direitos fundamentais básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena.

### 1.3 Regime disciplinar diferenciado

Não é de agora que se conhece o desleixo das autoridades com o sistema prisional brasileiro, o qual acreditava-se não carecer de qualquer mudança. Para os

gerenciadores do Estado tudo estava bem e não precisava de qualquer alteração, o que veio a ser brutalmente quebrado pela instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), usado para combater um problema que, sem dúvidas, fora criado pelo próprio sistema penitenciário; mau estruturado, mau dirigido e suas políticas que em nada contribuem para a reeducação do indivíduo a ele submetido.

Nenhuma autoridade preocupa-se com a política administrativa, tampouco com a maneira como os detentos de determinadas penitenciárias estão cumprindo sua pena, os tratam como se fossem retratos que não se movem e nada de mal podem fazer contra o resto do corpo social, que se tornou, também, mais uma vítima, não só das ações delituosas desses detentos, mas também, do descaso por parte do poder público.

Natural que os seres humanos em geral, têm certos anseios, carecem de atenção, e merecem que sejam cumpridos os seus direitos. Não é diferente com a comunidade carcerária, cuja legislação aplicada para conduzir o cumprimento de pena dar toda a garantia de direitos para fazê-lo com dignidade. O problema surge a partir do momento em que esses direitos não são adotados, causando, contudo, revolta entre a comunidade carcerária, os quais se associam em facções, muitas das vezes criadas para fazer valer aquilo que está na lei, utilizando-se de práticas criminosas e aumentando a gravidade do perigo que causam para todos nós.

É neste contexto que, nasce o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), adotado em vários países e instituído também no Brasil, primeiro no Estado de São Paulo pela resolução da Secretaria da Administração Penitenciária nº 26/01, e depois no restante do país através da lei 10.792/03.

A imposição do regime disciplinar diferenciado justificado como medida administrativa, foi fruto dos grandiosos problemas enfrentados pelo sistema

penitenciário no Estado de São Paulo, o qual abrigava centenas e mais centenas de detentos, ocasionando uma superlotação gigantesca e com ela as mazelas trazidas pela dificuldade de dirigir uma comunidade carcerária desse vulto.

Detentos, segundo eles, na luta pelo próprio direito, organizaram-se em facções sendo comandadas por homens de dentro dos presídios e também fora deles. Vários crimes eram, e são, praticados com uma conotação de “Justiça social” feita com as próprias mãos; presos amanheciam mortos; rebeliões aconteciam ordinariamente; o tráfico de drogas constantemente ocorria, e tudo isso sob o mando de homens livres e presos associados, os quais não mediam esforços para se comunicarem e não tinham as paredes da detenção como obstáculos para sua interlocução, muitas vezes acontecidas pela utilização de aparelhos celulares, os quais serviam, também, para a prática de vários delitos como por exemplo a extorsão.

Como visto, era mais que necessário uma medida a ser tomada pelo poder público, desde que fosse uma medida eficaz e que resolvesse o problema vigente, mas nunca uma solução, ao nosso ver, insana, ultrapassada e comprovadamente ineficaz como o regime disciplinar diferenciado. Diz-se, comprovadamente, porque observa-se os índices de reincidência no Regime, presos aos quais fora imposta a medida e, logo depois, tornaram a ser submetidos a ela.

O regime disciplinar diferenciado tolhe alguns dos mais importantes direitos dos presos, os quais serão reportados em momento oportuno, e lhes aplicam uma série de medidas rígidas e em desarmonia com a finalidade do cumprimento da pena e a conseqüente ressocialização do apenado.

### 1.3.1 Medidas adotadas no regime disciplinar diferenciado

Na resolução da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP 26/01), consta que o regime disciplinar diferenciado é necessário para reintegrar o preso ao sistema comum, que deve ser alcançado pela disciplina severa, e está destinado aos líderes e integrantes das facções criminosas e àqueles presos cujo comportamento exija tratamento específico.

Pela resolução foi inicialmente instituído no Anexo de Taubaté, nas unidades I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau, Iaras. Em seguida foi instituído em outros complexos designados pela administração penitenciária.

Vejam-se algumas das medidas determinadas pelo regime disciplinar diferenciado constantes na resolução do SAP 26/01.

A resolução do SAP 26/01, no seu artigo 2º, dar ao diretor das unidades prisionais o poder de decidir sobre a inserção do apenado no regime, o que deveria ser uma decisão judicial passou a ter um cunho meramente administrativo. Veja-se:

Artigo 2º - O diretor técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, solicitará a remoção do preso RDD, perante o Coordenador Regional das unidades prisionais, que, se estiver de acordo, encaminhará o pedido ao Secretário Adjunto, para decisão final.

