

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de pós-graduação em Direito Público

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DE UMA
POLITICA CRIMINAL DE DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Bárbara Liz Taveira dos Reis

Belo Horizonte
2009

Bárbara Liz Taveira dos Reis

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DE UMA
POLÍTICA CRIMINAL DE DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Público.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky

Belo Horizonte

2009

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R375r Reis, Bárbara Liz Taveira dos
 O regime disciplinar diferenciado como expressão de uma política criminal de
 direito penal do inimigo / Bárbara Liz Taveira dos Reis. Belo Horizonte, 2009.
 156f.

 Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky
 Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
 Programa de Pós-Graduação em Direito.

 1. Regime penitenciário. 2. Pena (Direito). 3. Prisão. 4. Direito penal. 5.
 Dignidade da pessoa humana. 6. Princípio da legalidade. 7. Princípio da
 proporcionalidade. I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade
 Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.24

Bárbara Liz Taveira dos Reis

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO EXPRESSÃO DE UMA
POLÍTICA CRIMINAL DE DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Dissertação apresentada à banca examinadora como
requisito parcial para obtenção do Título de Mestre
em Direito Público da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais.

Leonardo Isaac Yarochevsky (Orientador) – PUC Minas

Belo Horizonte, 11 de maio de 2009

*À memória de Lorenzo Carbonari Reis
Thomaseto, filho amado e sempre querido.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, como não poderia deixar de ser, aos filhos queridos, presentes valiosos de Deus. Luca, por iluminar todos os meus dias com seu sorriso e alegria contagiantes. Lorenzo, por nos trazer as lições mais belas desta vida.

Agradeço ao querido Daniel, pelo amor, dedicação, por compartilhar as dores e alegrias, pelos filhos maravilhosos, pela família preciosa, razão do meu viver.

Agradeço aos meus pais, Paulo e Fátima, por me ensinarem os valores da vida, principalmente dos estudos, pelo amor incondicional, e por estarem sempre ao meu lado.

Agradeço às minhas irmãs queridas, Paula e Joyce, companheiras inseparáveis, minhas eternas amigas.

Agradeço às minhas avós Judith e Zulma, em quem me espelho para seguir adiante, firme, na condução dos deveres desta vida.

Agradeço aos amigos queridos e afilhados do coração, Caio, Ludmyla, Guilherme e Luana, por permitirem compartilhar de sua amizade.

Agradeço, finalmente, ao querido mestre e amigo Leonardo Yarochevsky, por ter me despertado o prazer pelo Direito Penal, pelas lições inesgotáveis.

“Para nós, só há uma estação do ano, a estação da dor... Na cela, como no coração reina sempre o crepúsculo.”

(WILDE, Oscar. *De Profundis*. In. FUNES, Mariano RUIZ. A crise nas prisões. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 168)

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo o regime disciplinar diferenciado instituído pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. O referido regime instituiu o isolamento celular prolongado como espécie de sanção a faltas disciplinares praticadas por presos provisórios ou condenados. Buscou-se comprovar que o referido regime é, em verdade, expressão de uma política criminal de direito penal do inimigo. Para tanto, partiu-se da análise da evolução da pena privativa de liberdade, iniciando na idade média, perpassando pela idade moderna, pelos sistemas penitenciários clássicos até os sistemas modernos. Pretendeu-se ressaltar que o isolamento celular é aplicado desde o início do século XIX, sendo, desde então, objeto de severas críticas, mormente quanto à severidade e crueldade da medida. Em seguida, analisou-se a evolução da pena no Brasil e, especificamente, da prisão, onde restou comprovada a ineficiência do Estado enquanto gestor do sistema penitenciário. Na sequência, passou-se ao estudo das teorias da pena, utilizando, para tanto, a clássica distinção empregada por Luigi Ferrajoli, qual seja, das que legitimam ou deslegitimam o sistema penal. Logo após, analisou-se a política criminal de direito penal do inimigo, proposta por Günther Jakobs, em contraposição ao modelo de direito penal mínimo, ou sistema garantista, tendo por parâmetro a construção proposta por Luigi Ferrajoli. Da análise em tela, concluiu-se pela incompatibilidade entre a política de direito penal do inimigo e o Estado Democrático de Direito, tendo em vista a inobservância por parte daquela de vários princípios fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana. Passou-se, então, ao estudo pormenorizado do regime disciplinar diferenciado, seu surgimento, natureza, características e hipóteses de aplicação. Verificou-se que o surgimento do citado instituto no ordenamento jurídico pátrio ocorreu após uma sucessão de atentados e rebeliões ocorridos entre 2001 e 2002, momento em que os meios de comunicação e, por consequência, a opinião pública, clamou por punição e penas mais severas. Por fim, analisaram-se as incompatibilidades entre o regime disciplinar diferenciado e os princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade, de maneira a restar demonstrada que o citado instituto é expressão clara de uma política criminal de direito penal do inimigo.

Palavras-chave: Pena. Prisão. Regime disciplinar diferenciado. Direito Penal do Inimigo. Direito Penal Mínimo. Princípios constitucionais. Dignidade da Pessoa Humana. Proporcionalidade. Legalidade.

ABSTRACT

The present dissertation has as its study object the differentiated disciplinary regime instituted by the law 10.792, from the first of December, 2003, which has changed the Law of Penal Execution, Law 7.210, from the eleventh of July, 1984. Such regime instituted the prolonged cell isolation as a means of sanction to disciplinary faults practiced by provisional or convicted prisoners.

There has been an attempt to prove that such regime is, in fact, the expression of a criminal politics of the Enemy Criminal Law. With this aim, there has been a study based on an analysis of the evolution of the deprivation of liberty penalty, beginning in the Middle Ages, passing by the Modern age, by the classic penitentiary systems until the modern ones. There has been an intention to point out that the cell isolation is applied since the beginning of the XIX century, being, since then, the object of severe criticism, mainly in relation to the severity and cruelty of the measure. Next, the evolution of the sentence in Brazil has been analyzed, and specifically, of the prison, where the inefficiency of the state so as to manage the penitentiary system has been proven. Then, it becomes the study of the penalty theories, using, for so, the classic differentiation by Luigi Ferrajoli, from the ones that legitimate or do not legitimate the penal system. Right after, there has been an analysis of the criminal politics of the enemy criminal law, proposed by Günther Jakobs, in contradiction to the model of the minimum criminal law, or security system, having as parameter the construction proposed by Luigi Ferrajoli. From the analysis on the screen, it has been concluded by the incompatibility between the politics of the enemy criminal law and the law democratic state, taking into consideration the lack of observance of that one in relation to numerous fundamental principles, mainly the one of the human dignity. Then a thorough study of the differentiated disciplinary regime with its creation, nature, characteristics and application hypothesis has been done. It has been verified that this creation in the juridical constitution of each country, occurred after a number of attempts on people's lives and rebellions that happened in a row between 2001 and 2002, moment in which the means of communication and consequently the public opinion claimed for punishment and far more rigid penalties. Finally, analyses have been made on the incompatibility between the differentiated disciplinary regime and the principles of legality, of the human dignity and of proportionality, in a way to

show that the cited institute is a clear expression of a criminal politics of the enemy criminal law.

Key words: Penalty. Prison. Differentiated disciplinary regime. Enemy criminal law. Minimum criminal law. Constitutional principles. Human dignity. Proportionality. Legality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 EVOLUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	16
2.1 Da Idade Média.....	16
2.2 A Idade Moderna.....	18
2.3 Dos Sistemas Penitenciários Clássicos.....	23
2.3.1 <i>Sistema Pensilvânico ou Celular</i>	24
2.3.2 <i>Sistema Auburniano</i>	27
2.3.3 <i>Os Sistemas Progressivos</i>	29
<u>2.3.3.1 Sistema Progressivo Inglês</u>	30
<u>2.3.3.2 Sistema Progressivo Irlandês</u>	31
<u>2.3.3.3 O Sistema de Montesinos</u>	32
2.4 Dos Modernos Sistemas Penais.....	33
2.5 A Evolução da Pena no Brasil.....	35
2.6 A Prisão no Brasil.....	38
3 DAS TEORIAS DA PENA.....	44
3.1 Teorias Legitimadoras do Direito Penal.....	44
3.1.1 <i>Teorias Absolutas</i>	44
3.1.2 <i>Teorias Preventivas, Relativas ou Utilitaristas</i>	46
<u>3.1.2.1 – Teoria da Prevenção Geral</u>	47
<u>3.1.2.2 Teoria da Prevenção Especial ou Individual</u>	50
3.1.3 <i>Teorias Unitárias ou Mistas</i>	52
3.2 Teorias Deslegitimadoras do Sistema Penal	54
4 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL MÍNIMO.....	64
4.1 Do Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal de Terceira Velocidade....	64
4.1.1 <i>Contextualização</i>	64
4.1.2 <i>Conceituação</i>	67
4.1.3 <i>Críticas</i>	71
4.2 Do Direito Penal Mínimo ou Sistema Penal Garantista.....	73
4.2.1 <i>A Teoria do Garantismo Penal por Luigi Ferrajoli</i>	74

5 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD).....	83
5.1 Fatores genéricos que determinaram a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal no Brasil.....	83
5.2 A gênese do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil.....	85
5.3 O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão de um Direito Penal do Inimigo.....	92
5.4 Natureza do Regime Disciplinar Diferenciado e o princípio da Judicialização.....	94
5.5 Hipóteses de cabimento do Regime Disciplinar Diferenciado.....	99
5.5.1 <i>Prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas.....</i>	100
5.5.2 <i>Presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.....</i>	101
5.5.3 <i>Presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.....</i>	103
5.6 Características do Regime Disciplinar Diferenciado.....	105
 6 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO EM FACE DOS PRINCÍPIOS GARANTISTAS CONSTITUCIONAIS.....	 110
6.1 A ascensão do princípio.....	110
6.2 O conceito de princípio.....	112
6.3 Princípio da legalidade.....	113
6.3.1 <i>Considerações gerais.....</i>	113
6.3.2 <i>Das funções do princípio da legalidade.....</i>	116
6.3.3 <i>O regime disciplinar diferenciado em face do princípio da legalidade.....</i>	120
6.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	122
6.4.1 <i>Considerações Gerais.....</i>	122
6.4.2 <i>Antecedentes histórico-constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil e seu conceito.....</i>	127

6.4.3 O princípio da dignidade humana no direito penal – o princípio da humanidade das penas.....	132
6.4.4 O regime disciplinar diferenciado em face do princípio da humanidade das penas.....	133
6.5 Princípio da Proporcionalidade.....	136
6.5.1 Considerações gerais.....	136
6.5.2 Conceito e elementos.....	137
6.5.2 O regime disciplinar diferenciado em face do princípio da proporcionalidade.....	139
7 CONCLUSÃO.....	143
REFERÊNCIAS.....	146

1 INTRODUÇÃO

O direito penal, como medida de *ultima ratio* tendente à sustentação da ordem e da paz social é, por excelência, o reflexo da moral de um povo. E, nesse sentido, por sua estreita vinculação com a sociedade, é também o mais dinâmico dos ramos do direito.

Por essa ligação à configuração social, o direito penal é para a sociedade em geral, a face exposta do Direito, no qual se expressa todas as qualidades morais de um determinado povo. Por esse motivo, é no direito penal que primeiramente se refletem as ondas de evolução ou retrocesso de uma cultura.

A pena é talvez o instituto do direito penal mais permeável a essas ondas. Isso é verificável pela linha de sua evolução que se dá ao longo do tempo *pari passo* com o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais do homem. Da mesma forma, é possível constatar pontos de retrocesso coincidentes com determinados eventos que desafiam o poder punitivo estatal.

Hodiernamente, pode-se afirmar a existência de uma dessas ondas, ocasionada pela violência exacerbada, bem como pela expansão da criminalidade organizada. Diante dessa conjuntura, muitos são aqueles que defendem o direito penal como principal mecanismo de controle e combate dessa violência e criminalidade, por meio da utilização de sanções exageradamente altas. Jakobs, em seu livro *Direito Penal do Inimigo*, se destaca como defensor dessa tese, delineando com clareza quais devem ser os objetivos do direito penal nesse contexto.

No entanto, outros há que entendem incompatível essa utilização com o Estado Democrático de Direito e mesmo ineficaz, pois mais que um problema penal, a violência e a criminalidade são problemas sociais, necessitando assim de um amplo espectro de políticas públicas para a sua solução.

Tendo em vista esse quadro, Zaffaroni afirma que se percebe com clareza o delineamento de duas correntes de pensamento, as quais por sua vez se constituem na atualidade em políticas criminais antagônicas: “a dos direitos humanos e da negociação, por um lado e, por outro, a da solução violenta que arrasa os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio.” (ZAFFARONI, 2007, p.17) No presente trabalho, identificamos essas correntes como sendo de direito penal mínimo, ou direito penal garantista, e direito penal do inimigo, respectivamente.

Inserido nesse contexto, o trabalho em tela, tem por escopo investigar o instituto do regime disciplinar diferenciado, inserido no âmbito do direito penal pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. O referido regime instituiu o isolamento celular prolongado como espécie de sanção a faltas disciplinares praticadas por presos provisórios ou condenados.

Perquiri-se, fundamentalmente, se o citado regime disciplinar diferenciado é fruto de uma política criminal embasada nos fundamentos da corrente que sustenta como solução imediata para o evento da criminalidade a utilização do direito penal e de suas sanções de maneira indiscriminada. Ou seja, se o regime disciplinar diferenciado é fruto de uma política criminal de direito penal do inimigo.

Para tanto, no capítulo 2 busca-se analisar a evolução da pena privativa de liberdade, de maneira a delinear suas características ao longo dos séculos da história das penas. Ainda nesse capítulo, especificamente com relação ao Brasil, pretende-se expor a evolução da pena, bem como esboçar a situação atual em que se encontra as prisões no país. Com as análises mencionadas, almeja-se estabelecer pontos de comparação entre o regime disciplinar diferenciado e os regimes penitenciários aplicados ao longo do desenvolvimento da pena privativa de liberdade, e ainda, retratar a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, que por sua vez tem papel relevante na história do surgimento do citado regime.

Por sua vez, o capítulo 3 tem por objetivo o estudo dos fundamentos e justificativas da pena. Para tanto, utiliza-se a clássica divisão proposta por Ferrajoli, entre as teorias que legitimam e as que deslegitimam o sistema penal. A importância do estudo promovido neste capítulo se relaciona à necessidade de se verificar, no que concerne ao regime disciplinar diferenciado, a finalidade buscada pelo legislador ao inserir o referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Em sequência, no capítulo 4 busca-se a análise das duas correntes de política criminal, ou modelos de direito penal, já citados. Assim, tem-se por um lado, o direito penal do inimigo, delineado por Günther Jakobs, e por outro, o direito penal mínimo, ou sistema penal garantista, analisado sob os auspícios da teoria proposta por Luigi Ferrajoli, em seu clássico *Direito e Razão*. Em verdade, a essência do trabalho consiste, em parte, na análise das supracitadas teorias, a qual permitirá, nos capítulos subsequentes, o exame do regime disciplinar diferenciado enquanto opção do legislador por uma determinada política criminal.

O capítulo 5 se dedica, assim, ao estudo pormenorizado do regime disciplinar diferenciado, iniciando pelo contexto de seu surgimento, perquirindo a sua real natureza jurídica, bem como suas hipóteses de cabimento e características gerais. Realiza-se ainda nesse tópico, a correlação entre o regime disciplinar diferenciado e a política criminal na qual se insere o referido instituto.

Em seguida, promove-se a análise, no capítulo 6, do regime disciplinar diferenciado em face dos princípios da legalidade, dignidade humana e proporcionalidade. Mais uma vez, tem-se por escopo demonstrar como o regime disciplinar diferenciado se insere no contexto de um Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento a dignidade humana, e consequentemente, a defesa de direitos e garantias fundamentais do homem.

Derradeiramente, o capítulo 7 se destina às conclusões do trabalho, momento em que serão expostas as ideias concluintes acerca do tema proposto.

É imprescindível salientar, desde já, que o posicionamento adotado neste trabalho reflete a certeza de que, não obstante as contradições presentes na sociedade contemporânea e os seus aspectos negativos, tais como a pobreza, o desemprego e a criminalidade, não se vislumbra, ainda, dentre os modelos de estado até então conhecidos, alternativa mais acertada que o então vigente Estado Democrático de Direito. Com essa premissa é que se defende neste trabalho a idéia de que cabe aos operadores e estudiosos do direito, por estarem teoricamente melhor instrumentalizados, se insurgirem contra todo e qualquer ato que coloque em xeque os fundamentos desse Estado, pois, tal como afirma Zaffaroni “o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo”. (ZAFFARONI, 2007, p. 175)

2 EVOLUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Pena, como sintetiza Cuello Calón, citado por Basileu Garcia “é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de infração penal” (GARCIA, 1972, p. 406). Tem razão ao afirmar o autor que pena é sofrimento, embora queiram membros da sociedade disfarçar essa sua natureza intrínseca, ressaltando-lhe outros aspectos não menos importantes. No entanto, ao desenvolvermos o trabalho proposto, é essa essência de sofrimento que se almeja seja retomada ao alvitre daqueles que, sem perceber, acabam por colocar em voga somente o mal causado pelo delito.

A história das penas, na qual é incluída a privação de liberdade, está intimamente relacionada à história do desenvolvimento dos direitos fundamentais e da sociedade como um todo. Nesse sentido, Moraes, rememorando as lições de Dirceu de Mello, ressalta que, não somente a pena, mas:

O Direito Penal, como medida extrema de manutenção da ordem e da pacificação social é, por excelência, o reflexo da moral de um povo. É, justamente por sua inexorável ligação à configuração social, o mais dinâmico dos ramos do Direito; aquele que eterniza a dialética entre segurança da sociedade e liberdade do cidadão. (MORAES, 2006, p. 2)

Neste diapasão, percebe-se que com a evolução da sociedade e dos direitos fundamentais por ela reconhecidos, tem-se concomitantemente a evolução da pena, no que se refere à sua configuração não como aflição, mas como privação, e ainda, sob qual bem recai essa privação: a vida, a liberdade e a propriedade.

2.1 Da Idade Média

Até fins do século XVIII, a privação da liberdade era utilizada principalmente como uma forma de resguardar o réu até o seu julgamento, no qual seria absolvido ou condenado a penas que à época seriam basicamente, pena de morte, corporais (mutilações e açoites), banimento e às infamantes.

Nesse contexto, percebe-se que a tortura, com o intuito de se descobrir a verdade, era utilizada frequentemente, de forma que não eram raros os casos em que réus sucumbiam ao grande sofrimento que lhes era imposto antes do julgamento. Sendo assim, pode-se resumir que a prisão na antiguidade existia para cumprir a duas finalidades: custodiar e torturar.

Mesmo durante toda a Idade Média a noção de privação da liberdade como pena em si praticamente não existiu. Houve nesse período um predomínio do direito germânico, o qual predicava por uma privação de liberdade custodial, com a finalidade de empregar na execução as penas mais bárbaras e sangrentas. Assim, há relatos de amputação de membros do corpo, mutilações diversas, queimados vivos, como os espetáculos favoritos das multidões em praças públicas.¹

Nesse período, constata-se ademais que as penas eram impostas de acordo com a vontade dos governantes, que decidiam tendo em vista a classe social a que pertencia o réu. Sendo assim, determinadas penas poderiam ser substituídas por prestação pecuniária, restando a pena de prisão somente para os casos em que não havia gravidade suficiente para a pena de morte ou de mutilação, e ainda, para os casos em que o réu não pudesse pagar ao governante o *quantum* arbitrado.