O artigo 4º fala sobre o prazo em que o apenado ficará submetido ao regime:

Artigo 4º - O tempo máximo de permanência, na primeira inclusão, é de 180 dias; nas demais 360 dias.

O artigo 5º em seus incisos, descreve sobre alguns dos direitos dos apenados incluso no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), entre eles o de

conhecer os motivos de sua inclusão, medida considerada necessária, muito embora deva sofrer modificações no sentido de assegurar ao preso um maior direito de defesa. Descreve, também, o citado artigo, acerca do banho de sol que tem uma duração mínima de 1 hora por dia.

Artigo 5° - Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras:

I - Conhecimento dos motivos de inclusão no RDD.

II - Saída da cela para banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia.

...

IV - Duração de 2 horas semanais para as visitas, atendido o disposto no Artigo 1° da resolução SAP- 9/2001.

IX - Contato com o mundo exterior pela correspondência escrita e leitura.

X - Entrega de alimentos, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas.

A resolução do Secretaria de Administração Penitenciária (SAP 49/02), procurou estabelecer a forma de acesso dos advogados cujos constituintes estejam no Regime Disciplinar Diferenciado, impondo limites aos seus direitos de prestação de assistência jurídica.

De certa forma também tolhe o direito do preso, o qual, para manter contato com o seu advogado, necessita de um prévio agendamento, feito mediante requerimento. O atendimento será prestado nos 10 dias subseqüentes ao requerimento. Esta medida é um tanto rígida, uma vez que, em algumas ocasiões, é necessário o contato rápido e direto entre o advogado e seu constituinte.

Veja-se o que reza o artigo 5° do SAP 49/02:

Artigo 5° - As entrevistas com advogados deverão ser previamente agendadas, mediante requerimento, escrito ou oral, à Direção do estabelecimento, que designará imediatamente data e horário para o atendimento reservado, dentro de 10 dias subseqüentes.

As medidas acima mencionadas foram adotadas na primeira versão do regime disciplinar diferenciado, as quais sofreram modificações em virtude da lei

10.792/03. De acordo com a redação dada pelo art. 60 da lei 7.210/84, a qual trata da execução penal e modificada pela lei anteriormente citada, a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado será decidida pelo juiz da execução.

O art. 52 da lei 7.210/84 se refere a quem o regime disciplinar diferenciado deve ser aplicado e descreve algumas de suas medidas, veja-se:

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 da 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, quadrilha ou bando.

Como se percebe, muitas, e rígidas, foram as medidas tomadas com a intenção de trazer novamente ao convívio social os detentos submetidos ao regime disciplinar diferenciado, e de dirimir os problemas existentes no sistema penitenciário brasileiro; medidas ineficazes e que demonstram o atraso e o pensamento retrogrado das autoridades públicas que se dizem preocupados com a segurança e tranqüilidade social.

## CAPÍTULO 2 DO CUMPRIMENTO DA PENA

### 2.1 Princípios que regem o cumprimento da pena

É sabido que todo ramo do direito possui seus próprios princípios, os quais servem de base para orientar tais ramos, traçando seus objetos de estudo, e os confirmando como ciência autônoma, muito embora haja uma interdisciplinaridade entre eles.

Não é diferente no direito Penal e no Processual Penal, ramos do direito que possuem princípios balizadores de seus estudos, os quais serão vistos adiante.

Neste momento é de salutar importância atentar-se para o estudo dos princípios que, advindos da Constituição Federal e dos direitos Penal e Processual Penal, ajudarão a entender o caráter e a finalidade primordial da pena e da execução desta.

#### 2.1.1 Princípios Constitucionais

Vários princípios decorrem do art. 5º da Constituição Federal de 88.

Veremos alguns princípios constitucionais que devem ser observados, cujo objetivo é limitar o poder do Estado, para que este não venha a por em risco as garantias do indivíduo.

Deve-se voltar o estudo para a análise dos princípios constitucionais considerados fundamentais, quais sejam o princípio da legalidade, da proporcionalidade, da humanidade e do contraditório e da ampla defesa.

O princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado, o qual somente por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as



regras de processo legislativo constitucional, se pode criar obrigações para o indivíduo. Este princípio se aproxima mais de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir aquilo que lhe seja imposto por uma outra via que não seja a da lei. É de salutar importância o respeito e a atenção ao princípio da legalidade, uma vez que este também contribui para garantir a segurança jurídica de todos os cidadãos.