Todavia, cabe ressaltar que ainda na Idade Média surgem a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Na primeira, somente podiam ser recolhidos os inimigos do governante, os traidores e os adversários políticos. Poderia ser na modalidade custodial, ou realmente como detenção temporal ou perpétua. Os prédios utilizados para a guarda dos réus ainda não eram específicos para essa finalidade, quase sempre eram adaptados para receber os presos, Bitencourt cita como os mais populares: “a Torre de Londres, a Bastilha, de Paris, *Los Plomos*, porões e lugares lúgubres dos palácios onde eram encarcerados os réus, como o Palácio Ducal de Veneza, que ficou conhecido como a Ponte dos Suspiros.” (BITENCOURT, 2004, p.10)

¹ Nesse sentido, é emblemática a narração por Foucault do suplício de Damiens, ainda que tenha ocorrido na Idade Moderna, mas que retrata empiricamente como se davam as punições que tinham o corpo como alvo principal da repressão penal. [Damiens fora condenado em Paris a 02 de março de 1757] a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 2007, p.9)

A prisão eclesiástica era destinada aos clérigos rebeldes e tinha por escopo a redenção daquele que infringiu uma norma eclesiástica, que por meio da oração e penitência se emendavam. Situavam-se em alas específicas de mosteiros. Por sua vez, a prisão para hereges era denominada *murus largus*. Como expõe Bitencourt (2004, p. 11), em nada se pode comparar as prisões eclesiásticas às prisões modernas, no entanto, pode-se dizer que eram mais humanas que as do regime celular, pois se abstinham de mutilações e torturas. No entanto, foi por iniciativa eclesiástica que no século XII foram criadas as prisões subterrâneas, de onde os réus não saíam com vida e, por esse motivo, eram despedidos no ingresso à masmorra com a expressão *vade in pace*.

É de se destacar que de toda a experiência vivenciada na Idade Média, a prisão dos mosteiros inspirou os primeiros penitenciários e especialmente as ideias que orientaram os clássicos sistemas penitenciários tanto o celular, quanto o auburniano.

2.2 A Idade Moderna

Os séculos XV e XVI são marcados pela dissolução dos laços feudais, pelas longas guerras e distúrbios religiosos, o que levou a Europa a uma profunda crise econômica. Tal crise logo se projetou numa criminalidade. Exércitos de camponeses expulsos de suas terras devido aos motivos acima mencionados perambulavam de cidade em cidade, formando contingentes enormes de pessoas sem ocupações que não encontravam outra alternativa a não ser a vagabundagem e a delinquência. A princípio, a tendência fora aplicar a essa massa de desocupados as penas sanguinárias que vigoravam à época². No entanto, como aplicar o enforcement a

² Nesse sentido, relata Marx (1996, 344) que: Não era possível que os homens expulsos da terra pela dissolução dos laços feudais e pela expropriação violenta e intermitente se tornassem fora da lei, fossem absorvidos pela manufatura no seu nascedouro com a mesma rapidez com a qual aquele proletariado era posto no mundo. Eles se transformaram, por isso, em massa, em mendigos, bandidos, vagabundos, em parte por inclinação, mas na maior parte dos casos premiados pelas circunstâncias. Por outro lado, tampouco aqueles homens, lançados subitamente para fora da órbita habitual de suas vidas, podiam adaptar-se, de maneira tão repentina, à disciplina da nova situação. Foi por isso que, no final do século XV e durante todo o século XVI, proliferou por toda a Europa Ocidental uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. [...] A legislação os tratou como delinquentes voluntários e partiu do pressuposto que dependia da boa vontade deles continuar a trabalhar sob as velhas condições não mais existentes.

milhares de pessoas, ainda mais sabendo que a miséria era a causa primária daquela situação?

Sendo assim, para conter essa situação que alarmava as cidades e a minoria privilegiada que nela vivia criaram-se instituições de relevante valor histórico. Em 1552, preocupados com a crescente mendicância, integrantes do clero inglês solicitaram ao rei o uso do castelo de *Bridewell* para acolher os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. A instituição criada era dirigida com mão de ferro, tendo como objetivo reformar os delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. Outras finalidades da instituição era a prevenção geral, ou seja, ela deveria desencorajar outras pessoas a cometerem delitos e o autossustento do preso por meio do trabalho que à época era, em sua maioria, no ramo têxtil. Tal instituição deve ter logrado suas finalidades, pois logo surgiram outras *houses of correction*, chamadas *bridewells*, por toda a Inglaterra. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 36).

Similares às *bridewells*, surgiram a partir de 1697, ainda na Inglaterra, as *workhouses*, que eram também casas de trabalho destinadas a conter a mendicância e os pequenos delitos, uma vez que eram mantidas as penas pecuniárias, corporais e de capital aos delitos mais graves. Para Melossi e Pavarini (2006, p. 41), tais casas de trabalho revelavam, em verdade, uma conexão entre demanda de mão-de-obra para o emergente capitalismo e a quantidade de presos a serem tutelados. Porém, é na Holanda na primeira metade do século XVII que as casas de trabalho atingem sua forma mais desenvolvida como meio de controle da força de trabalho, da educação e domesticação desta. Não obstante, podemos afirmar que tais instituições revelam indícios do surgimento da pena privativa de liberdade tal como a conhecemos modernamente.

Em meados do século XVIII, alguns pensadores movidos por idéias fundamentadas na razão e na humanidade, decorrentes do Iluminismo, insurgem contra as características da legislação penal então em vigor na sociedade européia.

Sem expressar nenhuma evolução no que diz respeito à humanização das penas, ainda no século XVIII as leis penais revelavam excessiva crueldade e espelhavam privilégios das classes abastadas na medida em que aos juízes era permitido julgar conforme a classe social do réu. Nesse contexto, filósofos e juristas iniciam um movimento de crítica aberta ao sistema em vigor, ressaltando, em contraposição, os princípios da dignidade do homem. Segundo Foucault:

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. [...] É a época em que foi redistribuída, na Europa e nos Estados Unidos, toda a economia do castigo. Época de grandes “escândalos” para a justiça tradicional, época dos inúmeros projetos de reformas; nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir; abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes; projeto ou redação das antigas ordenanças, projeto ou redação de códigos ‘modernos’: Rússia, 1769; Prússia, 1780; Pensilvânia Toscana, 1786; Áustria, 1788; França, 1791, 1808 e 1810. Para a justiça penal uma nova era. (FOUCAULT, 2007, p. 12)

Esse movimento crítico tem seu ápice com a Revolução Francesa, influenciando diversos pensadores que se dedicaram a reivindicar a reforma do sistema punitivo. Dentre eles podemos destacar Beccaria, John Howard, e Jeremy Bentham, nos quais nos deteremos adiante, além de Servan, Marat e Lardizábal.

Cesare Bonesana (1738-1794), Marquês de Beccaria, é o marco da escola Clássica de Direito Penal. Inspirado nas ideias de Montesquieu, Rousseau, Locke e Helvétius, Beccaria publicou, em 1764, o tratado *Dos Delitos e das Penas*, aplicando a filosofia iluminista à legislação penal. Segundo Prado (2007, p. 79), em síntese, as ideias que foram expostas por Beccaria e que foram um marco do Direito Penal moderno baseiam-se em três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária.

Dentre as afirmações de Beccaria (2003), pode-se destacar as seguintes: a) somente as leis podem fixar as penas de cada delito; b) o direito de fazer as leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; c) o soberano somente pode fazer leis gerais; d) separação entre o poder do Estado que julga, o juiz, e o soberano; e) ao juiz não cabe interpretar as leis, senão fazer um silogismo perfeito entre o crime e a lei; f) as leis devem ser escritas de forma clara e precisa, numa linguagem acessível a todos os cidadãos; g) o fim da pena é o de impedir o réu de causar novos danos e afastar os demais cidadãos de cometer outros – concepção utilitarista da pena; h) a pena deve ser proporcional ao delito e a menos dolorosa para o corpo do réu – humanização das penas; i) abolição da tortura e da pena de morte.

Segundo Bitencourt (2004, p.38), constata-se a implementação das ideias de Beccaria no primeiro Código Penal da França, adotado pela Assembléia Constituinte de 1791. Nesse diploma percebe-se a diminuição dos delitos sancionados pela pena

capital, a abolição das penas corporais e a utilização da pena privativa de liberdade para muitos delitos graves.

Nesse sentido, Prado (2007, p. 79) afirma que os ideais reformistas ainda inspiraram reformas em outras legislações, dentre as quais podemos citar: as Instruções de Catarina II, da Rússia, de 1767; o *Allgemeines Landrecht* de Frederico, O Grande, da Prússia, de 1794; o Código Penal francês, de 1810; o Código Penal da Baviera, de 1813.

Se com Beccaria nasce o moderno Direito Penal, com John Howard surge o penitenciarismo. Foi este o inspirador de outros tantos pensadores preocupados em criar estabelecimentos penitenciários adequados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, considerando o princípio de humanização das penas.

Em 1777, Howard publicou a famosa obra *The state of prisons in England and Wales with an account of some goregn*. Dentre suas principais idéias, afirmava que os estabelecimentos prisionais deveriam proporcionar ao apenado o atendimento das suas necessidades mínimas de higiene, alimentação e assistência médica. De acordo com Bitencourt (2004, p. 40/43), Howard considerava o trabalho parte essencial da regeneração moral do apenado, mas não obrigatório. Influenciado por sua profunda religiosidade, defendia o isolamento noturno dos delinquentes como forma de favorecer a reflexão e o arrependimento e de se evitar a promiscuidade. Defendia ainda a necessidade de carcereiros honrados e humanos, os quais teriam importante papel na função reabilitadora da prisão.

As ideias de Howard não conseguiram influenciar de maneira direta a reforma do sistema penitenciário que vigia à sua época. Não obstante, constata-se a importância de sua obra, cujos pilares se mantêm em pleno vigor.

Por sua vez, Jeremy Bentham foi um autor que sempre procurou um sistema de controle social baseado num princípio ético. Para Bitencourt (2004, p. 45), esse princípio que fundamentou sua teoria da pena era de fundo utilitário e se exprimia na maior produção possível de alegria, felicidade e prazer, em contraposição à menor exposição possível à dor e ao sofrimento.

Acerca dos fins da pena, Bentham, citado por Bitencourt (2004), propugnava que embora a finalidade correcional também tenha importância, o objetivo primordial da pena não poderia ser outro senão prevenir novos delitos. Nesse sentido, afirmava que,

O negócio passado não é mais problema, mas o futuro é infinito: o delito passado não afeta mais que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer o mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena. [...]
É uma grande qualidade da pena poder servir para a emenda do delinqüente [...] Uma casa de correção para atingir esse objetivo deve ser suscetível à separação dos delinqüentes em diferentes seções para que possam ser adotados meios diversos de educação à diversidade de estado moral. (BENTHAM *apud* BITENCOURT, 2004, p. 47)

Nesse sentido, Bentham, em acordo com seu princípio ético, não entendia que a crueldade da pena possui valor em si mesmo, já que impunha profunda dor e sofrimento. Assim, admitia a pena como um mal, um castigo, porém com a utilidade de prevenir novos danos à sociedade, os quais poderiam ser maiores do que a própria pena.

É importante destacar ainda suas famosas ideias sobre o Panóptico³, as quais exerceram grandes influências na área da arquitetura penitenciária. No referido projeto havia grande preocupação com a individualização e com a disposição analítica do espaço, o que permitira controlar com facilidade o maior número de detentos possível⁴. As críticas mais contundentes ao projeto de Bentham provem de Foucault, ao afirmar que:

Encontramos no projeto do Panóptico a preocupação análoga da observação individualizante, da caracterização e da classificação, da organização analítica da espécie. O Panóptico é um zoológico real; o animal é substituído pelo homem, a distribuição individual pelo grupamento específico e o rei pela maquinaria de um poder furtivo. (FOUCAULT, 2007, p.168)

Depreende-se das críticas de Foucault que, em verdade, o Panóptico era um eficaz meio de domesticação, que facilmente se converteria num meio de dominação e submissão.

³ Panóptico: o termo quer expressar a grande finalidade do projeto, qual seja, proporcionar a faculdade de se ver com um olhar tudo o que nele se faz. (BITENCOURT, 2004, p. 51)

⁴ Bentham descreve o panóptico como sendo: “Uma casa de Penitência. Segundo o plano que lhes proponho, deveria ser um edifício circular, ou melhor dizendo, dois edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis andares, e podemos imaginar esses quartos com umas pequenas celas abertas pela parte interna, porque uma grade de ferro bastante largas os deixa inteiramente à vista. Uma galeria em cada andar serve para a comunicação e cada pequena cela tem uma porta que se abre para a galeria. Uma torre ocupa o centro, que é o lugar dos inspetores: mas a torre não está dividida em mais do que três andares, porque está disposta de forma que cada um domine plenamente dois andares de celas. A torre de inspeção está também rodeada de uma galeria coberta com uma gelosia transparente que permite ao inspector registrar todas as celas sem ser visto.” (BITENCOURT, 2004, p. 51)

Entretanto, Bentham não se detém apenas no aspecto arquitetônico. Admite o trabalho dos presos como forma de reeducação, desde que não sejam penosos e inúteis, devendo ser produtivos e atrativos. Quanto a esse aspecto, Melossi e Pavarini (2006, p. 72) afirmam que o panóptico adapta-se muito bem aos objetivos de controle, custódia e intimidação, mas não à introdução do trabalho produtivo no cárcere num momento em que o ciclo produtivo está cada vez mais organizado segundo o princípio da cooperação entre os trabalhadores. E concluem que talvez tenha sido esse o motivo pelo qual o projeto fora somente excepcionalmente utilizado na prática (por exemplo, nos estabelecimentos penitenciários de Breda e de Joliet).

Quanto à acolhida das ideias de Bentham, pode-se afirmar que suas críticas quanto a castigos inúteis foram de extrema valia para a diminuição dos sofrimentos impostos à época aos presos nas penitenciárias inglesas. Por sua vez, como já mencionado, o seu modelo arquitetônico não se materializou de forma generalizada, mas teve certa acolhida, mesmo que não em sua total concepção, principalmente nos Estados Unidos.

2.3 Dos Sistemas Penitenciários Clássicos

As teorias propostas e defendidas no século XVIII por Beccaria, Howard, Bentham e outros pensadores da era iluminista, bem como as experiências dos *Bridwells* ingleses e as *Rasphuis* em Amsterdam - que marcaram o nascimento da pena privativa de liberdade como pena em si e não como custódia - permitiram que no século XIX surgisse um movimento de criação de sistemas penitenciários padronizados. Tais sistemas, portanto, surgem num contexto em que o humanitarismo, como aspiração teórica, encontra na pena carcerária, a princípio, um meio de suavizar o sofrimento imposto aos condenados.

Não obstante a fundamentação humanitária que incitou o surgimento dos sistemas penais clássicos, o que verificamos é um aprimoramento no método de imposição de sofrimentos, ou como afirmam alguns autores, a utilização de uma tortura refinada. A exposição das características de tais sistemas é de suma importância para o desenvolvimento e análise do tema proposto, qual seja, o regime disciplinar diferenciado, por encontrarmos pontos de confluência entre os referidos

institutos. De forma que, as críticas apostas aos sistemas clássicos podem e devem ser transpostas, para o regime disciplinar diferenciado.

Dentre os citados sistemas, e de forma a acompanhar sua evolução, iremos nos deter na análise dos sistemas pensilvânico, auburniano e progressivo.

2.3.1 Sistema Pensilvânico ou Celular

O Sistema Pensilvânico, também denominado Filadélfico, tem início com a construção de duas penitenciárias em Pittsburg, Filadélfia, onde os presos eram encarcerados separadamente: a primeira, inaugurada em 1818, *Western Penitentiary* (Penitenciária Ocidental), que reproduzia o desenho do Panóptico de Bentham. Nessa penitenciária, os presos eram mantidos em isolamento absoluto, sem a permissão inclusive para o trabalho. Constatando a impraticabilidade de tal sistema, a Penitenciária Oriental – *Estern Penitentiary*, inaugurada em 1929, decidiu abrandar o regime, mantendo o isolamento em cela, mas permitindo o trabalho individual. Embora fosse considerado um alívio para os presos o trabalho individual na cela, isso não suavizou o problema do isolamento, tendo em vista que a maioria dos trabalhos eram tediosos e sem sentido. A este respeito, Von Hentig afirma que,

No sistema celular retira do apenado o trabalho educativo e correccional depois da dureza dos trabalhos forçados declarou-se, sem horror, como o novo procedimento coativo a forçosa ociosidade. A tortura se refina e desaparece aos olhos do mundo, mas continua sendo uma sevícia insuportável, embora ninguém toque no apenado. O repouso e a ordem são os estados iniciais da desolação e da morte. (VON HENTIG, 1968, p.225)⁵

Caracteriza-se esse sistema pelo isolamento celular, obrigatoriedade do silêncio, reflexão sobre o ato criminosos por meio da meditação e pela oração. A esse respeito, verifica-se que no sistema Pensilvânico a religião foi largamente utilizada como meio de recuperação do recluso. Acreditava-se que o confinamento solitário, além de impedir a promiscuidade, favorecia, juntamente com a regra de

⁵ “En el sistema celular, se descarga al apenado del trabajo educativo y correccional. Después de La dureza de los trabajos forçados se declaró sin horror como nuevo procedimiento coactivo la forzada ociosidad. La tortura se refina y sustrae a los ojos del mundo, pero sigue siendo una sevicia insoportable aunque nadie toque al penado. El reposo y El orden son los estadios iniciales de La desolación y la muerte.” (VON HENTING, 1968, v.II, p. 225)

silêncio, um processo psicológico de introspecção, que aliado à imposição de uma religiosidade, levaria inevitavelmente ao arrependimento do ato criminoso cometido. Acrescente-se ainda que as visitas de parentes e amigos eram proibidas, restringindo o contato dos presos com seus vigilantes e com administradores do presídio quando necessário.

O que se verificou foi uma rápida difusão desse modelo em diversos estados americanos, bem como em vários países da Europa, que segundo Melossi e Pavarini (2006, p. 188), é explicado pela redução dos custos administrativos já que o sistema celular requeria um número bem mais restrito de vigilantes na manutenção da ordem, além, é claro, de ter se tornado um eficiente método de dominação e controle. Quanto a essa eficiente dominação, Foucault é preciso ao afirmar que:

[...] o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total [...] o isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele. (FOUCAULT, 2007, p. 200)

Não obstante essa proliferação inicial do sistema celular, sua decadência era inevitável. A crítica principal ao referido modelo era de que o isolamento não passava de uma tortura refinada. Nesse sentido, é revelador o relato de Charles Dickens descrevendo a real situação dos presos na *Estern Penitentiary*, citado por Von Hentig:

Põem no preso – conta – uma carapuça escura quando ingressa na prisão. Desse modo levam-no à cela, de onde não sairá mais até que se extinga a pena. Jamais ouve falar da mulher ou dos filhos, do lar ou dos amigos, da vida ou da morte que estão além do seu caminho. Além do vigilante não vê nenhum rosto humano, nem ouve nenhuma outra voz humana. Está enterrado em vida, e só com o transcurso lento dos anos poderá voltar novamente à luz. Entretanto, as únicas coisas vivas ao se redor são um estado angustiante, torturante e um imenso desespero. (VON HENTING, 1967, p. 225)⁶

⁶ Ponem al preso – cuenta – una oscura caperuza cuando ingresa em la prisión. De este modo le llevan a su celda que ya no volverá a abandonar hasta que quede extinguida su pena. Jamás oye hablar de la mujer ni de los hijos, del hogar o de los amigos, de la vida o de la muerte que discurren más allá de su camino. Aparte del vigilante, no ve ningún rostro humano ni oye ninguna otra voz humana. Está enterrado em vida, y solo com el transcurso lento de los años volverá de nuevo a la luz. Entretanto, las únicas cosas vivas em torno a él son un estado angustioso, torturante, y una inmensa desesperación. (VON HENTING, 1967, v. II, p.225/226)

No mesmo sentido, Ferri criticou o isolamento celular afirmando que era uma das aberrações do século XIX. Para o autor, ademais de desumano, o sistema era ineficaz e oneroso. Suas críticas permanecem extremamente atuais, considerando o tema objeto de análise desta dissertação, como se verá nos capítulos que se seguem:

A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar etc.) [...] A Psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama loucura penitenciária, assim, como a clínica médica conhece a tuberculose. O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e também porque se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem da prisão devem encontrar novamente as mesmas condições que determinou seu delito e que uma previsão social não eliminou. [...] O sistema celular é, além disso, ineficaz porque aquele isolamento moral, propriamente, que é um dos seus fins principais, não pode ser alcançado. Os reclusos encontram mil formas de comunicar-se entre si, seja durante as horas de passeio, seja escrevendo sobre as areias dos pátios que atravessam, fazendo sons nos muros das celas, golpes que correspondem a um alfabeto convencional [...]. Por último, o sistema celular é demasiado custoso para que possa sustentar-se. (FERRI, 2006, p.382)

Não obstante a crítica humanitária ao referido sistema, Melossi e Pavarini (2006, p. 290) afirmam que a crise definitiva do modelo filadelfiano ocorreu pelo fato de que o referido sistema impossibilitava a introdução do trabalho industrial forçado nas instituições que o utilizavam. Segundo os citados autores, os críticos à época afirmavam que o confinamento solitário, além de privar o mercado de força de trabalho, impunha também um meio de produção anti-econômica, deseducando os presos, reduzindo sua capacidade de trabalho original.

Por esse motivo, iniciou-se um retorno do trabalho produtivo nos cárceres, porém sem abandonar definitivamente a pedra angular do isolamento celular. Surgiu, assim, o sistema auburniano, calcado nos pilares do confinamento solitário noturno e do trabalho comunitário durante o dia.

2.3.2 Sistema Auburniano

O surgimento do sistema auburniano, como dito, foi motivado, em verdade, pelos resultados desastrosos produzidos pelo sistema de segregação absoluta (morte ou loucura dos presos) e, ainda, a procura pelo lucro advindo do trabalho dos presos.

A Penitenciária de Auburn, inaugurada em Nova York em 1818, fora construída pelos próprios presos e era composta de cento e oito celas destinadas ao confinamento em absoluto silêncio. Por esse motivo, o sistema também fora denominado de *silent-system* e tinha como intuito evitar o contato entre os presos, pois os detentos somente podiam falar com os guardas, com a permissão destes e em voz baixa e, tal como acontecia no sistema pensilvânico, privilegiar a meditação forçada. Nesse sentido, Foucault ressalta que o modelo de Auburn era:

Referência clara tomada ao modelo monástico; referência também tomada à disciplina de oficina. A prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. (...) Assim esse jogo do isolamento, da reunião sem comunicação, e da lei garantida por um controle ininterrupto, deve requalificar o criminoso como indivíduo social: ele o treina para uma atividade útil e resignada; devolve-lhe “hábitos de sociabilidade”. (FOUCAULT, 2007, p. 200)

Em 1821, uma lei do Estado de Nova York dividiu os detentos de Auburn em três categorias: a) a primeira era a dos delinquentes persistentes, os quais deveriam permanecer em confinamento celular permanente; b) a segunda categoria era dos detentos menos incorrigíveis, aos quais o confinamento celular restringia-se a três dias por semana; c) a terceira categoria era dos delinquentes que espelhavam ser corrigíveis, aos quais era imposto o trabalho diurno e o confinamento celular noturno, ou sendo imposto o confinamento celular por apenas um dia por semana.

No entanto, em 1824, segundo afirma Bitencourt (2004, p. 71), um estudo verificou que dos oitenta prisioneiros em confinamento celular contínuo, apenas dois permaneciam hígidos, enquanto os demais resultaram mortos, loucos ou alcançaram o perdão. Diante desse quadro, abandonou-se a categorização até então utilizada, estendendo o trabalho diurno executado sob absoluto silêncio a todos os presos.

As críticas ao regime em tela são de inúmeras ordens. Entretanto, há que se ressaltar o extremo rigor disciplinário, que infligia aos presos um estilo de vida militar. Esse aspecto rígido imposto nas relações, com a utilização de métodos draconianos e cruéis, propiciava uma atmosfera monótona e deprimente. Outra crítica que devemos destacar relacionada ainda à disciplina militar é a discricionariedade ao poder de castigar, o qual era exercido sem nenhum controle institucional, fato que propiciava castigos cruéis e excessivos.

Inobstante todas as críticas referentes aos aspectos desumanos presentes no referido modelo, sua crise se originou precisamente no outro pilar que o sustentava: o trabalho. O trabalho realizado internamente nos presídios apresentava um custo muito menor do que o semelhante desenvolvido em fábricas externas, fato que gerou uma concorrência desleal entre ambos. Assim, as associações sindicais iniciaram um movimento de oposição veemente ao trabalho desenvolvido nos presídios. Ademais do argumento de caráter econômico, os operários entendiam que ensinando um ofício aos presos, esses, quando em liberdade, poderiam ser admitidos na empresa, o que desvalorizaria aquele ofício, além de que não se sentiriam confortáveis trabalhando ao lado de ex-presidiários. Segundo afirma Bitencourt (2004, p.228) esse movimento, em verdade, já expressava o preconceito vivamente presente na sociedade atual e que hodiernamente denominamos de estigma carcerário, um dos efeitos funestos da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, Von Hentig relata um caso em que descreve com precisão o antagonismo social que se instalou à época:

O público posicionou-se em favor dos operários e um abaixo-assinado para suprimir o trabalho nas prisões recebeu 200.000 assinaturas. A produtividade econômica do estabelecimento (Sing-Sing) foi a razão da perdição. Colocou-se como pretexto que cidadãos decentes não queriam trabalhar com ex-condenados. O egoísmo desenfreado, longe de pensar no bem comum, colocou os fins superiores do Estado em segundo plano. (VON HENTIG, 1967, p. 228)⁷

E ainda acrescenta:

⁷ El público tomó partido por los obreros, y una petición de que se suprimiera el trabajo en las prisiones encontro 200.000 firmas. La productividad económica del establecimiento fue su enemigo y su perdição. Se puso el pretexto de que los ciudadanos decentes no querían trabajar com los penados que habían cumplido condena. El egoísmo desenfrenado, lejos de pensar em el bien común, tiró de las riendas em sentido contrario al que convenia a los fines superiores del Estado. (VON HENTING, 1967, v. II, p. 228)

Todavía, ainda hoje essa dificuldade nos persegue. Somente em casos de necessidade, como quando se instala uma guerra e a mão-de-obra se torna escassa, são deixados de lado os preconceitos. [...] De repente, os presos deixam de estar à margem da sociedade e são incluídos numa frente espiritual e trabalhadora comum. (VON HENTING, 1967, p. 229)⁸

2.3.3 Os Sistemas Progressivos

Ao longo do século XIX, a pena privativa de liberdade se consolida como pilar do sistema penal atual, tendo sido abandonadas progressivamente ao longo desse século as penas de banimento, trabalhos forçados e de morte, em que pese exceções ainda hoje existentes.

Segundo Bitencourt (2004, p. 82) o abandono dos sistemas pensilvânico e auburniano coincide com a adoção de sistemas progressivos que tinham como pilares a distribuição do tempo de condenação em períodos, nos quais os reclusos teriam progressivamente a ampliação de privilégios de acordo com a sua boa conduta. Era permitido inclusive que o recluso se livrasse da privação de sua liberdade, reintegrando-se à sociedade, antes mesmo do término da condenação.

O sistema progressivo baseia-se em dois fundamentos: a) o primeiro relaciona-se ao estímulo à boa conduta do preso, que vislumbra a possibilidade de alterar positivamente seu regime prisional; b) o segundo no fato de se ter como consequência da boa conduta, a recuperação moral e a preparação para a vida em sociedade.

Em consonância com esses fundamentos, vários modelos progressivos foram surgindo ao longo dos séculos XIX e XX, os quais serão objeto de análise a seguir.

⁸ Todavía hoy nos aqueja esta vieja dificultad. Sólo en casos de necesidad, cuando estalla la guerra y la mano de obra escasea, se dejan de lado todos los reparos. [...] De golpe, los presos dejan de estar más allá de la sociedad y quedan incluidos en un frente espiritual y mecánico común. (VON HENTING, 1967, v. II, p. 229)

2.3.3.1 Sistema Progressivo Inglês

Segundo nos informa Bitencourt (2004, p. 84), o sistema progressivo inglês surgiu na Inglaterra em 1840, na Ilha de Norfolk, Austrália, para onde eram deportados os piores presos ingleses. O referido modelo foi concebido pelo Capitão da Marinha Real Inglesa, Alexander Maconochie, então Governador da citada ilha. Consistia o modelo, também denominado de *mark system*, em medir a duração da condenação pela gravidade do delito, pelo aproveitamento no trabalho e pela boa conduta do condenado. O sistema funcionava por meio de marcas ou vales, que considerando os três fatores mencionados eram atribuídos aos delinquentes diariamente. De modo que, diante de uma boa conduta, ou um bom dia de trabalho, o preso recebia um certo número de vales ou marcas, e quando praticava uma má conduta lhe era imposta uma multa. No final, quando o preso alcançava uma determinada soma de marcas era posto em liberdade. Nesse sentido, pode-se dizer que Maconochie colocou a sorte dos presos em suas próprias mãos, estabelecendo uma espécie de conta corrente alimentada pelas marcas que os presos faziam jus considerando a boa conduta e o trabalho.

O sistema progressivo desenvolvido por Maconochie, ressalta Bitencourt (2004, p. 85) era composto por três períodos progressivos: a) o primeiro era o isolamento celular diurno e noturno, que em alguns casos era conjugado com o trabalho duro e isolado. Esse estágio tinha duração de nove meses; b) o segundo estágio caracterizava-se pelo trabalho diurno em comum com outros apenados, o qual deveria ser desenvolvido em absoluto silêncio, denominado *public workhouse*, e o isolamento celular noturno. Esse estágio era subdividido em cinco classes, pelas quais o apenado progredia de acordo com o saldo de marcas acumulado pela boa conduta e bom trabalho. Ao atingir a quinta classe, o apenado obtinha o *ticket of leave*, que lhe dava acesso ao terceiro estágio, semelhante ao livramento condicional; c) no terceiro estágio, o apenado era beneficiado com a liberdade limitada, já que deveria obedecer a certas restrições, com vigência determinada. Decorrido o período sem intercorrência que determinasse a revogação do benefício, o condenado obtinha sua liberdade definitiva.

A adoção de uma postura benigna e do sistema de benefícios fez com que em pouco tempo a ordem e a disciplina imperassem, o que favoreceu a recuperação dos

condenados. Nesse sentido, como refere Elías Neuman, citado por Bitencourt (2004, p. 84), vale reproduzir Maconochie: “Encontrei a Ilha Norfolk feita um inferno e a deixei convertida em uma comunidade disciplinada e bem regulamentada.”(NEUMAN *apud* BITENCOURT, 2004, p. 84) A experiência de sucesso do caso Inglês logo fez com que semelhantes sistemas surgissem em outros países.

2.3.3.2 Sistema Progressivo Irlandês

O sistema progressivo irlandês surgiu como um aperfeiçoamento do sistema inglês. Criado por Walter Crofton – então diretor das prisões na Irlanda - em 1854, introduziu, conforme salienta Bitencourt (2004, p.86), ademais das modificações inglesas, as prisões intermediárias, que tinham por escopo preparar melhor o detento para voltar à vida em comunidade por meio da liberdade condicional.

A prisão intermediária era, então, um período situado entre o estabelecimento fechado e a liberdade condicional, por meio do qual o apenado demonstrava que estava apto a voltar a viver em liberdade. Durante esse período, o preso trabalhava no exterior do estabelecimento, preferencialmente em trabalhos agrícolas. A disciplina era mais suave, os presos não recebiam nenhum tipo de castigo corporal e não eram obrigados a usar uniformes. As prisões não possuíam muros e os apenados podiam se comunicar com a população livre. Segundo Neuman, citado por Bitencourt (2004, p. 86): “A finalidade altamente moralizadora e humanitária do regime ficou comprovada ao fazer o recluso compreender que a sociedade que o condenou está disposta a recebê-lo sem reticências, sempre que demonstre encontrar-se em recuperação”. (Neuman *apud* Bitencourt, 2004, p. 86)

O sistema irlandês, pelas modificações benéficas, alcançou importante repercussão e passou a influenciar outros regimes da Europa e dos Estados Unidos.

2.3.3.3 O Sistema de Montesinos

O sistema em apreço fora criado por Manuel Montesinos e Molina, que tal como Howard, conheceu a dura realidade das prisões, “já que durante a guerra de independência (1809), ao capitular na praça de Zaragoza, foi submetido, durante três anos, a severo encarceramento em um arsenal militar (Toulon, França).” (BITENCOURT, 2004, p. 89) Ainda segundo Bitencourt (2004, p. 89), “é uma figura indiscutível do penitenciarismo, um genial precursor do tratamento humanitário.”

Em 1835, Montesinos fora nomeado Governador do Presídio de Valência, implantando novo sistema carcerário cujas principais características eram:

- a) Não admitiu o regime celular, porque além de gerar a “mortificação do apenado” não permitia a socialização em absoluto isolamento.
- b) Influiu eficazmente no espírito dos reclusos com menos castigo e mais autoridade moral.
- c) Procurou o equilíbrio entre o exercício da autoridade e a missão pedagógica, com vistas à correção do recluso.
- d) Nenhuma sanção disciplinar deveria ter caráter infamante.
- e) O poder de disciplina estava em conformidade com o princípio da legalidade, por isso instituiu um Código Interno com regulamento para os presos.
- f) Ocupava o preso com o trabalho por ser o melhor instrumento para conseguir o propósito reabilitador da pena.
- g) O trabalho do preso era remunerado para despertar o seu interesse por alguma atividade produtiva.
- h) Editou uma prática penitenciária que se constituiu em importante antecedente da prisão aberta, visto que o Presídio de Valência “não possuía um só ferrolho que pudesse resistir ao arrombamento de qualquer apenado”, os guardas eram, na maioria, pessoa idosa, pois o mais importante era criar no preso a idéia de que ele deveria ser co-responsável pela segurança ao estabelecimento, em respeito aos seus hábitos de subordinação e moralidade.
- i) Introduziu no sistema uma espécie de liberdade condicional, reduzindo um terço da condenação como recompensa à boa conduta do preso, apoiado numa interpretação do artigo 303 da Ordenação Geral dos Presídios do Reino, de 1834, que lhe serviu de fundamento jurídico. Frequentemente, se atribui a Manuel Montesinos e Molina o pioneirismo pela criação do instituto da liberdade condicional.
- j) Estabeleceu a prática da concessão de licenças de saída temporária dos presos. Não se conhecia antes essa iniciativa em nenhum outro sistema.
- l) Considerar benéfica a integração de grupos de presos mais ou menos homogêneos, quer dizer, sem uma rígida separação entre perigosos e não perigosos, não encontrando nenhum inconveniente nessa mesclagem pois entendia que os “bons” poderiam auxiliar os “mais” no estímulo à modificação do interior humano. (OLIVEIRA, 2002, p. 54-55)

O êxito do sistema de Montesinos, pautado no respeito à dignidade e no estímulo de recuperação do preso, pode ser constatado pelos dados de reincidência: quando assumiu o governo do presídio, a reincidência era em torno de 30% a 35%, percentual esse que chegou a desaparecer durante a sua direção.

Segundo Bitencourt (2004), “o mais importante de sua obra consiste no fato de não se resumir em simples teorias. Seu melhor testemunho foi o enfrentamento diário da paradoxal realidade penitenciária.” (BITENCOURT, 2004, p. 94)

Em aparente contradição, a crise do sistema de Montesinos surgiu devido à eficiência laboral do modelo, que fez com que artesãos e fabricantes se insurgissem, reclamando ao governo de concorrência desleal já que a produção da penitenciária não estava sujeita a impostos, como os produtos fabricados por eles. Acatando os argumentos dos reclamantes, criaram-se várias dificuldades à produção no cárcere, colocando em xeque um dos pilares de sustento do sistema em tela.

2.4 Dos Modernos Sistemas Penais

Constata-se que as arquiteturas prisionais dos regimes que compuseram os sistemas prisionais clássicos - pensilvânico, auburniano e progressivos - exerceram importante influência nos desenhos das penitenciárias que foram concebidas ou mesmo reformadas ao longo do século XX.

Vale destacar, todavia, alguns sistemas penitenciários de segurança máxima surgidos ao longo do século passado, por refletirem um tipo de política de criminal cujos objetivos são bastante semelhantes aos do legislador brasileiro quando da instituição do regime disciplinar diferenciado no Brasil.

Assim, cabe ressaltar as prisões de segurança máxima ou as unidades de controle presentes em algumas prisões, localizadas principalmente nos Estados Unidos, conhecidas usualmente como *supermax* - abreviação usada pelos americanos para *Super Maximum Security* - que foram concebidas para aplicar tratamento diferenciado a presos de alta periculosidade ou que venham a causar problemas de convivência dentro das unidades.

Segundo nos informa Iscuissati (2008, p. 60-61), nos Estados Unidos, quando um incidente ocorre em uma penitenciária comum de segurança máxima, todos os

internos são presos em suas celas, por vários dias, sem absolutamente nenhuma liberdade, é o que se denomina “*lockdown*”. Em 1983, dois guardas foram assassinados em incidentes que aconteceram no mesmo dia em uma prisão federal em Marion, Illinois. Desde então, essa prisão entrou em *lockdown* permanente. A partir desse fato, várias prisões foram construídas e funcionam em sistema de *lockdown* permanente. São elas conhecidas como prisões *supermax*.

Zucare (2006) acrescenta que as prisões de segurança máxima podem funcionar por completo sob as regras do *lockdown*, ou ter somente um setor destinado para tal fim. Entre as mais famosas *supermax* dos EUA estão: a Ohio (Ohio), a Pelican Bay (Califórnia), a Florence (Colorado), a Boscobel (Wisconsin), e a Wallens Ridge (Virgínia). Como características comum a todas temos: - a utilização de câmeras e microfones por toda a parte, bem como equipamentos de alta tecnologia para detectar armas e drogas; - agentes penitenciários treinados e fortemente armados; - regime de solitária (as celas, quando não individuais, têm capacidade somente para duas pessoas, mas praticamente nunca são usadas desta maneira); - proibição de práticas religiosas, culturais, esportivas e até mesmo educacionais; saídas das celas por apenas uma hora por dia, destinada ao banho de sol.