Como ressaltado por Eduardo Garcia de Enterría (1994, p. 6):

Quanto ao conteúdo das leis, ao que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem 'dentro da Constituição' e especialmente de acordo com sua 'ordem de valores' que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais.

Como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade é garantia, também, da execução da pena e é chamado de princípio da legalidade da execução penal, pelo qual as sanções penais (disciplinares) não podem ficar submetidas ao arbítrio do diretor, de funcionários ou dos carcereiros das instituições penitenciárias.

O princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da proibição ou excesso, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato.

É de real importância que o princípio da proporcionalidade seja aplicado, com a finalidade de se fazer justiça e de equilibrar a gravidade do fato e a pena a ser aplicada. É necessário que se faça um juízo de ponderação sobre a relação entre o bem lesionado e o bem de que pode alguém ser privado.

É de longe as raízes do princípio da proporcionalidade, o qual remonta a antiguidade, período este em que já se percebia a total falência da aplicação de

penas gravíssimas, cuja adoção não servia para prevenir ou reprimir a prática de delitos.

Como bem se posicionou Cesáre de Beccaria (2005, p.68), em sua Obra *Dos delitos e das penas* : “Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente”.

É revestido de grande importância o princípio da humanidade, pelo qual o Estado não pode aplicar sanções, ao condenado, que firam a sua dignidade como pessoa humana, ou que lesione sua constituição físico-psíquica.

Visando qualquer tentativa de imposição desse tipo de pena, é que a Constituição Federal de 1988 preceituou no seu art. 5º, o seguinte:

Art. 5º (omissis)

I a XLVI (omissis)

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpetuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

A dignidade da pessoa humana é que vem sendo resguardada por este princípio, e como ser humano é que o preso deve ser tratado, uma vez que a condição de encontrar-se preso não afasta a existência desta prerrogativa. Este princípio deve ser observado antes do processo, durante o seu curso e na execução da pena.

O princípio da humanidade nada mais fez do que garantir ao preso, detento ou qualquer pessoa custodiada pelo Estado que seja tratado como ser humano, e não como animal ou objeto de repúdio e crueldade.

O contraditório e a ampla defesa como princípio constitucional, está inserido no art. 5º inciso LV da Constituição da República, cujo fundamento estar no fato de o juiz inserir-se entre as partes de forma equidistantes, mantendo sua imparcialidade.

Ensina Nelson Nery Junior (1996, p. 131) que: "quando a lei garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório".

O objetivo deste princípio é dar ciência, a uma parte, dos atos praticados pela parte contrária, para se possibilitar a formação do contraditório.

### 2.1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Embora recentemente positivado, são remotas as origens de suas primeiras manifestações, encontrando raízes na ideologia cristã, pela qual o homem era tido a imagem e semelhança de Deus. Foram muitos os caminhos e percalços traçados para que este princípio viesse a ser consagrado pelo direito entre quase todos os povos.

Todas as concepções foram de grande relevância, pois, a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade passou a ser reconhecido expressamente em algumas constituições e de modo especial com a consagração pela Declaração Universal das Organizações das Nações Unidas (ONU) em 1948 que apresenta no plano do mundo jurídico a consciência dos povos, estabelecendo uma série de valores.

A Declaração Universal de 1948, em seu art. 1º reza: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade".

A nossa Constituição de 1988 utilizou-se desse princípio, reconhecendo, expressamente, o valor da dignidade humana, e o apresenta em dupla concepção: primeiro prevê um direito individual protetor nas relações entre o Estado e o indivíduo, e em segundo procura estabelecer o dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, é de extrema relevância, constituindo-se um valor guia para toda a ordem Constitucional, e está no âmbito dos princípios fundamentais, vinculando-se, também, com o direito à vida, os direitos a liberdade e de igualdade, entre outros.

A dignidade humana é elemento irrenunciável e inalienável, não podendo ser retirado ou criado, pois pertence a cada ser humano. Outro elemento importante é sua intangibilidade, uma vez que deve ser objeto de respeito e proteção.

Segundo Sarlet (2001. p.106): "Não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos, mesmo o maior dos criminosos, são iguais em dignidade".

O Estado tem a tarefa de guiar as ações dos indivíduos, preservando a dignidade existente, e criando meios possibilitadores do seu exercício. Todo o Estado e os órgãos públicos devem obedecer o princípio da dignidade da pessoa humana, impondo a todos um dever de respeito e de condutas que venha e proteger a dignidade do indivíduo.