Segundo Iscuissati (2008, p. 65), a Suprema Corte dos Estados Unidos em pronunciamento acerca das *supermax*, afirmou que:

As prisões de “Supermax” são unidades máximas de segurança com as circunstâncias altamente restritivas, projetadas para segregar os prisioneiros os mais perigosos da população geral da prisão. Seu uso aumentou em anos recentes, em parte como uma resposta à ascensão de grupos na prisão e a violência da prisão. Ohio abriu somente a Supermax, o sistema penitenciário do estado de Ohio (OSP), após um motim em uma de suas prisões de segurança máxima. Na OSP cada aspecto da vida de um prisioneiro é controlado e monitorado. As oportunidades para visita são raras e são conduzidas sempre através de paredes de vidro. Os prisioneiros são privados de quase todos os estímulos ambientais e sensoriais e de quase todo o contato humano. A colocação em OSP realiza-se por um período indefinido, limitado somente pela sentença de um prisioneiro. (ISCUISSATI, 2008, p. 65)

Constata-se que as referidas instituições de segurança “super-máxima” são bastante controversas, não sendo raras as críticas quanto aos seus aspectos cruéis, degradantes e desumanos, e ao abandono por completo da oportunidade de ressocialização dos presos.

2.5 A Evolução da Pena no Brasil

A evolução das penas no Brasil acompanha, num contexto geral, a evolução das penas retratada de maneira geral nos itens antecedentes. Dessa maneira, temos que nos primórdios da colonização, século XVI, estiveram em vigor, sucessivamente, as ordenações Afonsinas, até 1512, e Manuelinas, até 1569, as quais foram substituídas pelo Código de D. Sebastião, que vigorou até 1603, quando entraram em vigor as ordenações Filipinas, cujo Livro V condensava as normas de direito penal. Todos esses textos normativos refletiam, em verdade, o direito medieval, de forma que as penas – que não eram fixadas antecipadamente – eram excessivamente cruéis, severas, perversas e desproporcionais. Fundamentavam-se basicamente em preceitos de ordem religiosa, de forma que o crime era confundido com pecado e ofensa à moral cristã, privilegiando a punição de hereges, feiticeiros, benzedores.

Após a proclamação da independência, D. Pedro I sancionou em 1830 o primeiro Código Criminal do Império do Brasil. Previam-se as penas de prisão e galés⁹, bem como a de banimento ou desterro¹⁰ e a pena de multa, que refletia a preocupação em ressarcir a vítima. Segundo Zaffaroni (2004, p. 188), uma das principais contribuições do Código em tela estava na maneira como regulamentava a pena de multa, estabelecida de acordo com o sistema de dias-multa, muito similar ao atual “sistema nórdico”. Abarcou ainda a pena de morte, com o intuito de coibir a prática de crimes pelos escravos, a qual foi aceita após acalorados debates entre liberais e conservadores no congresso. De acordo com o referido Código, a pena de morte seria executada por meio da forca, após cortejo da população ao condenado e leitura de sua sentença em voz alta. Não obstante, assinala Zaffaroni (2004), “um caso em que ela (a pena de morte) foi imposta a um inocente (Mota Coqueiro), impressionou tanto a D. Pedro II que este comutou todas as sentenças posteriores em que ela seria aplicada.” (ZAFFARONI, 2004, p. 188) Acrescenta Brito (2006, p. 53), que o Código de 1830 tratou, ademais, do trabalho nas prisões e esboçou algo

⁹ A pena de galés sujeitava os réus a andarem de calceta nos pés e corrente de ferro, juntos ou separados, e a se empregarem em trabalhos públicos nas Províncias onde se perpetrara o delito (art. 44 do Código Criminal de 1830).

¹⁰ A pena de desterro impelia o condenado a deixar o lugar do delito, não podendo entrar em sua residência ou na residência do ofendido durante o tempo marcado na sentença. (art. 52 do Código Criminal de 1830)

em torno da individualização das penas, ao permitir a comutação das penas de morte e galés em pena de prisão com trabalho, impostas às mulheres e aos menores de 21 anos e maiores de 60.

Em 1890, tendo em vista a Proclamação da República, fora editado o Código Criminal da República, o qual, desde a sua publicação, fora alvo das mais severas críticas. Com relação a tais críticas, Zaffaroni (2004) afirma que:

É óbvio que a República nasceu sob o signo ideológico do positivismo, e o Código Baptista Pereira não correspondia a essa ideologia. Isto explica as críticas de que foi alvo, particularmente quando chegaram ao Brasil as influências de Ferri e de toda a escola criminológica italiana. Obviamente, as tendências elitistas e racistas não poderiam ver no código de 1890, algo diferente do que a materialização do liberalismo que elas satanizavam. Justifica-se, dessarte, a crítica sobre ser 'o pior de todos os códigos conhecidos' (João Monteiro). (ZAFFARONI, 2004, p. 190)

Assim, possuidor de um texto liberal e clássico, o Código em apreço contemplou, segundo Brito (2006, p. 54), as seguintes penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda de cargo e multa. Não obstante as falhas presentes no texto do Código em tela, a abolição da pena de morte e a instalação de regime penitenciário de caráter corretivo representaram avanços em relação ao Código de 1830.

Salienta Brito (2006, p. 54) que, tendo em vista as falhas do Código Penal de 1890, foram surgindo diversas legislações ordinárias, dentre as quais destacam-se o Decreto nº 16.588, de 6 de setembro de 1924, que introduziu o sursis no Direito Brasileiro e o Decreto nº 16.665, de 6 de novembro de 1924, que dispôs acerca das regras do livramento condicional. A publicação desses diversos diplomas legais tornou extremamente difícil a aplicação das regras penais. Assim, em 1932, o desembargador Vicente Piragibe se encarregou de consolidar, para o seu próprio uso, toda a legislação extravagante, o que culminou na publicação do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que vigorou até 31 de dezembro de 1941.

Em 1940, tem-se a promulgação de novo Código Penal, o qual, entretanto, passou a vigorar somente a partir de 1942, com o objetivo de que houvesse um amplo conhecimento de seu texto e, ainda, de maneira a coincidir com o início de vigência do Código de Processo Penal.

Segundo afirma Zaffaroni (2004), o Código de 1940, que vigora até os dias atuais, ainda que parcialmente revogado:

“É um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de ‘medidas de segurança’ pós-delituosas [...] chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde a um ‘tecnicismo jurídico’ autoritário [...] esse sistema se manteve, embora atenuado pela ação da doutrina e da jurisprudência, mostrando sempre uma dualidade de concepção do homem que, com o passar do tempo, foi se tornando mais manifesta e intolerável.” (ZAFFARONI, 2004, p. 192)

Brito (2006, p. 56) nos relata que em 1979, com o princípio da abertura política, inicia-se um movimento no sentido de se proceder a uma reforma penal, abarcando o código penal, de processo penal e ainda uma lei de execução penal. Em 1980, o Professor Francisco de Assis Toledo é incumbido de presidir comissão com o objetivo de reforma da parte geral do código penal. Na sequência, em 1981, o anteprojeto de Código Penal – Parte Geral é publicado para receber críticas e sugestões, bem como o anteprojeto de Código de Processo Penal e anteprojeto da Lei de Execução Penal. Em 1984, os anteprojeto de Código Penal - Parte Geral e da Lei de Execução Penal são devidamente aprovados pelo Congresso, convertendo-se nas Leis nº 7.209 e 7.210, ambas de 11 de julho de 1984, com entrada em vigor em 13 de janeiro de 1985.

O novo texto da Parte Geral do Código Penal representou a opção do legislador por uma nova política criminal, muito mais voltada para os Direitos Humanos. Abandona-se, de maneira geral, o autoritarismo e tecnicismo presentes na parte geral anterior, elimina a possibilidade de perpetuação da pena e avança ao estabelecer a possibilidade da concessão do livramento condicional, tendo o preso cumprido um terço da pena.

Seguindo a mesma linha adotada na nova Parte Geral, a Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, reflete uma política criminal garantista, que visa o respeito e a manutenção dos direitos fundamentais do preso. Nesse sentido, percebe-se forte influência das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos¹¹.

¹¹ As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos é documento oficial da ONU, aprovado no XII Congresso Penitenciário Internacional realizado em Genebra de 22 de agosto a 3 de setembro de 1955, considerado hoje como sendo o 1º Congresso da ONU para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. O documento em tela se norteou em princípios e conceitos presentes na maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos, de forma a delinear regras concernentes uma boa administração penitenciária e a um tratamento satisfatório do recluso, visando à proteção de sua dignidade, integridade física e moral, e a sua reintegração social, e a garantia de que o preso não será submetido tratamento desumano e a condutas abusivas, ou seja, busca um aperfeiçoamento constante da execução de penas. Cuida-se, dessa maneira, de uma carta de recomendações mínimas a serem

No que concerne ao histórico das penas, é importante salientar ainda a publicação da Lei nº 9.714/98, que incluiu em nosso sistema de penas a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, e ainda a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando presentes determinados requisitos estabelecidos na lei. A legislação em tela é um exemplo de como a sociedade brasileira caminhava na busca de alternativas viáveis ao aprisionamento.

Não obstante, no decorrer dos últimos anos, identificamos um movimento de retomada do modelo repressivo e autoritário. Nesse sentido, Zaffaroni (2006, p. 195) é bastante esclarecedor ao afirmar que:

Desastradamente, demonstrando uma recaída, diante do impacto dos meios massivos de comunicação 'mobilizados em face de extorsões mediante seqüestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país [...] um medo difuso e irracional, acompanhado de uma desconfiança para com os órgãos oficiais de controle social, tomou conta da população, atuando como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir' (Silva Franco), culminando com a edição da Lei 8.072, de 25.07.1990, que dispõe sobre os 'crimes hediondos', e outras, no mesmo sentido, estão em elaboração. É a passagem da ideologia da segurança nacional para a ideologia da segurança urbana. Lamentavelmente. (ZAFFARONI, 2006, p. 195)

2.6 A Prisão no Brasil

Até meados do século XIX, a execução das penas privativas de liberdade ocorria em instalações precariamente adaptadas, tais como fortalezas, ilhas, quartéis e até mesmo navios, além das clássicas prisões eclesiásticas, localizadas principalmente em conventos¹². Roig (2005, p. 28) afirma que o tratamento destinado aos presos era excessivamente cruel, com a utilização de severos castigos corporais, acorrentamentos, chibatadas e solitárias.

seguidas pelos Estados-parte, obviamente considerando as peculiaridades de cada país. (BRITO, 2006, 62)

¹² Dentre as fortalezas, destacam-se as de Lage, de São João, de Villegaignon, de Santo Antônio, da Conceição e de Santa Cruz. Como exemplos de ilhas: a Ilha das Cobras, a Ilha de Santa Bárbara e a Ilha de Fernando de Noronha. No que concerne a quartéis: quartel do Campo da Honra e o Quartel dos Badornos. Dentre os navios, também denominados de "presingangas": a nau Príncipe Real, fundeada na Baía de Guanabara, e a nau Pedro I, ancorada no porto do Rio de Janeiro. Os conventos: de Santo Antônio, São Bento e Carmo. (Roig, 2005, p. 29)

Diante dessa conjuntura, é inaugurada, em 1850, a primeira prisão brasileira, construída especificamente para abrigar detentos, denominada “Casa de Correição da Corte”, conhecida hoje como Complexo Frei Caneca, no Rio de Janeiro. Concebida em consonância com o modelo de Auburn, a técnica punitiva consistia na reabilitação do preso durante o dia por meio do trabalho obrigatório (não remunerado) e o isolamento celular noturno sob a regra do silêncio absoluto. No que se refere à arquitetura prisional, a referida penitenciária incorporou as diretrizes do modelo panóptico, que era vista à época como a melhor estratégia para controle dos detentos. É de se destacar, ainda, que a casa de detenção em apreço contava com um calabouço, que tinha por finalidade abrigar escravos fugitivos e entregues pelos proprietários à autoridade pública, em depósito, ou para que recebessem a pena de açoite.

Entretanto, como ressalta Porto (2007):

O modelo experimental panóptico demonstrou, ao longo dos anos, não ser o mais apropriado para as prisões brasileiras. É que a realidade carcerária nacional, longe do modelo idealizado em Auburn, não atendeu aos preceitos de isolamentos, silêncio absoluto e disciplina desejados. (PORTO, 2007, p. 15)

Em verdade, o que se constatou é que a referida Casa de Detenção se destinou, em sua maioria, ao encarceramento de pobres e miseráveis, muitos deles escravos, que cometiam pequenos delitos. Desde essa época, é possível perceber o caráter seletivo do cárcere no Brasil, destinado frequentemente a classes mais pobres.

No Estado de São Paulo, a primeira Casa de Detenção foi inaugurada em 1852, composta de três alas, sendo uma delas destinada a presos políticos. Já no início do século XX, mediante o crescente número de reclusos, fez-se necessária a construção de novos presídios. Assim, em 1920, é inaugurada a Penitenciária do Estado de São Paulo, cujo projeto fora idealizado por Ramos de Azevedo, e pretendeu abrigar todo o contingente de presos do Estado, qual seja, 1.200 (mil e duzentos) presos. As celas eram individuais e havia oficinas de trabalho e enfermarias. O projeto foi considerado à época um modelo, servindo de inspiração para a construção de inúmeros outros presídios.

Em que pesem as críticas positivas ao modelo, Porto (2007, p.17) ressalta que este não observou a necessidade de classificação de presos, pois não existia na sua

arquitetura um meio de separá-los de acordo com a gravidade dos delitos cometidos. Como exemplo de insucesso do modelo em tela, pode-se citar a Casa de Detenção de São Paulo – Carandiru – inaugurada em 1956 para abrigar presos provisórios, logo passou a acolher também presos condenados. Construída para abrigar 3.200 detentos, chegou ao número absurdo de 8.000 presos, recorde mundial de detentos num único estabelecimento, tendo sido desativa em 2002.

De modo a atender à individualização da pena, na década de 50 surgem os Institutos Penais Agrícolas, inspirados no sistema progressivo irlandês, nos quais os presos trabalhavam no campo durante o dia e eram recolhidos em celas coletivas à noite. Constata-se que, ainda hoje, o referido sistema progressivo irlandês é aplicado em nossa legislação, tendo em vista as hipóteses de semi-liberdade e em seguida a liberdade sob vigilância. Não obstante, as Colônias Agrícolas encontram-se em franco declínio na prática.

Ainda no que se refere à arquitetura prisional, é de se destacar que a partir da década de 60, tendo em vista o fracasso do modelo idealizado por Ramos de Azevedo, surgem novas formas arquitetônicas, dentre as quais o modelo Pavilhonar de presídio, em que os detentos eram abrigados em pavilhões isolados uns dos outros, de maneira a não permitir que uma rebelião se alastrasse por todo o presídio. Merece destaque o fato de que todos os modelos até então, adotaram a filosofia do Panóptico de Bentham, de modo a permitir que uma central de controle visualizasse todas as unidades.

Somente recentemente, em 2005, o Conselho Nacional de Política Criminal editou resolução estabelecendo diretrizes a serem seguidas pela União e Estados-membros na idealização e construção de estabelecimentos penais. Nos parece importante salientar que, conforme tendência mundial, no que se refere à capacidade dos presídios, a resolução adotou o menor número possível, tendo em vista as peculiaridades do país. Assim, presídios de segurança máxima devem abrigar entre 60 e 300 presos, enquanto os de segurança média entre 300 e 800 detentos.

Em que pesem as referidas diretrizes, a realidade carcerária do Brasil é bastante diversa, reproduzindo as situações encontradas desde os primórdios da prisão no período colonial. Corroborando a assertiva, Roig (2005, p. 34) afirma que “a conjuntura penitenciária brasileira não sofrera significativas modificações após o período colonial, evidenciado uma calamidade que se protraiu ao longo dos séculos, apresentando reflexos diretos na realidade carcerária atual.”

De acordo com os dados de 2007 obtidos no INFOPEN¹³, a população carcerária, que em 2005 era de 361.402, passou em 2007 para 422.590, o que representa um crescimento de 16,9% em apenas dois anos. No que se refere às vagas existentes no sistema, em 2007 contavam 275.194 – distribuídas em 1.094 estabelecimentos, ou seja, um déficit de 147.396 vagas. A superlotação dos presídios é descrita nos relatórios de visitas a presídios promovidas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. A seguir, reproduzimos trechos do relatório da visita¹⁴ realizada nos estabelecimentos prisionais de Minas Gerais, nos dias 26 e 27 de novembro de 2007:

A Delegacia de Tóxicos acolhia, no dia da visita, cerca de 87 presos, em 06 (seis) celas coletivas, um amontoado de homens, praticamente despidos, presos já condenados, provisórios, ora em regime fechado, ora em semi-aberto. Na verdade onde existem 12 presos (uma das celas), o ideal era que comportasse, somente, 02 (dois). Um inspetor da Polícia Civil administra a carceragem, o qual, com a nossa presença, fez questão de demonstrar força e vigor, ao tratar alguns presos com palavrões e indignidade. Alguns presos reclamaram de torturas e maus-tratos [...] Trata-se com efeito de uma verdadeira catástrofe humana, que jamais deveria existir numa cidade tão desenvolvida.

Também administrada pela Polícia Civil do Estado, a 16ª Delegacia de Polícia, no centro de Belo Horizonte, região nobre (Pampulha), acomodava em sua carceragem na data da visita, cerca de 100 (cem) presas, quando na verdade, só comportaria 20 (vinte). Também é verdade que as presas vivem num ambiente absolutamente subumano, mercê das condições físicas e materiais das 03 (três) celas existentes. São presas condenadas, provisórias, em regime fechado, semi-aberto e aberto e, por incrível que pareça, encontramos uma delas em livramento condicional. Muitas detentas dormem no chão, [...] não existe educação, nem saúde, nem qualquer tipo de atividade. [...] Ao manter diálogo com uma delas, ouvi: “Dr., só vem para este inferno as presas pobres, as ricas vão para a Penitenciária Feminina”. Indaguei da outra: por que algumas detentas estão no isolamento e outras não? Resposta: “As que estão do lado de fora servem aos homens que são indicados pela polícia.” [...] Quando as detentas estão de castigo são proibidas de tomar banho.

CERESP – GAMELEIRA – Com 1280 (um mil duzentos e oitenta presos), o presídio comporta condenados, provisórios, em regime aberto e semi-aberto, quando sua capacidade é de apenas 800 (oitocentos). [...] Não há exames criminológicos, não possui Conselhos Disciplinares (o castigo é imposto pelo agente penitenciário, sem conhecimento da direção. [...] Com nossa chegada, os presos começaram a gritar, pedindo para conversar, o que fizemos com dois deles. O primeiro mostrou-se revoltado pois havia estado no isolamento por mais de 40 dias, simplesmente porque um dos agentes penitenciários determinou; o outro, por sua vez, já fazia jus a

¹³ INFOPEN – Sistema Nacional de Informação Penitenciária – Dados Consolidados do ano de 2007, Departamento Penitenciário Nacional/ Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>. Acesso em 02 de março de 2009.

¹⁴ Relatório de Visitas a Presídios do Estado de Minas Gerais, entre os dias 26 e 27 de novembro de 2007. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária CNPCP/ Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>

livramento condicional – pelo menos no que tange ao lapso temporal – e nunca havia se comunicado com um advogado ou defensor público.

Localizado em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, o presídio Dutra Ladeira possui 06 (seis) anexos, três de segurança mínima e três de segurança máxima. [...] Não há procedimento administrativo para apuração de faltas praticadas pelos detentos, nem tampouco o isolamento preventivo é realizado na forma da lei, obedecidos os princípios legais da ampla defesa e do devido processo legal. 62 (sessenta e dois) do total de presos estavam custodiados em um pavilhão denominado de “seguro”. Trata-se, na espécie, de submissão do regime disciplinar diferenciado, sem dúvidas, porque muitos deles estão isolados, completamente, em cela individual, há mais de 6 (seis) meses. Não havia ordem judicial para que eles fossem custodiados dessa forma.

Constata-se pelos relatos que a superlotação dos presídios e cadeias é o mais grave e crônico problema do sistema penitenciário, que, por sua vez, gera consequências funestas no âmbito da saúde, como a propagação de doenças contagiosas, dentre elas a tuberculose e a AIDS. De acordo com o Censo Penitenciário Nacional de 1994¹⁵, um terço da população carcerária nacional era portadora do vírus HIV. Segundo especialistas da área de saúde, a epidemia de AIDS nas prisões tem, ainda, provocado profundo impacto na propagação da tuberculose, o que representa um sério risco para toda a comunidade envolvida no sistema prisional. Eles ainda sugerem que se a tuberculose não for controlada dentro das prisões, dificilmente será controlada fora delas.

Em comentário acerca da situação das prisões no Brasil, em contraposição ao disposto na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso XLIX, assegura ao preso sua integridade física e moral, LEAL (2001) é taxativo ao afirmar:

De fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias; onde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arrepio da proibição expressa da Lei nº 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos, sem banhos de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são harto precários e a violência sexual atinge níveis desassossegantes? Como falar, insistimos, em integridade física e moral em prisões onde a oferta de trabalho inexistente ou é absolutamente insuficiente; onde presos são obrigados a assumirem a paternidade de crimes que não cometeram, por imposição dos mais fortes; onde um condenado cumpre a pena de outrem, por troca de prontuários; onde diretores determinam o recolhimento na mesma cela de desafetos, sob o falso pretexto de oferecer-lhes uma chance de tornarem-se

¹⁵ Censo Penitenciário Nacional 1994. Ministério da Justiça/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 67.

amigos, numa atitude assumida de público, flagrantemente irresponsável e criminosa? (LEAL, 2001, p. 89)

Outro aspecto a ser salientado em análise do que foi transcrito do relatório de visitas está relacionado ao tema de nossa pesquisa, o Regime Disciplinar Diferenciado. Como visto, entre a intenção e o gesto ocorre um profundo divórcio entre plano, resoluções, códigos e a amarga realidade do sistema prisional brasileiro, imperando a discricionariedade e arbitrariedade nas decisões de punições, que são tomadas inclusive por autoridades sem legitimação para tal.

3 DAS TEORIAS DA PENA

Ao promover a análise dos fundamentos e justificativas da pena em verdade se perquiri antes de tudo a justificativa de existência e fundamentação do próprio Sistema Penal. Talvez por esse motivo seja essa uma discussão que tem ocupado um espaço primordial desde o surgimento da Ciência Penal. Nessa esteira, ao analisarmos as teorias da pena, questionaremos o que fundamenta e legitima um Estado exercer uma violência programada dirigida a um único indivíduo? Percebe-se, claramente, que a cada concepção de Estado teremos uma concepção de pena, de modo que o desenvolvimento de uma sociedade se reflete no desenvolvimento da concepção de Estado, que por sua vez determinará a concepção de pena que esta mesma sociedade utilizará para punir seus infratores. A análise dessa justificação é de essencial importância para o entendimento do tema posto em relevância neste estudo monográfico, de modo a verificarmos as teses que fundamentam a implementação do Regime Disciplinar Diferenciado.

A princípio distinguimos três teorias legitimadoras do direito penal, chamadas por Ferrajoli (2006) justificacionistas, já que “justificam os custos do direito penal com objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis.” (FERRAJOLI, 2006, p. 230) Denominamos tais teorias de absolutas, relativas e mistas.

3.1 Teorias Legitimadoras do Direito Penal

3.1.1 Teorias Absolutas

As teorias absolutas justificam a pena unicamente no delito praticado, quer como realização da justiça, quer como expiação de um mal. Independente de considerações sobre a sua função, a pena se justifica como um fim em si mesma, como castigo, reparação ou reação ao crime. Nesse sentido, a pena seria retribuição moral, uma compensação do mal causado pelo crime.

As teorias absolutas se baseiam principalmente nas concepções de Kant e Hegel. Suas teorias, por sua vez, podem ser consideradas releituras laicas de ideias que antes eram revestidas de caráter religioso, tais como: “vingança” (*ex parte agentis*), da “expição” (*ex parte patientis*) e do “reequilíbrio” entre pena e delito. Para Kant (2003), a pena judicial deve ser imposta ao delinquente simplesmente porque delinuiu, já que o homem nunca pode ser um meio, e sim um fim em si mesmo. A pena atende assim à necessidade absoluta de justiça, que deriva de um imperativo categórico, ou seja, de uma moral incondicional, independente de considerações sobre sua finalidade ou utilidade. Assume um caráter de retribuição ética, considerando o valor moral da lei penal violada, de modo que ao mal do crime se impõe o mal da pena. Nesse sentido, afirma Kant (2003) que:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. (KANT, 2003, p. 174)

Hegel, por sua vez, fundamenta a pena na retribuição jurídica estabelecendo que o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime, restabelecendo assim o direito. Nesse sentido, a pena é exigência absoluta da razão, restaurando a razão do direito e anulando a razão da pena. Queiroz (2001), em análise derradeira da concepção de Hegel, conclui que:

A pena, em Hegel, apresenta-se, em conclusão, como condição lógica inerente à existência do próprio direito, que não pode permanecer sendo direito, senão pela negação da vontade particular do delinquente, representada pelo delito, pela vontade geral (da sociedade) representada pela lei. (QUEIROZ, 2001, p. 23)

Em que pesem as notoriedades de Kant e Hegel, não se pode furtar a um olhar crítico acerca de suas concepções. Constata-se que a ideia de retribuição ética ou jurídica tal como proposta deriva, em verdade, da confusão entre direito e natureza, ou seja, a ideia de pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda da purificação do delito por meio do castigo, ou a ideia não menos razoável de reparação simétrica do direito pela pena de um ato

delituoso. A clássica afirmação de Platão de que “o que foi feito não pode ser desfeito” parece-nos a melhor descrição do que ocorre na esfera penal, de modo que uma retribuição naturalística ou uma reparação metafísico-jurídica não podem justificar ainda hoje a aplicação das penas.

3.1.2 Teorias Preventivas, Relativas ou Utilitaristas

As teorias preventivas, relativas ou utilitaristas se diferenciam das absolutas já que fundamentam a pena em seus fins preventivos posteriores, ou seja, na necessidade de evitar a prática futura de delitos. Essa distinção é claramente posta por Sêneca, citado por Ferrajoli (2006): “as teorias absolutas são *quia peccatum*, ou seja, dizem respeito ao passado; as teorias relativas, ao contrário, são *ne peccetur*, ou seja, referem-se ao futuro.” (SÊNECA, 1977, p. 50, *apud* FERRAJOLI, 2006, p. 236). Nesse sentido, ao contrário do que afirmam as teorias absolutas, a pena não se fundamenta na realização de justiça, mas na prevenção de que novos delitos sejam praticados, de modo que a pena é concebida enquanto meio de se prevenir a ocorrência de novos delitos e não como fim ou valor. Assim, a pena se justifica por ser necessária e útil à segurança social.

Para Ferrajoli (2006), essa função utilitarista da pena é o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado. Afirma ademais, que a utilidade da pena é um elemento constante e essencial na figuração de toda a tradição penal liberal. Corroborando a afirmativa, Ferrajoli (2006) cita diversos filósofos, dentre os quais Hobbes, que afirma que:

Na cominação das penas não é necessário preocupar-se com o mal enfim passado, mas sim com o bem futuro, ou seja, não é lícito infligir penas senão com o objetivo de corrigir o pecador ou de melhorar os outros valendo-se da advertência da pena imposta [...] A vingança, em não se referindo ao futuro e sendo fruto de glória vã, é um ato contrário à razão. (HOBBS, De cive, p. 118, *apud* FERRAJOLI, 2006, p. 242)

Ferrajoli (2006, p. 243) acrescenta que embora a utilidade da pena esteja na base da construção dos limites do poder punitivo dos estados, ela não se traduz numa condição por si só suficiente para fundar sistemas garantistas de direito penal

mínimo. Nesse sentido, expõe duas vertentes do utilitarismo: a primeira na qual a utilidade está no fim de se alcançar a máxima segurança social dos não desviantes; a segunda, aquela em que a utilidade encontra-se na imposição de um mínimo de sofrimento necessário à minoria formada pelos desviantes. Conforme se pode concluir, pela primeira vertente se pode justificar e legitimar as penas mais severas, os procedimentos mais antigarantistas em nome da segurança social. Ao passo que, a segunda vertente impõe a adoção de um modelo garantista de direito penal. Segundo o autor em tela, é de se observar que a tradição penal utilitarista se amolda inteiramente à primeira vertente, já que atribuem à pena a única finalidade de prevenir futuros delitos, tutelando, assim, a maioria não desviante, o que as torna também insuficientes, tal como expostas, para justificarem hodiernamente a imposição de penas.

Passemos à análise das teorias preventivas. A princípio essas teorias dividem-se em prevenção geral e prevenção especial.

3.1.2.1 – Teoria da Prevenção Geral

A prevenção geral justifica a pena na sua função de prevenir novos delitos atuando sobre a generalidade das pessoas, ou seja, sobre a sociedade como um todo. Denomina-se prevenção geral positiva a corrente que encontra na pena uma finalidade de “produzir efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (estabilização da consciência do direito)”. (PRADO, 2007, p. 542)

Assim, concebe-se a pena como meio de fortalecer os valores ético-sociais tutelados pela norma. “Infundindo na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.” (QUEIROZ, 2001, p. 40) Na atualidade, Welzel e Günther Jakobs se destacam como doutrinadores que a partir dessa perspectiva elaboraram suas teorias. Para Welzel (1993, p. 5), a norma penal tem uma importante função de fortalecimento da consciência de permanente fidelidade jurídica, assegurando a vigência inquebrantável dos valores éticos, sendo a missão mais profunda do Direito Penal de natureza ético-social de caráter positivo. Por sua

vez, Jakobs (1995, p. 9-18), inspirando-se na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, concebe a pena positivamente, tendo por missão a manutenção da norma enquanto modelo de orientação de condutas para os contatos sociais. Isto é, a pena é uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável, cuja função é, portanto, afirmar positivamente a sua validade.

Numa análise crítica, lançamos mão dos argumentos de Ferrajoli e Queiroz, os quais expressam, de maneira muito clara, a fragilidade da justificação da corrente em tela. O primeiro expõe que as doutrinas penais que atribuem ao direito penal uma função de prevenção geral positiva confundem direito e moral, e inscrevem-se no “inexaurível filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado e ainda concebendo o direito penal como instrumento de orientação moral e educação coletiva.” (FERRAJOLI, 2006, p. 256) No mesmo sentido, Queiroz (2001, p. 44-46) questiona a legitimidade do Direito Penal ser utilizado para o fortalecimento de valores éticos e morais. Exemplifica, para tanto, que a despeito da criminalização do aborto, ninguém deixou de praticá-lo somente por estar tipificado, aqueles que o deixam de praticá-lo o fazem por questões morais, religiosas ou de outra índole que independem de sua tipificação penal. Ademais, afirma esse autor, que num Estado Democrático de Direito seria absurdo aceitar que se aplicassem as normas mais drásticas do ordenamento jurídico, quais sejam, da esfera penal, com a justificativa em tela.

Prevenção geral negativa, por sua vez, é a corrente que encontra na pena um meio de prevenir a prática de delitos intimidando ou coagindo psicologicamente os destinatários da norma. Ferrajoli (2006, p. 257) distingue duas correntes: a) as doutrinas que entendem que a intimidação da sociedade como um todo ocorre por meio do exemplo fornecido pela aplicação da pena; b) as que entendem que a intimidação, também voltada para a generalidade, ocorre por meio da ameaça de pena contida na lei.¹⁶

¹⁶ Salientamos que neste item outros autores não se utilizam da subdivisão adotada por Ferrajoli, não distinguindo as duas correntes ora apresentadas. Dentre autores que não utilizam a subdivisão: Paulo de Souza Queiroz, para quem Feuerbach é o grande expoente da prevenção geral em sua versão negativa. O citado autor afirma que Feuerbach distingue dois momentos na aplicação da pena: “No primeiro, o objetivo da norma é “a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”; no segundo, fim da pena é “dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que, sem a aplicação da cominação, tal seria ineficaz.” (QUEIROZ, 2001, p. 37)

Entre os filósofos que se utilizaram dos argumentos da primeira corrente podemos citar: Grócio, Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Beccaria, Bentham. Quanto à fundamentação dessa corrente é de se destacar que se utiliza de meios para justificar os fins, ou seja, a punição de um determinado homem se justifica porque, por meio desta punição, se intimida todo o resto dos destinatários da norma jurídica. Para constatar a incongruência dessa fundamentação, utilizemo-nos da tese Kantiana segundo o homem é um fim em si mesmo, de modo que jamais deve ser utilizado como meio para persecução de fins alheios a si próprio, o que seria profundamente imoral. Por sua vez, realçando as falhas da corrente em tela, Ferrajoli (2006, p. 257) ainda afirma que a utilização desses argumentos pode mesmo justificar a adoção de um direito penal extremamente severo, com punições discricionárias e desiguais segundo a conveniência política ou o alarme social, fato inaceitável num Estado Democrático de Direito.

Quanto a segunda corrente, segundo a qual a intimidação geral ocorre por meio da ameaça de pena contida na lei, temos em Feuerbach, segundo Ferrajoli (2006, p. 258), seu principal expoente. Pode-se dizer que representou um avanço em relação às demais teorias já que refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, não confunde direito e moral, já que o fim da pena também não é o melhoramento ou confirmação de uma ética ou moral, como na prevenção geral positiva, e por fim, desconecta a função da pena da punição de um indivíduo singular como acontece na primeira corrente da prevenção geral negativa.

Não obstante essa evolução na argumentação, a crítica dessa corrente está no fato de que o fundamento utilizado não justifica as proibições em si, ou seja, não consegue delimitar quais ações devem ser tuteladas pelo Estado por meio do Direito Penal, por conseguinte não delimita também quais as penas justificáveis para prevenir tais ações. De modo que, não sendo suficiente para determinar o critério de limitação das penas, a corrente em estudo permite uma abertura para justificar a implementação de um Direito Penal severo, sempre que conveniente politicamente.

Analizadas as teorias da prevenção geral, passa-se à análise das teorias da prevenção especial ou individual.

3.1.2.2 Teoria da Prevenção Especial ou Individual

A teoria da prevenção especial é aquela em que a função da pena é atuar diretamente no delinquente, de maneira a que este não volte a delinquir, ou seja, é a teoria que fundamenta a pena como sendo o meio de se prevenir a reincidência. De modo que, ao contrário do que reza as teorias da prevenção geral, para as quais o escopo da pena é atuar sobre a generalidade das pessoas de maneira a se evitar novos crimes, pela prevenção especial, ao contrário, o fim da pena é a sua atuação específica no indivíduo que delinuiu, concretamente considerado.

Verifica-se, nesse contexto, que tais teorias preocupam-se menos com o crime ocorrido, já que o fim da pena é a correção do réu. Assim, tais teorias são em certo aspecto deterministas ou pragmáticas, no sentido de que ao direito penal cabe não somente prevenir crimes, mas também e principalmente transformar a personalidade desviante de um sujeito por meio da pena.

Segundo Queiroz (2001, p. 57), as versões mais radicais desta doutrina pretendem substituir a justiça penal por uma “medicina social”, cujo objetivo seria o saneamento social por meio da melhoria do indivíduo delinquente através de medidas terapêuticas, tornando-o dócil, utilizando-se de tratamento ressocializador que lhe anule as tendências criminosas, ou em outro sentido, segregando-o provisoriamente ou definitivamente da sociedade. Nesse sentido, Pedro Dorado Montero, citado por Garcia (1977, p. 72), afirma que a missão da administração da justiça penal é o saneamento social, uma função de higienização e profilaxia, em que os juízes passariam a ser novos médicos sociais.

Outra corrente da prevenção especial é denominada por Ferrajoli (2006, p. 249) de teleológica e programática. Segundo essa orientação, a função de prevenção especial das penas ocorre por meio de sua individualização e diferenciações. Franz Von Listz, um dos maiores expoentes dessa versão, concebeu um modelo de direito penal flexível e polifuncional, estabelecendo que a função da pena seria ressocializadora, neutralizadora ou intimidatória conforme o tipo de delinquente a ser tratado: adaptáveis, inadaptáveis ou ocasionais. Nesse sentido, percebe-se uma adaptação da pena a ser aplicada em função do indivíduo que delinuiu, e a possibilidade e necessidade de recuperá-lo ou não.

Após Von Listz, houve reformulações outras que se basearam no mesmo princípio de proteção da sociedade contra agentes perigosos por meio de tratamento. Entre essas reformulações, destacamos a de Marc Ancel (1979, p. 18), para quem a proteção da sociedade se dá, sobretudo, por meio de um conjunto de medidas extrapenais, destinadas a neutralizar o delinquente, seja pela eliminação, seja pela segregação, seja por meio da aplicação de métodos curativos ou educativos.

É de se destacar que esta teoria exerceu grande influência nas legislações contemporâneas. Nesse sentido, a Constituição Espanhola declara expressamente em seu art. 25, item 2, que “as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança estão orientadas para a ressocialização e reinserção social” (Espanha, 1978, p. 10). Semelhantes dispositivos são encontrados também na legislação penal italiana, alemã e inclusive em nossa Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, que em seu art. 1º reza: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (BRASIL, 1984)

No que se refere ainda à utilização das teorias da prevenção especial, Ferrajoli (2006) afirma que por pretenderem a correição dos indivíduos, estiveram em perfeita coerência com os sistemas políticos totalitários, tendo sido suas teorias prediletas, pois justificavam “modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado.” (FERRAJOLI, 2006, p. 255) Nesse sentido, o autor cita como exemplos de utilização de tais teorias: a doutrina nazista do “tipo normativo do autor”, os manicômios criminais soviéticos, bem como as escolas de reeducação da China popular.

Dentre as críticas que se pode destacar a essa doutrina, Queiroz (2001, p. 62) ressalta as seguintes: a primeira está em que nada discorre sobre os limites de intervenção estatal no âmbito penal, ou seja, sobre o conteúdo do poder punitivo do Estado, fato inclusive que as levaram ser teorias justificacionistas de sistemas penais autoritários. Apresenta-se, *a priori*, mais uma teoria de execução penal que de direito penal. Ademais, viola o princípio da proporcionalidade entre crime e pena, bem como o da igualdade, já que o aspecto importante está na pessoa do delinquente e não no crime cometido. Assim, ao dissociar a pena a ser aplicada do fato criminoso e relacioná-la somente à periculosidade do apenado, grandes disparidades poderiam

ocorrer, como, por exemplo, um agente criminoso que comete furtos sucessivos ser considerado mais perigoso e assim ser condenado a pena muito mais severa que um homicida ocasional. Aliás, casos como esse de homicida ocasional, tendo em vista a aplicação da teoria em tela, não justificam nem mesmo a aplicação de qualquer pena, a não ser de advertência, pois que o agente não representa perigo real para a sociedade já que não é portador de tendências criminosas. Outro aspecto a ser considerado, diz respeito ao fato de que o crime é resultado muito menos das inclinações internas dos agentes do que do conjunto de variáveis externas tais como: condicionamentos sociais, oportunidade de acesso a bens, ou seja, do arcabouço social e moral no qual se insere o indivíduo. De modo a não fazer muito sentido buscar alteração interna do agente, enquanto as estruturas que o levaram ao cometimento do crime permanecem inalteradas.