## 2.2 Lei de execução penal

### 2.2.1 Noções gerais

Em 1984 foi promulgada a lei nº 7.210, que trata da execução penal, reza em seu art. 1º que: “ A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado ”.

Foi notável a contribuição desta lei no tocante à aplicação da pena, pois trouxe várias inovações em substituição as penas privativas de liberdade, optando, o legislador, por novas espécies de sanções chamadas de penas alternativas. Trouxe também, a lei de execução penal, a possibilidade de se estabelecer a progressão de regime, ou seja, a oportunidade o condenado que cumpre pena em um regime fechado, por exemplo, passar para um regime mais brando, isto é, o regime semi-aberto, desde que cumprido alguns requisitos estabelecidos em lei.

A execução da pena em nosso país tem caráter predominantemente jurisdicional, onde no decorrer do processo há presença do poder judiciário em todo o curso, fazendo valer os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e outros.

A lei de execução penal tem como finalidade precípua desenvolver o cumprimento da pena do condenado assegurando todos os seus direitos, garantindo a sua ressocialização, ou seja, o seu retorno à sociedade para o convívio social.

O processo de execução deve ser dinâmico e estar sujeito a mudanças de acordo com o comportamento dos apenados, pois estes, preenchendo certos requisitos exigidos por lei, devem receber benefícios como por exemplo a

progressão de regime, devendo ser requerida pelo Ministério Público, pelo próprio condenado ou por seu advogado, e pelo Juiz *ex officio*.

### 2.2.2 Deveres dos apenados

O Estado possui o *Jus executionis*, ou seja, cabe a ele o direito de executar o cumprimento da pena imposta ao condenado. Não é tarefa fácil fazê-lo, pois, por ser uma atividade complexa, requer uma ação integrada entre Estado e condenado, os quais possuem direitos e deveres recíprocos, cabendo àqueles o dever de impor regras mínimas do cumprimento de pena e a estes o dever de obedecê-las, e só assim é que haverá o dinamismo da execução penal.

Cabe ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena, cabendo à administração usar dos meios coercitivos e disciplinares, sempre combinado um critério de rigor, na defesa da ordem nos estabelecimentos penais, requerido pelas próprias necessidades do internamento, e da demanda social da paz, com o humanismo que inspira toda a reforma penitenciária.

A Lei de execução penal destaca alguns deveres dos apenados em seu art. 39, veja-se:

Art. 39. Constituem deveres do apenado:

- I – cumprimento disciplinar 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 à ordem ou à disciplina;
- V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI – submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII – indenização à 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.

Os deveres citados têm como principal objetivo, ressocializar e reintegrar o condenado ao convívio social. Ou seja, a estes é dado benefícios em troca do cumprimento de seus deveres.

### 2.2.3 Direitos dos apenados

O interesse atual pelos direitos do preso é, de certa forma, um reflexo do movimento geral de defesa dos direitos da pessoa humana. Ninguém ignora que os presos, em todos os tempos e lugares, sempre foram vítimas de excessos e discriminações quando submetidos aos cuidados de guardas ou carcereiros de presídios, violando-se assim aqueles direitos englobados pelos “direitos humanos”. O fato de estarem presos não retira dos apenados a qualidade de pessoa humana, não havendo, por isto, qualquer restrição de garantias ou direitos.

A lei de execução penal, em seu art. 41 estabelece uma série de direitos dos presos. Veja-se:

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 o trabalho, o descanso e 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 quando às exigências da 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 da autoridade judiciária competente.

Da mesma forma como estabelece direitos, a lei de execução penal, em seus artigos 55 e 56, oferece recompensas aos condenados, caso estes possuam um bom comportamento. Essas recompensas podem ser o elogio e algumas outras regalias.

É de tamanha importância que sejam concedidos aos presos todos esses direitos, pois, só assim, havendo um respeito mútuo entre eles e o Estado é que se alcançará o objetivo proposto pelo legislador de reabilitar e trazer de volta ao seio social o condenado, muito embora não seja isto que se percebe na estrutura carcerária do país.

A violação de qualquer desses direitos afeta o princípio da dignidade da pessoa humana dos presos, os quais, sem dúvida alguma, merecem um tratamento e condições dignas, como sujeitos de direitos que são.

#### 2.2.4 Disciplina dos apenados

Não resta dúvidas de que todos os grupos humanos necessitam de ordem e disciplina, indispensável para que seja possível uma convivência harmônica entre eles.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (1997, p.129), acerca do tema:

Uma boa disciplina é fundamental nos estabelecimentos penitenciários para manter uma convivência harmônica entre os presos e desenvolver as atividades necessárias ao processo de reinserção social, mas é



fundamental que ela seja conseguida com a salvaguarda dos direitos humanos do preso.