Ainda no que concerne às críticas da teoria da prevenção especial, Ferrajoli (2006, p. 254-255) acrescenta que não é lícito ao Estado Democrático de Direito, por meio de tratamento penal coercitivo, pretender a recuperação ou integração social de um indivíduo por violar o princípio básico de respeito às diversidades e à tolerância de qualquer subjetividade humana, até mesmo a mais perversa e inimiga, porquanto é algo intrínseco e sujeita ao poder punitivo. De maneira que o cidadão, se tem o dever jurídico de não cometer atos delitivos, tem o direito de ser internamente ruim e permanecer sendo o que é, por respeito ao princípio da liberdade e da autonomia da consciência.

Por derradeiro, o último ponto crítico a ser destacado refere-se à contradição intrínseca de educar para a liberdade em condições de não-liberdade, ou seja, pretende-se ressocializar um indivíduo segregando-o da sociedade. Como crítica consolidada à prisão, sabe-se que como meio de recuperação se mostrou uma farsa, constituindo na prática escolas criminógenas, que agravam na maioria das vezes a situação sócio-moral do delinquente.

3.1.3 Teorias Unitárias ou Mistas

Denominam-se unitárias ou mistas as teorias que utilizam os argumentos das diversas teorias absolutas e relativas. Segundo Mir Puig (1985, p. 46), entende-se

que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são aspectos distintos de um único e complexo fenômeno que é a pena. Bitencourt (2004, p. 142) afirma que os formuladores da teoria unificada entendem que as teorias absolutas ou relativas são incapazes de compreender o fenômeno punitivo na sua totalidade e complexidade, e que ao incorrerem no erro do formalismo e purismo, colocam em risco direitos fundamentais da pessoa humana - uma clara referência à utilização das teorias em tela por sistemas autoritários. Merkel, no início do século XX, foi o responsável pelo delineamento da teoria unitária na Alemanha, e desde então, é essa teoria adotada e defendida pela grande maioria dos doutrinadores atuais.

Concebem as teorias mistas que a justificação da pena ocorre por ser ela justa, ou seja, retribui ao apenado o mal causado à sociedade, e ainda por ser útil na preservação dos demais bens jurídicos. Nesse sentido, a pena deve ser aplicada se presentes os dois móveis que a justificam. Assim, ainda que justa, a pena somente deve ser aplicada se necessária, e ainda que necessária deverá ser aplicada somente quando justa. Desse modo, os dois aspectos funcionam como limites um do outro, de maneira a evitar os excessos de uma possível política criminal que privilegie um ou outro fim.

Entendendo de forma diametralmente oposta ao que foi exposto acima, Roxin, citado por Queiroz (2001, p. 70) afirma que, em verdade, ao se justapor três concepções distintas, a teoria unitária tende ao fracasso já que “a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, absolutamente, mas, ao contrário, se multiplicam.” (ROXIN, *apud*, QUEIROZ, 2001, p. 70)

De modo a superar a problemática acima exposta, Roxin (*apud* Queiroz, 2001, 70-71) delinea a Teoria Dialética Unificadora, segundo a qual é necessário compreender que o direito penal é composto de três fases que se complementam, porém cada qual com a sua justificação particular. Identifica assim, a fase de ameaça (cominação), a imposição (aplicação) e a execução da pena. Na primeira fase, a pena é fundamentada na prevenção geral conjugada ao princípio da subsidiariedade. Por sua vez, a imposição de pena se justifica pelos fundamentos da prevenção geral negativa e positiva, prevenção especial, bem como do princípio da culpabilidade. No terceiro estágio – de execução – a pena encontra seu fundamento na prevenção geral, bem como na reintegração e ressocialização do preso. Percebe-se que a

introdução dos citados princípios da subsidiariedade e da culpabilidade são os itens inovadores em tal teoria, entretanto, a utilização de tais princípios não afasta a citada teoria das críticas já expostas a cada uma das teorias da prevenção.

3.2 Teorias Deslegitimadoras do Sistema Penal

As teorias que serão abordadas neste capítulo, denominadas abolicionistas, ao contrário daquelas revisadas nos subitens anteriores, são teorias que não reconhecem a legitimidade de utilização pelo Estado de sua potestade punitiva. Tais teorias são, em verdade, movimentos de política criminal, especificamente da denominada Criminologia Crítica, surgida nos Estados Unidos na década de 60 e 70, influenciados principalmente por críticas sociológicas ao direito penal. Como esclarece Nilo Batista (2005):

Ao contrário da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual a priori inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: contra quem e em favor de quem) se elaborou este código e não outro. [...] A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc) (BATISTA, 2005, p. 32)

Antes de se proceder à análise dessas teorias faz-se necessário esculpir o retrato da deslegitimação do sistema penal que embasou o surgimento dessa corrente doutrinária.

Segundo Queiroz (2001, p. 93), um dos principais argumentos utilizados pelos abolicionistas para sustentar a idéia de abolição do sistema penal é sua inidoneidade funcional ou motivadora da norma penal, ou seja, o sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos. Entende-se que como o delito é resultado de várias causas – sociais, psicológicas, culturais – o direito penal não é meio apto a motivar comportamentos no sentido da norma pena. Nesse sentido, como já exemplificado anteriormente, pode-se citar o aborto, o uso e tráfico de entorpecentes.

Nesse sentido, pode-se até falar em uma “eficácia invertida” do sistema penal, ou seja, “a contradição entre funções declaradas ou promessas que não cumpre, e funções reais que cumpre sem declarar; que cumpriu em silêncio, embora hoje desnudadas.” (ANDRADE, 2006, p.170)

Por sua vez, constata-se que o sistema penal é seletivo, pois criminaliza principalmente os ocupantes das camadas mais baixas da sociedade aprofundando as desigualdades sociais. Nesse esteira, Queiroz (2001) destaca que no sistema penal:

Enfatiza-se a distribuição desigual do sofrimento, posto que o direito penal, estando assentado sobre uma estrutura social profundamente desigual, recruta inevitavelmente sua clientela entre os grupos mais vulneráveis, entre os mais débeis. Não estando, enfim, fora ou além dessa estrutura social, de que é parte integrante, em que as oportunidades e o acesso à riqueza não se dão equitativamente, produz e reproduz desigualdades sociais reais, apesar da igualdade formal. (QUEIROZ, 2001, p. 95)

Ressaltando o caráter seletivo e reprodutor das desigualdades sociais inerentes a todos os sistemas penais, Baratta (2002) afirma em sua Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal que o referido sistema tende a privilegiar as classes mais abastadas inclusive na tipificação penal. Assim, reza que:

No que se refere ao direito penal abstrato [...] o sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. (BARATTA, 2002, p. 176)

Zaffaroni (2001, p. 27) ressalta que essa seletividade é tanto maior quanto for a inflação penal. Isso porque a estrutura operacional do sistema penal é irrisória frente as hipóteses de atuação desse mesmo sistema. O autor em tela denomina de “seletividade estrutural” a capacidade que o Estado tem de só atuar sobre parcela insignificante das hipóteses de intervenção planejada, o que faz com que seus agentes decidam quando e contra quem operar.

Hulsman (1993) denomina esse déficit operacional da máquina penal de “cifra negra” e destaca esse fator como um dos principais deslegitimantes do sistema penal, pois é a própria noção ontológica de crime que se vê abalada. Segundo o autor,

Se uma enorme quantidade de fatos teoricamente passíveis de serem enquadrados na lei penal não são vistos ou não são avaliados como tal pelas supostas vítimas ou pelos agentes do sistema pessoalmente alertados por denúncias concretas, isto significa que os fatos chamados pela lei de crimes (ou delitos) não são vividos como se tivessem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos (CELIS; HULSMAN, 1993, p. 66)

Outro aspecto do sistema penal que o deslegitima é o fato de que esse opera à margem da legalidade, violando os direitos humanos e todos os demais princípios de sua programação. Esse fato é comprovado empiricamente não necessitando de maiores explicações para o seu entendimento. Zaffaroni (2001) é enfático quanto a esse aspecto ao afirmar que:

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. (ZAFFARONI, 2001, p. 14)

Por sua vez, Baratta, citado por Queiroz (2001, p. 104), afirma ainda que o sistema penal atua de maneira reativa e não preventiva. O que se constata é que como o sistema penal atua somente após a ocorrência do crime, ele não é capaz de eliminar efetivamente as consequências da violência, somente simbolicamente. De modo que o objetivo desse sistema é na realidade a busca por uma vingança institucionalizada. A pena é, em verdade, o emprego de meios de violência para compensar a violência praticada por meio do delito.

Por derradeiro, Queiroz (2001) ressalta ademais que o sistema penal atua sobre os efeitos do crime e não sobre as suas causas constituindo-se, de conformidade com a crítica abolicionista, em “um subsistema de reprodução das desigualdades materiais, cujo sofrimento, materializado por meio de penas legais ou não, é seletivamente e inutilmente imposto a certa categoria de pessoas. São penas perdidas.” (QUEIROZ, 2001, p. 105)

As teorias abolicionistas que serão analisadas seguidamente tem por escopo o abolicionismo radical do sistema penal¹⁷, e sua substituição por outros meios de solução de conflitos. Nesse sentido, afirmam os autores abolicionistas que se faz necessário abolir não somente as instituições formais do sistema penal, mas abolir também a cultura punitiva, de maneira a superar o paradigma cultural e ideológico da punição. Assevera Hulsman (1997) que:

A justiça criminal existe em quase todos nós, assim como em algumas áreas do planeta o 'preconceito de gênero' e o 'preconceito racial' existem em quase todos. A abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmo: mudar percepções, atitudes e comportamento. (HULSMAN, 1997, p. 212)

Não obstante a convergência em torno da ideia central de abolicionismo, os defensores dessa tese divergem acerca dos métodos a serem utilizados, seus fundamentos e objetivos, bem como de seu impacto na sociedade. Dentre os principais defensores da tese abolicionista, destacam-se: Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen.

a) Louk Hulsman: Para este doutrinador, o sistema penal é um problema em si mesmo e, tendo em vista a sua ineficácia para o cumprimento dos objetivos a que se propõe, tais como: a solução de conflitos, a recuperação de delinquentes - torna-se preferível a sua abolição.

Para Hulsman (1993, p. 75), o sistema penal é especificamente concebido para fazer o mal. Visivelmente ele cria e reforça as desigualdades sociais, já que sua clientela habitual é, em grande maioria, aqueles que não têm ninguém ao seu lado para resolver o caso amigavelmente, os marginalizados, ou seja, "os casos sociais".

Acrescenta o referido autor que o sistema penal age de forma negativa sobre as partes em conflito. De um lado, os delinquentes na prisão são despersonalizados e dessocializados, representando um sofrimento estéril, sem crescimento interior. Por sua vez, a vítima também não vê suas necessidades serem atendidas, já que não conserva o domínio do acontecimento que viveu. Nessa esteira, afirma Hulsman que:

¹⁷ Entende-se por sistema penal "a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça Prisão) a totalidade das Leis, teorias e categorias cognitivas (direitos+ciências e políticas criminais) que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, universidade), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se enraíza, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais." (ANDRADE, 2006, p. 169/170)

A intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre a “vítima”, como sobre o “delinqüente”. Todos são tratados da mesma maneira. Supõe-se que todas as vítimas têm as mesmas reações, as mesmas necessidades. O sistema não leva em conta as pessoas em sua singularidade. Operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz querer proteger. (CELIS; HULSMAN, 1993, p.83-84)

Diante desse cenário de deslegitimação, Hulsman (1993) propõe a abolição do sistema penal e sua substituição por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos. Inicia por expor a necessidade de superar o vocabulário que sustenta o sistema penal, de maneira a que a sociedade se habitue a uma nova linguagem não estigmatizante sobre as pessoas e situações relacionadas ao crime. Assim, propõe que termos como crime, criminoso, criminalidade, política criminal sejam substituídos por “atos lamentáveis”, “comportamentos indesejados”, “pessoas envolvidas”, “situações problemáticas”. Afirma que “livre da compartimentalização institucional, uma linguagem aberta facilitaria o surgimento de novas formas de enfrentar tais situações.” (CELIS; HULSMAN, 1993, p. 96)

Segundo Hulsman (1993), a substituição dos termos na linguagem levaria a uma revisão do conteúdo das situações problemáticas, de maneira a se encontrar soluções efetivas entre as partes envolvidas estimulando a proximidade psicológica entre elas. Em sua proposta abolicionista, todo juiz passaria a ser cível (ou administrativista) e teriam como principal objetivo proteger os direitos do homem e suas garantias individuais. Seriam acionados somente se as partes questionassem as instâncias individuais ou intermediárias de solução de conflitos, ou se essas tivessem falhado. Em seu modelo, procura-se evitar ao máximo que problemas particulares cheguem à máquina estatal, desenvolvendo essas instâncias individuais de conflitos e estimulando a solução pacífica desses.

b) Thomas Mathiesen: o sociólogo norueguês é considerado por Zaffaroni “o estrategista do abolicionismo”. Sua tática abolicionista encontra-se estreitamente associada às ideias marxistas, já que vincula a existência do sistema penal à estrutura de produção capitalista. Aspira não somente a abolição do sistema penal, como de todas as estruturas repressivas da sociedade, em contrapartida à criação de uma rede de solidariedade nas bases.

Em Conferência proferida no Brasil, por ocasião do Seminário Internacional de Abolicionismo Penal, Mathiesen (2003) afirmou que para atingir atualmente os ideais abolicionistas faz-se necessário:

[...] criar uma rede de opinião e informação, atravessando os limites formais e informais entre segmentos dos sistemas políticos e administrativos relevantes. [...] criar um espaço público alternativo onde a argumentação e o pensar escrupuloso sejam valores dominantes; um espaço público com uma cultura diferente que no final possa competir com o espaço público superficial dos meios de comunicação de massa. (MATHIESEN, 2003, p. 108)

Em que pese Mathiesen (2003, p. 97) permanecer na defesa dos ideais abolicionistas, percebe-se, por meio do que foi exposto na Conferência supramencionada, um abrandamento na sua postura abolicionista, pois afirma admitir a possibilidade de encarceramento de algumas pessoas, para casos peculiares, reduzidos ao mínimo possível. Não obstante, pondera que nesses casos, o tratamento do preso deve ser totalmente diverso do que hoje acontece.

c) Nils Christie: o sociólogo e criminologista norueguês baseia sua tese sobre argumentos voltados mais para a experiência histórica, em que pese haver vários pontos em comuns com o abolicionismo de Hulsman.

Em seus trabalhos, Christie ressalta como o sistema penal pode ser um destrutivo das relações comunitárias, bem como das relações horizontais. Segundo Zaffaroni (2001, p. 101), contrapõe-se à Durkheim quando este entende que o processo de modernização faz a sociedade progredir. Ao contrário, Christie entende que nos grandes grupos as condições de solidariedade são limitadas e os papéis obrigatórios podem ser substituídos com relativa facilidade por meio do mercado de trabalho, tornando assim os excluídos desse mercado candidatos ideais para o sistema punitivo.

Zaffaroni (2001, p. 101) afirma que, para Christie o crime não é um conceito absoluto, o que faz com que dependa do lugar, da sociedade e da época para que uma determinada conduta seja considerada crime. Nesse sentido, entende Christie que o delito é algo relativo, de modo que o legal e o ilegal não são mais que opiniões. Esse entendimento o leva à afirmação de que os conflitos devem ser resolvidos, porém deve-se também conviver com eles. Propõe o que ele denomina de “gestão de conflitos” ou “participação nos conflitos”, em que o foco é a ação e não o resultado,

de modo que o objetivo primordial passa a ser o restabelecimento da paz e o ressarcimento da vítima.

Expostas as fundamentações que embasam os teóricos abolicionistas, cabe-nos destacar que ainda hoje as ideias por eles defendidas provocam acaloradas discussões. Nesse sentido, Andrade (2006), ao analisar conjuntamente os teóricos abolicionistas, assumindo a defesa de tais ideais, conclui que tratam as referidas teorias,

[...] de ultrapassar a mera cobertura ideológica de ilusão de solução hoje simbolizada no sistema penal, para buscar, efetivamente, soluções (punir x solucionar) deslocando o eixo tanto de espaço, do Estado para a comunidade, quanto de modelo, de uma organização cultural punitiva, burocratizada, hierarquizada, autoritária, abstrata, ritualística e estigmatizante para uma organização cultural horizontal, dialogal, democrática e local de resposta não-violenta a conflitos que passa por uma comunicação não-violenta.[...] O abolicionismo não se coaduna com as receitas totalizadoras e valoriza as lutas micro de modo que, sem correr o risco de dormir com o sistema penal e acordar sem ele, podemos exercer práticas abolicionistas cotidianamente, às vezes até sem saber, sempre que levamos a sério a ultrapassagem do modelo punitivo e essa via, de certa maneira, co-responsabiliza a todos nós.(ANDRADE, 2006, p. 173-174)

No mesmo sentido, Zaffaroni (2001) afirma que:

Na verdade, o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente. (ZAFFARONI, p. 2001, p. 104)

Por sua vez, Ferrajoli (2006, p. 234-235), em crítica contundente às teorias em análise, afirma que essas prestam-se a embasar ideologias naturalistas ou normativistas, que se configuram numa utopia regressista por modelos arcaicos e “tradicionais” de comunidades sem direito. Salienta o referido autor que todas as teorias abolicionistas possuem um duplo defeito. O primeiro está em que defendem um modelo “pouco atraente de sociedade selvagem”, a qual estaria a mercê da lei dos mais fortes, ou ainda uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizante, onde mecanismos ético-pedagógicos interiorizam a ordem de forma a prevenir, controlar e resolver todos os conflitos que por ventura possam surgir. O segundo defeito, por sua vez, é o fato de que tais doutrinas não enfrentam problemas específicos da justificação e deslegitimação do direito penal – tais como quantidade e qualidade dos

fatos puníveis, bem como das penas, das técnicas e controle processual, fazendo com que desvalorizem conjuntamente sistemas penais garantistas e autoritários, já que os rejeitam sob a mesma ótica. E, nesse sentido, conclui Ferrajoli, que “as doutrinas abolicionistas não oferecem nenhuma contribuição à solução dos difíceis problemas ligados à limitação e ao controle do poder punitivo.” (FERRAJOLI, 2006, p. 234)

Em resposta à crítica de Ferrajoli, Zaffaroni (2001) afirma que:

Apesar de Ferrajoli não o expressar claramente, e apesar da negativa de alguns de seus partidários, esta crítica parece ignorar que o abolicionismo também propõe um novo modelo de sociedade. Neste sentido, não vemos razão pela qual não se possa conceber uma sociedade - por mais isolada que seja - na qual os conflitos possam ser resolvidos - ou não, conforme o caso - independentemente de penas e de uma instância punitiva formal, sem que isto, necessariamente, se traduza numa repressão maior. (ZAFFARONI, 2001, p. 104)

Acrescenta Zaffaroni (2001, p. 107) que, no que se refere às críticas que taxam o modelo absolutista de utópico, os modelos alternativos de solução de conflitos não são propostos somente pelos que se denominam abolicionistas¹⁸ e, tais críticas devem ser relativizadas ainda tendo em vista algumas experiências recentes não analisadas suficientemente¹⁹.

Por derradeiro, cabe-nos a referência às teses de dois autores, Baratta e Zaffaroni, de extrema importância para a Criminologia Ocidental, que, partindo da constatação da existência de crise estrutural de legitimidade do sistema penal, propugnam a sua imediata contração máxima com o objetivo mediato de abolição desse sistema.

O modelo de Baratta (1983) está assentado sobre a fundamentação abolicionista, já que reconhece a deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal e tem como tática a médio e curto prazo o minimalismo penal. Nesse sentido, o autor afirma que:

“O princípio cardeal do modelo de uma política criminal alternativa não é a criminalização alternativa, mas a descriminalização, a mais descriminalização, a mais rigorosa redução possível do sistema penal.” [...]

¹⁸ O autor dá como exemplo: Edward De Bono, *Conflictos. Uma mejor manera de resolverlos*, Buenos Aires, 1986.

¹⁹ Segundo o autor: Conforme Sebastian Scherer, *I do not wish think with moderation. Some materials comments on a utopian perspective*, in “The criminal Justice System...”, cit., 36, págs. 107 e segs.

“Numa política criminal alternativa, [...] o momento penal só pode ter um papel relativo e, em certos casos, ‘provisórios’. A relativização do momento penal como técnica de construção e de resolução de problemas sociais significa, antes de mais nada, a sua integração numa perspectiva extrapenal mais complexa de reconstrução dos problemas em vista de uma resposta adequada e orgânica a estes.” [...]

“Todavia, a idéia reguladora de uma política criminal alternativa permanece a da ultrapassagem do sistema penal. Orientar a reforma sobre esta idéia reguladora não significa renunciar as reformas possíveis, mas significa, é preciso sublinhá-lo mais uma vez, escolher e avaliar as reformas na base da sua possibilidade de transformar radicalmente o sistema no interesse das classes subalternas. [...] Propor uma tal perspectiva não significa adiar qualquer reforma possível no presente à espera do advento, bastante longínquo (ou talvez mesmo impossível?) de uma sociedade que saiba dispensar a pena, mas afirmar um critério para orientar e escolher a política criminal. (BARATTA, 1983, p. 159-161)

Segundo Zaffaroni (2001, p. 58), Baratta defende como embasamento de uma nova teoria e política criminal alternativa a atitude e idéias postuladas pelas classes subalternas, afirmando que somente essa classe tem enfrentado de forma emblemática os problemas relacionados a comportamentos socialmente negativos, em contrapartida ao comportamento das classes dominantes de contenção dessas condutas dentro de limites que não as perturbem.

Para Baratta, para a superação dos sistemas penais hodiernos é essencial a construção de uma nova ciência que não se limite à descrição e reprodução da desigualdade social no campo penal, que por sua vez se reflete em desigualdade jurídica. Para o autor, tendo como perspectiva a obra de Marx, é necessária a construção de uma teoria que se afaste de um reducionismo economicista e tenha como base um panorama macrossociológico que, por sua vez, englobaria também as relações de produção, mas não somente.

Por sua vez, Zaffaroni (2001) é explícito ao afirmar que o modelo de direito penal mínimo deve ser apoiado por todos os que deslegitimam o sistema penal, porém como meio de se alcançar um modelo diferente de sociedade, onde os perigos da vingança particular e do totalitarismo por parte dos órgãos executivos de sistema penal sejam possíveis de serem neutralizados por meio de mecanismos menos violentos do que a pena. Merece destaque a sua afirmação esclarecedora nesse sentido:

De antemão, não se deve excluir a possibilidade do modelo de sociedade que, implícita ou explicitamente – corresponda a uma intervenção penal mínima, e encontrar, finalmente, a forma de resolver os conflitos suprimindo, inclusive, este direito penal mínimo. Deste ângulo, o direito penal mínimo apresentar-se-ia como um momento do caminho abolicionista. [...]

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça. (ZAFFARONI, 2001, p. 105-106)

4 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL MÍNIMO

Direito penal mínimo e direito penal do inimigo são paradigmas contemporâneos de política criminal, diametralmente opostos, por meio dos quais os fins do sistema penal devem ser, para o primeiro, a garantia dos direitos e valores fundamentais perante as proibições e também as punições, e para o segundo, o controle dos delinquentes, vistos como inimigos do Estado, ameaça à ordem pública e, portanto, não possuidores de garantias e direitos fundamentais, os quais devem pertencer somente a *“persona que ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal (...)”*. (Jakobs; Meliá, 2003, p. 51)

No entanto, cabe destacar que nas últimas décadas houve uma notória alteração no campo da política criminal, pode-se dizer uma verdadeira regressão, já que do debate predominantemente abolicionista e minimalista, passou-se à discussão e mesmo adoção desenfreada da expansão do poder punitivo, baseado na tese de inimigo da sociedade. Nessa linha, Zaffaroni (2007, p. 17) afirma que as decisões atuais relativas à solução de conflitos, passaram a assumir características pré-modernas, ou seja, limitam-se ao mero exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total, num claro retrocesso.

Nesse sentido, percebe-se com clareza o delineamento de duas correntes de pensamento: “a dos direitos humanos e da negociação, por um lado e, por outro, a da solução violenta que arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio.” (ZAFFARONI, 2007, p.17)

4.1 Do Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal de Terceira Velocidade

4.1.1 Contextualização

Preliminarmente, cabe situar o contexto no qual a política criminal do direito penal do inimigo prosperou. O retrato que se tem hoje da sociedade moderna é de fundamental importância para compreender o que tem respaldado essa nova política, que de maneira contumaz influencia e define a legislação pátria e estrangeira. Nesse sentido, as características ressaltadas por Moraes (2006) esgotam o quadro que se revela atualmente:

- a) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade;
- b) a ineficiência do Estado de fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, o que vem ensejando a mitigação do Direito Penal clássico, com a adoção do Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas, como substituição ao pesado custo do sistema carcerário e fiscalizador), o que, ademais, vem contribuindo para o aumento da reincidência;
- c) o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (hoje, com a televisão, internet etc., se sabe em São Paulo de um crime de latrocínio ocorrido há alguns minutos no subúrbio do Rio de Janeiro, aumentando a sensação de insegurança coletiva). Isso tudo agravado pela forma sensacionalista com que a mídia antecipa julgamentos e veicula notícias – como o autêntico produto de mercado;
- d) uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de comunicação etc.), incrementando na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos;
- e) aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das novidades da era pós-industrializada (econômicos, de informática, etc.);
- f) globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito, novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras, tudo em nome da eficiência econômica;
- g) a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e despropositada;
- h) o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que poderiam ser a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo);
- i) o considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que acentuadas pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de 'Estados paralelos', à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça 'pelas próprias mãos' (linchamentos, grupos de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc. (MORAES, 2006, p. 14)

As referidas características vem ensejando por parte do direito penal novas demandas, seja para a tutela de novos objetos e situações, seja para a alteração do paradigma até então vigente.

Nessa esteira, pode-se afirmar que o conjunto dos aspectos salientados somados ao cenário internacional composto pelos atentados de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, de 11 de março de 2004, em Madri, e de 07 de julho de 2005, em Londres, institucionalizou uma nova era no que se refere à definição das políticas criminais em âmbito internacional, a era do combate ao inimigo.

Corroborando a assertiva, Damásio (2006) assevera que “a queda do muro de Berlim em 06 de novembro de 1989 encerrara o século XX e da mesma forma, a densidade do conteúdo histórico do 11 de setembro tornara-se capaz de demarcar o início de um novo período na História mundial.” (DAMÁSIO, 2006, p. 01)

No Brasil, a atuação coordenada de facções criminosas conjugada ao sentimento de insegurança que já imperava na sociedade, foi o ponto crucial para a adoção dessa política por meio da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, com o escopo de empregar métodos “eficazes” no recolhimento de detentos, conferindo maior segurança aos cidadãos.

Essa legislação penal de emergência tem como característica essencial ser fruto de um clamor público, facilitado atualmente pelos meios de comunicação em massa, que disseminam, como citado anteriormente, a sensação de insegurança por meio do noticiário de inúmeros delitos, fazendo com que a população se sinta muito mais fragilizada do que realmente é.

Outro ponto encontrado nessas legislações que surgem como resposta ao clamor público, é o fato de que estão sempre a fragilizar direitos fundamentais, num abandono claro do modelo liberal-clássico até então vigente. Essas legislações colocam em xeque princípios como a intervenção mínima, na medida em que alargam sobremaneira o campo de atuação do direito penal; o princípio da legalidade, ao estabelecerem tipos penais em branco ou de perigo abstrato, dentre outros princípios como a culpabilidade, a proporcionalidade das penas, a ressocialização do condenado, etc.

No mesmo sentido, Cancio Meliá (2003, p. 62-67) descreve as principais características da política criminal antiliberal praticada nos últimos anos ressaltando dentre elas a expansão do direito penal, com a aparição de múltiplas novas figuras penais, quando não a regulamentação penal de todo um novo setor, bem como a desproporcionalidade das sanções, na maior parte das vezes extremamente altas. Por sua vez, destaca o aspecto instrumental do direito penal na atualidade, na medida em que diversas normas penais são criadas para não ser aplicadas, com o escopo único de produzir tranquilidade social. Nesse aspecto, Meliá explicita o interesse político na aprovação de leis penais expansivas que acompanham o movimento de *law and order*, ao constatarem a sua popularidade numa sociedade fragilizada. Ressalta, ademais, que essa legislação teria aspectos simbólicos e punitivistas, o que em sua opinião constitui a genealogia do direito penal do inimigo.

Quanto ao simbolismo, que nos remete à função ilusória da pena, constata-se que o direito penal tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, tendo em vista o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas públicas destinadas a garantir prestações de serviços e bens essenciais à população.

Por sua vez, Nilo Batista (2004) afirma que um dos traços definidores do novo sistema penal é hipercriminalização, e comenta que:

Pedir o governante à pena aquilo que ela não pode dar, a solução de conflitos, pouco importa: importante, sim, é a solução simbólica que a criminalização representa, sem nada resolver. Não me deterei sobre as múltiplas questões jurídicas que este direito penal das ilusões publicitárias suscita, como abandono da subsidiariedade e o menosprezo ao princípio da lesividade, expresso no abuso de tipos legais de perigo presumido e na diluição referencial do bem jurídico, que nas retortas do funcionalismo vira fumaça. Tampouco cabe uma análise comparativa sobre a escala penal dessas leis propagandísticas: baste-nos saber que, se o dono de uma birosca estiver oferecendo à venda um desinfetante para lavar privadas adquirido de um fabricante que não cumpriu todas as exigências do registro sanitário, sua pena mínima é de dez anos; de um ponto de vista estritamente penalístico, a candidatura do ministro da Saúde largou com força. (BATISTA, 2004, p. 113)

4.1.2 Conceituação

A expressão Direito Penal do Inimigo foi utilizada por Günther Jakobs pela primeira vez em 1985, numa palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt. No entanto, somente no decorrer da década de 90, a definição de 'direito penal do inimigo' alcançou os debates doutrinários, suscitando questionamentos e críticas.

Jakobs, discípulo de Welzel, tendo por embasamento a teoria dos sistemas de Luhman, cunhou o denominado funcionalismo sistêmico, teoria que justifica a pena sob a perspectiva de sua funcionalidade para o sistema social. Nesse sentido, a referida teoria sustenta que o direito penal tem como escopo a reafirmação da vigência da norma, como expressão de uma determinada sociedade, ou seja, a prevenção geral positiva. A essa tendência de reafirmação da normalidade, Jakobs denomina de 'direito penal do cidadão'.

Por sua vez, numa convivência teoricamente harmônica e constantemente mesclados na realidade, situa-se o direito penal do inimigo, com o objetivo único de eliminar perigos. Jakobs (2003, p. 21) os classifica como dois tipos ideais, que dificilmente aparecerão na realidade de modo puro. Em conclusão, afirma que “o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 33)²⁰

Antes, porém de adentrarmos ao cerne do conceito de ‘inimigo’, é importante salientar que ao cunhar a expressão ‘direito penal do inimigo’ inicialmente Jakobs o fez numa:

[...] referência crítica à tendência que se constatava na Alemanha de se criminalizar o ‘estado prévio à lesão de um bem jurídico. [...] Nesse trabalho Jakobs afirmava, em tom quase trágico, que o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo. Como consequência inevitável, já advertira Jakobs que, frente a um Direito Penal do Inimigo’, não existe hoje uma alternativa visível. (MORAES, 2006, p. 154)

Não obstante, em seu livro *Derecho Penal del Enemigo* (2003), Jakobs abandona essa postura meramente crítica e descritiva, buscando fundamento e legitimação para adoção de um ‘direito penal do inimigo’. A princípio, procura fundamentar essa adoção tendo em vista alguns pressupostos: 1. Primeiramente, afirma que “o estado tem direito de procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente no cometimento de delitos, já que a custódia da segurança é uma instituição jurídica” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 32). 2. Em segundo lugar, assevera que “os cidadãos tem direito a exigir do Estado que tome medidas adequadas, quer dizer, tem um direito à segurança”. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 32)²¹ Ademais desses aspectos, Jakobs (2003, p. 56) parece concluir pela impossibilidade de se retroceder ao paradigma do modelo liberal-clássico diante da constatação do já posto ‘direito penal do inimigo’, de forma que a melhor atitude a ser adotada seria a

²⁰ El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (em sentido amplo: incluyendo em Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; com toda certeza existen múltiples formas intermedias. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 33)

²¹ [...] el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente em la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad s uma institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienn derecho a exigir del Estado que tome medidas adecuadas, es decir, tienen um derecho a la seguridad [...].(JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 32)

clara delimitação desse direito, de maneira a se evitar a contaminação de todo o ordenamento jurídico, ou seja, inclusive da parte destinada ao Direito Penal do Cidadão.

A fundamentação filosófica da teoria do direito penal do inimigo se baseia nas teses contratualistas, especialmente de Hobbes e Kant. Antes, porém, de expor sua adoção pelas teses dos supracitados filósofos, Jakobs (2003, 25-30) cita Rousseau²² e Fichte²³ para demonstrar que o *status* de cidadão não necessariamente é algo que não se pode perder. No entanto, não adere à referida tese, pois argumenta que, a princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também os criminosos, já que esses podem voltar ao convívio em sociedade e, por outro lado, tem o dever de reparação dos danos causados e, sendo assim, como titulares de deveres, pressupõe-se a existência de personalidade.

Nessa esteira, Jakobs (2003, p. 25-30) aduz que Hobbes era consciente dessa situação, não retirando do delinquente seu *status* de cidadão, a não ser em se tratando de uma rebelião, ou alta traição. Nesses casos, o filósofo prescrevia que aqueles que incorrem em tal delito não são castigados enquanto súditos, mas como inimigos. De modo que, enquanto para Rosseau e Fichte todo delinquente é inimigo, para Hobbes somente o réu de alta traição.

Por sua vez, acrescenta Jakobs (2003) que para Kant quem não participa da vida em estado de comunidade-legal, ou seja, quem não se deixa obrigar a viver em um estado cidadão, constituindo-se numa ameaça constante, deve ser expulso ou impelido à custódia penal, não devendo ser tratado como pessoa, senão como inimigo.

Com fundamento no substrato filosófico supracitado, Jakobs (2003) delinea sua teoria do direito penal do inimigo afirmando que indivíduos delinquentes habituais - como geralmente acontece no âmbito da criminalidade econômica, criminalidade organizada, terroristas²⁴ - que se tenham afastado de maneira duradoura ou de modo decidido do Direito, e que por isso não prestam garantia cognitiva mínima para o tratamento como pessoas, não devem participar dos benefícios do conceito de

²² Para Rousseau, um indivíduo quando comete um delito infringe o contrato social de forma que já não participa dos benefícios que esse contrato lhe destinava. Assim, a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica, ou seja, perde o status de cidadão. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 25)

²³ Para Fichte, quem abandona o contrato cidadão perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, passando a um estado de ausência completa de direitos. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 26)

²⁴ Por terrorista entende-se aquele que nega legitimidade ao ordenamento jurídico e por isso persegue a destruição dessa ordem. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 41)

pessoa, pois isso colocaria em risco o direito à segurança das demais pessoas. Nesses casos, o objetivo do direito penal não é a garantia de vigência da norma, e sim a eliminação de um perigo. Ressalta, ademais, que na busca da eliminação desse perigo, o legislador assume uma posição de luta, de forma a adiantar a punibilidade aos atos preparatórios, evitando o delito propriamente dito, pois que nesse caso o conflito se dá com um inimigo e não um cidadão. Acrescenta, ainda, que as penas tendem a ser desproporcionalmente altas e algumas garantias processuais relativizadas ou mesmo suprimidas.

É de se destacar, ademais, que Jakobs ao tratar do direito penal do inimigo, o coloca como um estado praticamente de guerra, onde os contornos jurídicos seriam totalmente diversos daquele de um Estado de Direito, no qual estaria vigente o direito penal do cidadão. Nesse sentido, afirma o autor que:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo; frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 33)²⁵

Por sua vez, de maneira materialmente equivalente, segundo Meliá (2003, p. 82), Silva Sanches incorporou na sua concepção de política-criminal o fenômeno do direito penal do inimigo, ao identificar nos ordenamentos jurídico-penal o que denominou de “velocidades”. A primeira velocidade seria o setor do ordenamento que impõe penas privativas de liberdade, mantendo as regras clássicas de imputação, bem como os princípios fundamentais do paradigma clássico-liberal. A segunda velocidade seria a parte constituída pelas infrações punidas com penas pecuniárias ou privativas de direito (figuras delitivas de novo cunho), nas quais teríamos a flexibilização de modo proporcional de princípios e garantias penais e processuais. Segundo Damásio (2006) esse modelo começou a ser introduzido no Brasil com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a publicação da Lei dos juizados

²⁵ El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente há de excluir al enemigo de todos los derechos. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, em especial, para cerrar la puerta a um posterior acuerdo de paz. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 33)

Especiais (Lei nº 9.099, de 1995). Por derradeiro, a terceira velocidade seria a mescla das duas primeiras, ou seja, a continuidade da aplicação da pena privativa de liberdade e, concomitantemente, a flexibilização das garantias materiais e processuais. Ainda com fulcro em Damásio (2006), essa tendência é identificada no Brasil com a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 1990) e a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034, de 1995).

4.1.3 Críticas

A teoria de Jakobs tem sido alvo de críticas contundentes, principalmente após a explicitação em seu *Derecho Penal del Enemigo* de seu posicionamento afirmativo e legitimador de um contexto anteriormente apenas descritivo. Tem em Zaffaroni um dos seus mais contumazes críticos, o qual por meio de sua obra *O Inimigo no Direito Penal*, procurou rechaçar toda e qualquer legitimidade do Direito Penal do Inimigo. De forma sistemática, o autor em tela analisou a teoria em foco, tecendo as seguintes considerações:

a) para dominar o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; f) em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos; g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein); h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como o novo satã; i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); j) o criminoso é ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; l) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classe: riqueza e miséria continuam tendo que necessariamente conviver; m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado; n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução Francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; o) o princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, facismo etc.); q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E.U.A., sobretudo a

partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; s) até 1980 os E.U.A. contavam com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; t) com Reagan começa a indústria da prisionização; u) hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desempregados foi reduzido. E como os E.U.A. podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a “máquina de rodar dólares”; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os E. U. A., eis que não possuem a Máquina de fazer dólares; v) o Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de T.V.); x) das TV's é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo. (ZAFFARONI *apud* GOMES, 2009).