Todo sistema penitenciário deve adotar uma série de medidas que visem manter a ordem e a disciplina no âmbito carcerário, porém, deve fazê-lo de forma equilibrada, sempre visando o retorno do condenado ao meio social.

A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana da ONU (Organizações das Nações Unidas) dispôs que as punições não podem ser constituídas por tratamento de castigo cruel, desumano ou degradante. Em vista disso, não se pode, a pretexto de uma boa execução da pena, se aplicar métodos ou meios que levem a esses efeitos desumanos ou degradantes.

No âmbito da execução penal, no que se refere as faltas disciplinares dos sentenciados e as respectivas punições, deve ser observado o princípio da reserva legal, ou seja, só pode ser considerada infração se estiver anteriormente prevista em lei ou regulamento.

As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. As sanções correspondentes as faltas leves e médias serão aplicadas pela própria administração carcerária. Já as punições correspondente ao cometimento de uma falta grave deverá ser imposta depois que o diretor do estabelecimento penitenciário representar à autoridade judiciária para que esta decida pela aplicação, ou não, da medida.

Como já foi dito, o sistema penitenciário deve se valer de medidas que visem manter a ordem e a disciplina dentro da carceragem. Em vista disso, para evitar o arbítrio e a aplicação de pena que atinja a integridade física e moral do condenado, A lei de execução penal no art. 53 prevê algumas sanções disciplinares.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I – advertência verbal;

- II – repreensão;
- III – suspensão ou restrição de direitos (art. 41, parágrafo único);
- IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 88 desta lei;
- V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Os dois primeiros incisos serão aplicados no caso de o condenado cometer alguma falta leve ou média; já os três últimos, serão aplicados à prática de uma falta considerada grave.

Percebe-se que o citado artigo traz em seu inciso V a inclusão no regime disciplinar diferenciado como sanção disciplinar. Deve-se, pois, atentar para o fato de que esta inclusão só poderá ser feita mediante despacho fundamentado do juiz da execução, e só poderá ser aplicado no caso de o condenado cometer uma falta grave.

Diante disto, se viu a necessidade de estabelecer um rol de condutas consideradas faltas graves, e em respeito ao princípio da reserva legal é que o legislador no art. 50 da LEP dispôs o seguinte:

- Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
- I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
  - II – fugir;
  - III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
  - IV – provocar acidente de trabalho;
  - V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
  - VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta lei.

O art. 52 da lei de execução penal dispõe que a prática de qualquer fato previsto como crime doloso, é considerado uma falta grave, isto é, como qualquer outra falta, sujeito a sanções disciplinares sem, contudo, descuidar da sanção penal cabível.

Como se ver, é necessário que haja uma proporcionalidade entre a conduta praticada pelo condenado e a imposição da medida adequada, para que não coloque em risco a finalidade de tais medidas, causando um desvio de finalidade que é a reinserção do condenado no meio social.

### CAPÍTULO 3 INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O Regime Disciplinar Diferenciado, como visto, foi criado primeiramente no Estado de São Paulo através da resolução nº 26/01 do Secretário da Assistência Penitenciária, com o objetivo de conter as desordens e indisciplinas nos presídios do referido Estado.

Vendo-se o “sucesso” alcançado pelo regime disciplinar diferenciado no Estado de São Paulo, foi que o Presidente da República lançou mão da medida provisória nº 28/02, com o pretexto de legislar sobre normas gerais de direito penitenciário. Porém tal medida provisória legislava, na verdade, sobre Execução Penal sendo, pois, rejeitada pelo Congresso Nacional, em virtude do art. 62, § 1º, “b” da Constituição de 88 o qual veda a edição de medida provisória que verse sobre matéria, entre outras, de direito penal. Por este motivo, foi instaurado processo legislativo, culminando com a promulgação da lei 10.792/2003, a qual altera vários dispositivos da lei de execução penal e institui o regime disciplinar diferenciado em todo o país.

O regime disciplinar diferenciado desde os seus primórdios vem eivado de inconstitucionalidade, pois sendo, no início, fruto de ato do Secretário de Estado de São Paulo, fere a Constituição federal uma vez que esta no art. 22, inciso I, diz que legislar sobre matéria penal é de competência exclusiva da União. Veja-se:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

O art. 24, inciso I do referido diploma legal autoriza aos Estados e ao Distrito Federal legislarem concorrentemente sobre direito penitenciário. Segundo o art. 5º

da lei 10.792/03 e seus incisos, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado em especial para:

Art. 5. [...]:

[...]

IV – disciplinará o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com os seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

O parágrafo único do art. 22 admite que os Estados e o Distrito Federal legislem sobre matéria penal em questões específicas, no entanto só poderá fazê-lo através de uma lei complementar; como a lei 10.972/03 trata-se de lei ordinária, logo o legislador estadual não está autorizado a se manifestar acerca da matéria acima apontada.

Como foi retro mencionado no art. 24 inciso I da Constituição Federal, há uma competência concorrente entre a União, Estados-membros e Distrito Federal, para legislar sobre direito penitenciário. O inciso IV do art. 5º da lei 10.792/03, traz em sua essência características eminentemente de direito penal, tornando-se, pois, inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal, possibilita àqueles entes federativos legislar concorrentemente, apenas em matéria de direito penitenciário, o que não pode acontecer, neste caso, por possuir o Regime Disciplinar Diferenciado características penais, e somente à União é dada a competência para legislar nesta área.

O Regime Disciplinar Diferenciado, fere o princípio da humanidade previsto na Constituição federal, o qual decorre dos postulados antigos que desembocam na Declaração Universal dos Direitos do Homem onde ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Toda pessoa

privada de sua liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano.

Não se pode deixar de reconhecer que a inclusão no regime disciplinar diferenciado de alguns detentos é medida desumana ao impor a obrigatoriedade do isolamento em cela individual, a limitação de movimentação e mesmo de contato familiar. O isolamento celular não se mostra revestido de eficácia penal, pois demonstra que tal isolamento somente contribui para a precarização da condição psicológica do preso, em prejuízo a sua ressocialização.

A esse respeito, é interessante destacar um trecho das declarações feitas por Fernandinho Beira-Mar em um programa televisivo:

[...]  
\_ Aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida. Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é que é a verdade.  
[...] isso aqui é horrível. Nada se compara isso aqui. É uma fabrica de fazer maluco. Sinceramente.

As declarações prestadas pelo detento, incluso no regime disciplinar diferenciado, são claras no sentido de que o regime ataca o criminoso em sua pessoa, materializando a vingança estatal e não ressocializando o preso. Neste regime o detento não é visto como ser humano, perde esta condição, e passa a ser tratado como inimigo do Estado.

Tem-se entendimento jurisprudencial majoritário de que o judiciário deixou de lado a sua obrigação de lutar pelo direito, conformando-se com o simbolismo penal, e admite a validade e constitucionalidade da restrição da condição de ser humano do criminoso.

Como já dito, o regime disciplinar diferenciado atenta para o fato de que os criminosos rotulados de maior periculosidade são os novos inimigos da segurança

pública (do Estado), sendo inimigos, não são pessoas, e as penas em relação a eles não necessitam guardar a humanidade.

Para Jackobs (2005, p. 49):

A função manifesta da pena no direito penal do cidadão é a contradição, e no direito penal do inimigo é a eliminação do perigo... esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrario, o inimigo é excluído.

Como se vê, o regime disciplinar diferenciado não respeita o princípio da humanidade da pena, pois não reconhece ao apenado a condição de ser humano, e sendo assim, qualquer pena, ou modo de cumprimento desta que não veja o apenado como pessoa, não resiste ao princípio da humanidade da pena.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso III, preceitua que: "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante". O Regime Disciplinar Diferenciado, entra em choque este dispositivo constitucional uma vez que o isolamento proposto pelo legislador configuraria claramente um tratamento desumano ou degradante, sendo, pois, uma forma silenciosa de tortura.

O indivíduo colocado em uma cela sozinho, não tendo informação alguma, tendo poucas horas de convívio semanal com outras pessoas, longe de sua família, sem trabalho, está totalmente propício a ter sérios problemas psicológicos e mentais. Para piorar estão sendo construídos presídios cada vez mais longe de onde se cometeram os crimes. Além de isolar o ser humano em uma prisão, os isolam também do seio de sua família, sem pensar na importância que tem esta na reabilitação do condenado, a qual, inclusive, poderá trazer vida a este detento.

O inciso XLIX da Carta Magna vem sendo desrespeitado, pois, segundo ele, "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". O que se percebe

com as medidas adotadas pela lei 10.792/03 não é nada mais, nada menos do que soluções cruéis, criadas para dar à sociedade uma resposta, como se o isolamento, a degradação do criminoso, fosse solução pra se conter o crime organizado. Com isto, a prisão perde totalmente o seu significado de ressocialização. Trata-se de uma morte lenta do indivíduo.

A prisão deve ser a tentativa do Estado de levar cidadania, de impulsionar àquele condenado a se conscientizar do delito que cometeu, de fazer com que eles acreditem que vale a pena lutar para ser honesto, apesar de todas as dificuldades.

O regime disciplinar diferenciado afronta a Constituição Federal, agora ferindo o art. 5º, inciso XLVI, que trata da individualização da pena. Esta não engloba somente a aplicação da pena, mas também a sua execução, com a garantia inclusive, à progressão de regime.

Cabe então analisar até que ponto o regime disciplinar diferenciado impede a garantia da progressão de regime, uma vez que esta progressão é inerente ao princípio da individualização da pena.

Para a concessão do benefício é necessário preencher dois requisitos, sendo um de ordem objetiva que é o cumprimento de 1/6 da pena imposta no regime em que se encontrar, e o segundo requisito, de cunho subjetivo, é o atestado de boa conduta carcerária. Satisfazendo estes dois requisitos, o detento poderá passar para um regime mais brando. No caso de estar em Regime Disciplinar Diferenciado, entende-se que o requisito subjetivo não será atendido, posto que, sendo incluído no regime, é evidente que não apresentou bom comportamento carcerário, daí desautorizar à progressão pretendida.

Não se deve pensar desta maneira. É necessário assegurar ao preso incluso no regime disciplinar diferenciado à garantia a progressão de regime, pois o

condenado que foi a ele submetido por ter cometido uma falta ensejadora da medida, pode muito bem, apresentar um bom comportamento e ser beneficiado.

Os efeitos das faltas disciplinares não podem se eternizar; é preciso reconhecer o limite temporal para estas, pois admitindo que seus efeitos não sofrem limitações temporais, corresponde dizer que a progressão estará sempre proibida durante o tempo de punição disciplinar. É de fundamental importância se regulamentar a matéria, para não se afrontar àquilo determinado na Constituição Federal, ou seja, o princípio da individualização da pena.

Pode-se perceber as origens da lei 10.792/03 como sendo fruto do permanente estado de medo da sociedade, provocado pelo alarmante índice de criminalidade que tem alcançado as cadeias, transformando estas em pontos de referência de organizações criminosas. Problemas como estes é que tem feito o poder público reagir, editando legislação penal que restringe e ofende as garantias fundamentais.

Mais do que o expansionismo da legislação penal, trata-se de uma quebra do princípio da igualdade, em favor da imposição de uma reação penal diferenciada, segundo o perfil de autor e não de acordo com o fato realizado. É injustificável que o legislador reaja desta maneira, ultrapassando os limites do direito penal do fato, em oposição ao direito penal do autor.

Necessário se faz centrar a atenção na idéia de que legislações como a lei comentada, correspondem a uma política criminal expansionista, simbólica, equivocada e estão pouco preocupadas com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Precisa-se com urgência encontrar uma solução intermediária que não privilegie o cárcere e a desumanidade no cumprimento da pena, e nem espalhe a



idéia de impunidade. O cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para segurança pública de um povo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o desenvolvimento do trabalho procurou-se demonstrar a evolução da pena e sua finalidade como tendo caráter preventivo e retributivo, porém sem esquecer de que no seu cumprimento deve se objetivar a ressocialização do indivíduo, ou seja, a sua reinserção ao meio social, afim de não voltar a delinquir.

Buscou-se enfatizar que o cumprimento da pena por parte dos apenados, deve ser imposto obedecendo alguns princípios constitucionais, sem os quais haverá um retrocesso no aplicar da pena e um desvio de sua finalidade primordial, voltando a ter ela um caráter unicamente retributivo, sem obedecer qualquer princípio de proporcionalidade, e estigmatizando o agente causador do delito, que por conseqüência venha a sofrer uma pena pelo mal praticado.

No entanto, no discorrer do tema, notou-se que o legislador, no afã de dar uma resposta às mazelas existentes no sistema penitenciário, elaborou a lei 10.792/03, que instituiu o regime disciplinar no país, fruto de uma situação emergencial, porém sem nenhum compromisso ou respeito aos princípios gerais que devem ser obedecidos na execução penal.

Leis como a que criou o regime disciplinar diferenciado, de nada servem para a ressocialização dos apenados, e menos ainda, para conter a criminalidade, a qual tem suas raízes em problemas pouco aparentes aos olhos dos governantes, como a má distribuição de renda, falta de políticas públicas e educacionais.

Observou-se que pela metodologia aplicada, no estudo histórico e no exegético jurídico, conseguiu-se atingir o objetivo pretendido, confirmando a hipótese apresentada, qual seja o de chegar a conclusão que o regime disciplinar diferenciado é *Inconstitucional*, e o Estado deve orientar-se no sentido de criar

soluções menos atentatórias à dignidade dos seres humanos, e principalmente dos apenados que cumprem pena privativa de liberdade, por já ser esta, em seu caráter de normalidade, um tanto cruel.

É necessário que os legisladores enxerguem novos horizontes, e percebam que não é nas muralhas do presídio, no esgotamento do sistema penitenciário, fronteira visível e palpável como símbolo da repressão e da autoridade do Estado, que está a solução para o problema da criminalidade; podendo, por isso, extrapolar a condição do limite pessoal de suportabilidade dos indivíduos que ali estão confinados.

É, por fim, de fundamental importância que se encontre medidas eficazes e respeitadoras da dignidade dos apenados, que pelo fato de estarem reclusos não deixaram de ser seres humanos, muito embora os legisladores e as autoridades demonstrem não acreditar nesta condição.

## REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. Apud SHECARIA, Sérgio Salomão. *In Teoria da Pena*. Ed. RT, 1998.p.31.

BECCARIA. Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Trad. Torsicri-Guimarães. São Paulo. Martim Claret. 2005.

BECCARIA. Cesare Bonesana. Marcheside. 1738-1794. *Dos Delitos das Penas/ Cesare Beccaria*; Tradução: Lucia Guirdicini, Alexandro Bert; Contessa – São Paulo: Martins Fontes, 1997- (clássicos).

BELLO, Rodrigo. *Da Inconstitucionalidade do RDD*. Disponível em: <http://rodrigobello.wikidot.com/da-inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-rodrigo-bello>. Acesso em: 27. set. 2007.

BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão-Causa e alternativas*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 103.

BORIANI, Adriano. *Direito Penal Primitivo*. Disponível em: <http://www.adrianoboriani.hpg.ig.com.br>. Acesso em : 17 ago. 2007.

BUSSATO, Paulo César. *Regime disciplinar diferenciado como um direito penal do inimigo*. Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 set. 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1: parte geral (arts. 1º A 120)/ Fernando Capez.- 9 ed. Ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Diomar Cândida Pereira. *Teoria da pena – evolução histórica da pena como vingança*. Disponível em: [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/16962](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16962). Acesso em: 17 ago. 2007.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.p.31.

FROMM, Erich. *Anatomia de destrutividade humana*. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar. 1975. p. 366. Apud MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 3.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Princípio da legalidade na constituição espanhola*. *Revista de direito público*, N.º 86, P.6.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: <http://www.revistajuridicacaunicoc.com.br/midia/arquivos/arquivoid47.pdf>. Acesso em: 15 set. 2007.

GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches e PÁDUA CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de. *O regime disciplinar diferenciado é constitucional?* Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/constitRegimeDisciplinarDifer.pdf>. Acesso em 05 out. 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro. Jacintho, 1940. p. 132.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manoel Caricio Meliá. Madrid: Civitas, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal/ Damásio E. de Jesus*- São Paulo. Saraiva. 2003.

JESUS, Damásio E. de, *RDD e regime de segurança máxima*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1205, 19 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9061>. Acesso em: 15 set. 2007.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 28.

LYRA FILHO, Roberto e Luiz Vicente Cernicchiaro. *Compêndio de Direito Penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973,p.288.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à lei n.º 7.210, de 11-07-84*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito em el Estado Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch. 1984.p.56.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional/ Alexandre de Moraes*- 16. ed- São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Este monstro chamado RDD*. Disponível em: <http://www.amab.com.br/emab/artigos/ESTEMONSTRO.doc>. Acesso em: 20 set. 2007.

NEGALHO, Renata Borges. *O caos do sistema penitenciário brasileiro: Uma questão social*. Disponível em : <http://www.partes.com.br/cidadania/renatanegalho/sistemaprisional.asp>. Acesso em 20 ago. 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Direitos Humanos em Perigo*. Revista Jurídica Consulex. Ano X – n°. 219 – 28 fev. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Revista e atualizada. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001

SECRETÁRIA DA ADM. PENITENCIÁRIA DE SÃO PAULO ASSESSORIA JURÍDICA. *Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/negashifurukava.pdf>. cesso em : 10 ago. 2007.

WUNDERLICH, Alberto. *Da prisão como pena à prisão preventiva*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id+1528>. Acesso em 29 ago. 2007.

ZANONI, Lísias Camargo. *Ensaio sobre o fenômeno jurídico da regressão de regime*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8563>. Acesso em 26 set. 2007.