Diante desse quadro, Zaffaroni (2007, p. 12) procura demonstrar ao longo da sua análise teórico-pragmática que: 1. Primeiramente, sempre houve a discriminação de seres humanos pelo poder punitivo, que lhes confere tratamentos com base na premissa de que são entes perigosos e não devem merecer status de pessoa. São, assim, considerados inimigos da sociedade e tem seus delitos sancionados fora dos limites do Direito Penal Liberal, ou seja, sem a observância das garantias e direitos fundamentais universalmente aceitos e legitimados. 2. Em segundo lugar, a constatação supracitada não se baseia em dados somente empíricos, mas também em dados de direito. Quer isso dizer que tanto as leis quanto a doutrina jurídica legitimam esse tratamento diferenciado, de forma a justificá-lo cientificamente. 3. Esse tratamento diferenciado é próprio do Estado Absolutista, tanto que existente desde àquela época. De modo que o conceito de inimigo e sua legitimação científica é absolutamente incompatível com o Estado de Direito e os princípios constitucionais que o fundamentam, o que faz que exista uma contradição permanente entre a estrutura política de Estado e a doutrina que legitima a política de inimigo. 4. Frente à constatação de que o poder punitivo atua discriminando seres humanos e tratando-os como se não fossem pessoas, e ainda considerando que essa discriminação é legitimada pelo próprio ordenamento jurídico que assim o autoriza a agir, cabe à doutrina que não se coaduna com tal política limitar e reduzir, ou pelo menos delimitar o fenômeno do “inimigo” para que o Estado de Direito não desapareça.

Nesse sentido, Zaffaroni (2007, p. 172) entende que a função do direito penal de todo Estado de direito deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro

de limites menos irracionais possíveis. De modo que, o Estado de direito ideal²⁶ deve ser o norteador do direito penal em todo Estado de direito, quando isso não ocorre e o Direito Penal passa a adotar rumos em sua política diferente desse, abre-se espaço para que o Estado de polícia se avance. Acrescenta o referido autor que o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo.

Por derradeiro, pode-se ressaltar que as críticas que a doutrina tece ao 'direito penal do inimigo' estão sempre orientadas a rechaçar os pilares nos quais ele se orienta, quais sejam, a flexibilização de garantias e a inobservância de princípios fundamentais; o foco no autor – a punição é determinada não pelo fato - delito cometido - e sim pelo que o autor é; simbolismo excessivo e o punitivismo excessivo, que leva à inflação legislativa e à delimitação de penas cada vez mais desproporcionais. Pilares esses que favorecem a expansão de um estado de polícia e o consequente enfraquecimento do estado de direito.

4.2 Do Direito Penal Mínimo ou Sistema Penal Garantista

Lenio Streck (1998, p. 44), ao discorrer acerca da teoria garantista, afirma que essa pode ser concebida como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, sendo o marco estrutural e substancial da democracia, qual seja, a definição de garantias – tanto sociais quanto liberais – que circunscrevem direitos fundamentais dos cidadãos em face do poder estatal, bem como garante os interesses das minorias marginalizadas ou dos mais débeis, em face, respectivamente, das maiorias integradas e dos mais fortes.

No âmbito da esfera penal, Carvalho (2008, p. 19) afirma que a teoria do garantismo tem por escopo a definição de critérios de racionalidade e civilidade a serem utilizados na intervenção estatal por meio do direito penal, de maneira a deslegitimar qualquer proposta em sentido inverso, ou seja, que coloque em risco

²⁶ Para Zaffaroni, os Estados de direito são idealizados e utilizados na prática para conter a expansão dos Estados de polícia. Expõe o autor que nos Estados de direito existentes – denominados históricos – o poder executivo e suas agências estão frequentemente vislumbrando métodos de se livrar dos controles e limitações que lhes são impostos e todos, em maior ou menor medida, obtêm sucesso. De modo que, os Estados de direito concretos nunca alcançam o tipo ideal, porque em seu interior encontram-se máculas do Estado de polícia. (ZAFFARONI, 2007, p. 169)

direitos e garantias individuais. Nesse sentido, surge como instrumento à defesa desses direitos em face da irracionalidade do poder punitivo.

Importa salientar as lições de Zaffaroni (2007), para quem:

Referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redudância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantista. (ZAFFARONI, 2007, p. 172)

Nesse sentido, para o citado autor o direito penal de garantias “é inerente ao Estado de direito, porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia”. (ZAFFARONI, 2007, p. 173)

4.2.1 A Teoria do Garantismo Penal por Luigi Ferrajoli

Ferrajoli se destaca, com seu *Direito e Razão*, como um dos principais doutrinadores que modelaram o Sistema Penal Garantista, estabelecendo parâmetros de aplicação de um Direito Penal Mínimo. Para o citado autor (2006, p. 311), o objetivo geral do direito penal pode ser identificado como o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, como a minimização da violência na sociedade.

Explicita o autor que tanto o delito como a vingança constituem exercício da própria razão. De modo que, em ambos os casos ocorre um violento conflito, solucionado mediante o uso da força arbitrária e incontrolada: da força do ofendido e da força do réu, respectivamente. Dessa forma, a finalidade da lei penal é minimizar essa dupla violência, prevenindo, por meio de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e mediante sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. Assim, sob ambos os aspectos, a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte, que nos delitos são os réus e na vingança são os ofendidos.

Para Ferrajoli, portanto, é com base nessas duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – que se legitima a necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Sendo assim, pode-se dizer que no modelo de direito penal mínimo os direitos fundamentais definem para o direito penal os âmbitos e os limites de tipos e sanções, porquanto há bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.

Nessa esteira, define Ferrajoli (2006) que:

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. (FERRAJOLI, 2006, p. 312)

Acrescenta Ferrajoli (2006, p. 312), que um sistema penal somente se justifica se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que este é capaz de prevenir for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas. De forma que o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva.

O modelo de direito penal mínimo, denominado ainda sistema garantista - SG, delineado por Ferrajoli (2006), tem na sua arquitetura um conjunto de princípios ou axiomas, que segundo o próprio autor passaram a integrar e compor constituições e codificações contemporâneas, convertendo-se em princípios jurídicos do moderno Estado Democrático de Direito.

Segundo o modelo estabelecido por Ferrajoli (2006, p. 89), tais princípios ou axiomas, por sua vez, foram formulados considerando os seguintes termos: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Cada um desses termos, com exceção do primeiro, designa uma condição necessária para a atribuição de pena dentro do modelo de direito penal mínimo, ou seja, cada um deles designa uma condição da responsabilidade penal. Tem-se, assim, os seguintes axiomas:

- A1 – *Nulla poena sine crimine* – princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- A2 – *Nullum crimen sine lege* – princípio da legalidade;

A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* - princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
 A4 – *Nulla necessitas sine injuria* – princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
 A5 – *Nulla injuria sine actione* – princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
 A6 – *Nulla actio sine culpa* – princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.
 A7 – *Nulla culpa sine judicio* – princípio da jurisdicionalidade, também no sentido ou sentido estrito;
 A8 – *Nullum judicium sine accusatione* – princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
 A9 – *Nulla acusatio sine probatione* – princípio do ônus da prova;
 A10 – *Nulla probatio sine defensione* – princípio do contraditório ou da defesa, ou da falsidade.
 Dos dez axiomas primitivos – inderiváveis entre si e, não obstante, encadeados de maneira que cada um dos termos implique por sua vez o sucessivo – derivam, mediante silogismos triviais, quarenta e seis teoremas. De modo que ao todo tem-se cinquenta e seis teses, das quais dez primitivas e as demais derivadas, que conjuntamente configuram o modelo penal garantista e cognitivo. (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Quanto aos referidos axiomas garantistas, Ferrajoli (2006, p. 89-91) afirma que expressam proposições prescritivas, de modo que não descrevem o que ocorre, mas o que deve ocorrer. Ademais, cada um dos axiomas de que se compõe todo o modelo de direito penal SG enuncia uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. De modo que se pode concluir que a função específica das garantias no direito penal não é tanto permitir ou legitimar a sanção penal, mas condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.

Para Ferrajoli (2006) entretanto, o princípio que caracteriza especificamente o sistema cognitivo SG é o princípio da legalidade estrita, enunciado pelo axioma A3, e pelas teses T28-T34 e, resumidamente pela tese T58:

A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* - princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
 T28 - T34, se resumem no T58: *nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione et sine defensione*. (FERRAJOLI, 2006, p. 93)

Distingue-se, segundo o autor (2006, p. 93) do princípio da mera legalidade ou *lata* legalidade porque esse se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito - *nulla poena, nullum crimen sine lege* -, enquanto o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal. Desse modo, pode-se dizer que de acordo com o primeiro princípio, a lei é condicionante, ao passo que pelo segundo ela é condicionada, já

que deve ser uma lei necessária, com conteúdo formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso.

Nessa esteira, ressalta o autor (2006, p. 93) que o princípio de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei. Já o princípio da legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal.

O que se observa, entretanto, é que o próprio Ferrajoli (2006) afirmou ao iniciar seu Tratado, é que “todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizado.” (FERRAJOLI, 2006, p. 42) Mas que, segundo o próprio Zaffaroni (2001, 105-106) afirmou, como já citado anteriormente²⁷, é um modelo que deve ser apoiado e buscado por todos os que não se compadecem com os sistemas penais atuais.

Como tipo ideal que é, o sistema garantista na prática resulta debilitado pela subtração de algumas das condições ou garantias indicadas como necessárias para a imposição da pena. De forma que, dependendo do número ou do tipo de garantia retirado do sistema, esse será mais ou menos garantista. Ferrajoli (2006, p. 96), de forma a estabelecer uma tipologia, identificou outros nove sistemas, disponíveis na ordem do garantismo decrescente e do autoritarismo crescente:

Modelos de processo penal autoritário

S1 – “sem prova e defesa” – acontece inclusive nos casos de norma penal em branco. Já que os pressupostos de fato da pena são analisados de maneira muito subjetiva.

S2 – “sem acusação separada” – método inquisitivo. Aparece em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais. Ex: prisão preventiva obrigatória, a exclusão da defesa nas fases de inquérito, etc...

S3 – “sem culpabilidade” – reflete ordenamentos penais primitivos, informados pela responsabilidade objetiva. Entretanto, ainda hoje, existem doutrinas e ordenamentos que, ao privilegiarem a função de defesa social, propugnam e estabelecem em seus ordenamentos alguns tipos de responsabilidade objetiva.

S4 – “sem ação” – privado da garantia da materialidade da ação. Nesse sistema reprime-se inclusive atitude e situação subjetiva de imoralidade, de periculosidade ou de hostilidade ao ordenamento, independente de sua exteriorização em manifestações delituosas concretas. (Ex: delitos de perigo abstrato ou presumido, de associação, de opinião e de suspeita).

S5 – “sem ofensa” – privado da lesividade do fato.

²⁷ Ver página 50 desta dissertação.

Nesses dois últimos, os tipos penais são construídos com base na subjetividade desviada do réu.

S6 – “sem necessidade” – se caracteriza pela presença de proibições e penas supérfluas, em contraste com as razões de utilidade individuais e coletiva que justificam o direito penal.

S7 – “sem delito” – entre os pressupostos da sanção penal, resulta suprimido todo o fato delituoso. A punição assume natureza de medida preventiva de desvio e não de retribuição. Ex: DP italiano: medidas cautelares, prisão preventiva.

S8 – “sem juízo” e S9 – “sem lei”

Esses dois últimos correspondem a formas absolutas de Estado “selvagem” ou “disciplinar”. O primeiro representa o Estado policial, caracterizado por leis em branco, juízo prévio (estado de guerra ou de sítio). O segundo corresponde à justiça patriarcal, remetida à boa vontade dos príncipes, dos notáveis. Os dois sistemas são arbitrários e dificilmente distinguíveis na prática.

Ao finalizar a exposição sumária da tipologia de sistemas, o autor afirma que a lesão de cada garantia, ao estarem concatenados entre si os axiomas de cada sistema, não gera apenas uma mudança de sistema, mas repercute sobre o conjunto das garantias restantes, debilitando-as ou inclusive anulando-as. (FERRAJOLI, 2006, p. 96)

Pode-se concluir, por sua vez, que os sistemas positivos de direito penal e processual, ainda que em graus distintos, conforme as diversas normas e diversas práticas, apresentam alguma irracionalidade própria do Estado policial ou patriarcal.

Nesse sentido, Ferrajoli (2006, p. 91) afirma que os sistemas de direito e de responsabilidade penal apresentados oscilam entre dois extremos: caráter condicionado ou incondicionado do poder punitivo. O modelo que apresentaria o caráter totalmente condicionado seria o tipo ideal garantista (o qual garante o cidadão contra o arbítrio ou o erro penal), delimitado pelos dez axiomas expostos, segundo os quais não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Ao contrário, os modelos autoritários descritos em S1-S9 se caracterizam pela debilidade ou ausência de algum ou alguns desses limites à intervenção punitiva estatal, até os casos extremos de S7-S9.

O primeiro modelo, garantista, pode ser identificado como o modelo do Estado de Direito, no qual o Poder Público está rigidamente limitado e vinculado à lei no plano material e processual. Ao passo que, os últimos modelos servem para

configurar sistemas penais próprios de Estados absolutos ou totalitários, ou seja, ordenamentos onde os poderes públicos são carentes de limites e condições.

Nessa distinção, o autor (2006, p.101) situa os conceitos extremados de direito penal mínimo e direito penal máximo, referindo-se com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas que estruturam internamente o sistema punitivo no que concerne à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, por sua vez, estão situados os diversos sistemas penais existentes na prática, de modo que alguns tendem ao direito penal mínimo e outros ao direito penal máximo.

Ressalta Ferrajoli (2006, p. 102) que os ordenamentos dos modernos Estados de Direito caracterizam-se pela diferenciação em vários níveis de normas, de modo que estas duas tendências (direito penal mínimo e máximo) opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores (constitucional) e a segunda, os níveis normativos inferiores (leis ordinárias, práticas judiciais e policiais), revelando assim, uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos.

Nesse sentido, o direito penal mínimo corresponde a um ideal de racionalidade e de certeza, ao passo que o direito penal máximo se caracteriza pela imprevisibilidade e incerteza. Esclarece o autor em tela (2006, p. 103-104) que a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido (*in dubio contra reo*). Ao passo que a certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune (*in dubio pro reo*). Assim, de um lado a máxima tutela da certeza de punição aos criminosos, de outro a máxima tutela das liberdades individuais em vista das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.

Por sua vez, no que concerne às penas, Ferrajoli (2006) afirma que a sua história:

[...] é mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos tem sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um

custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos. (FERRAJOLI, 2006, p. 355)

O modelo de direito penal mínimo ou sistema garantista proposto por Ferrajoli, não estaria completo se não houvesse também abarcado o sistema de penas que, em verdade, é o móvel dos atuais sistemas penais. De modo a situar suas propostas, o autor primeiramente destaca que o sistema de penas traçado na época das codificações ainda em vigor entrou em profunda crise. Essa crise, acrescenta o autor, é consequência da conjugação de inúmeros fatores, dentre eles destaca:

1. A crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar;
2. A ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas;
3. A inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo;
4. A mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinquência difusa, ambos ligados ao mercado da droga;
5. A diminuição dos delitos de sangue e o incremento dos delitos contra o patrimônio;
6. O progressivo desenvolvimento da criminalidade, que faz intolerável ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua. (FERRAJOLI, 2006, p. 377-378)

Por derradeiro, afirma que, diante dessa conjuntura, nem as penas privativas de liberdade, nem as penas pecuniárias, parecem estar satisfazendo os fins que justificam o direito penal: umas por serem demasiado aflitivas, outras, por serem demasiado pouca aflitivas, e tanto umas quanto outras, por serem ineficazes ou, pior ainda, contraproducentes.

No que se refere especificamente à pena privativa de liberdade, Ferrajoli (2006, p. 378) assegura que essa não satisfaz as duas razões pelas quais se justifica a sanção penal. Primeiramente, no que concerne à prevenção do delito, em verdade, as prisões, dado o seu caráter crimínogeno, tendem a funcionar mais como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada. Em segundo lugar, no que diz respeito ao fim de prevenção das vinganças privadas, tem-se que essa vingança é plenamente realizada na atual sociedade por meio da mídia de massa, através da publicidade das condenações.

Acrescenta o autor (2006, p. 379), ademais, que é preciso reconhecer que a prisão impõe muitos elementos de aflição física, devido a forma de vida e de tratamento, e também de aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a perda da sociabilidade e da afetividade.

Ferrajoli (2006, p. 379) destaca ainda uma importante característica do cárcere que é a sua imprevisibilidade de conteúdo²⁸, já que esses conteúdos são confiados à discricionariedade das autoridades carcerárias, variando profundamente segundo os tipos de presos e de estabelecimento carcerário.

Em conclusão ao panorama exposto, o autor conclui que a prisão “é uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a sua superação [...]” (FERRAJOLI, 2006, p. 380)

A proposta de Ferrajoli (2006, p. 381) quanto à pena privativa de liberdade é a sua abolição gradual, num processo vinculado ao desenvolvimento cultural e à redução das bases sociais da violência. Afirma que a liberdade – como a vida – é, na realidade, um direito personalíssimo, inalienável e indisponível e, por conseguinte, sua privação total deveria ser proibida. Dispõe que, no decorrer desse processo de abolição a progressiva minimização da duração da pena carcerária seria então uma etapa indispensável. Nesse sentido, sugere que a duração da pena aplicada atualmente seja de no máximo 10 anos, sendo reduzida a médio prazo para um tempo ainda inferior. Sustenta a sua tese com o argumento de que a redução das penas legais representaria uma redução não só quantitativa, mas também qualitativa da pena, dado que a idéia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão.

Para os delitos mais leves, sugere ainda a substituição das penas privativas de liberdades por penas alternativas. Exemplifica como medidas alternativas que poderiam ser adotadas: a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada e outras semelhantes. E, em relação a elas, a privação de liberdade resultaria a sanção mais severa, reservada para os casos mais graves e destinada a ser abolida em perspectiva.

²⁸ Essa imprevisibilidade foi destacada nos trechos reproduzidos dos relatórios das visitas às prisões do Estado de Minas Gerais, por representantes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no Capítulo 2, ao se tratar das prisões no Brasil.

Acreditamos que a concepção de direito penal mínimo e, mais especificamente, o modelo proposto por Ferrajoli, incluindo os aspectos relativos à pena carcerária, é plenamente sustentável e realizável. O aspecto crucial a ser observado é a conjugação do desenvolvimento do modelo, ou seja, a aproximação do ordenamento legal ao tipo ideal de direito penal mínimo – sistema garantista - *paripassu* ao desenvolvimento cultural da sociedade, o que inclui a adoção de uma rede de políticas públicas visando à diminuição da violência social. Essa deve ser a meta da sociedade e mais designadamente dos juristas, sociólogos, psicólogos e demais profissionais que se debruçam sobre a realidade penal à busca de alternativas conducentes a um sistema penal que acompanhe o desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, é indispensável que haja um posicionamento firme contrário a qualquer política criminal que se encaminhe em sentido oposto ao de um direito penal mínimo, como são as políticas que se baseiam em um direito penal do inimigo. É imprescindível que se deslegitime todo e qualquer diploma normativo que viole os princípios garantistas, hodiernamente compreendidos como verdadeiras normas jurídicas, dotados, portanto, de normatividade.

5 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

5.1 Fatores genéricos que determinaram a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal no Brasil

Como salientado no capítulo anterior, constata-se que o atual movimento punitivo tem-se direcionado rumo à ampliação dos tipos penais concomitantemente ao recrudescimento das formas de punição. Assim, segundo Freire (2005), “além de produzir um sensível acréscimo na clientela do sistema penal, cria diuturnamente obstáculos intransponíveis para os sujeitos se desvencilharem do mesmo.” (FREIRE, 2005, p. 136)

Seguindo o curso do movimento dessa onda punitiva, que tem por base teórica o direito de terceira velocidade ou direito penal do inimigo, insere-se a adoção do regime disciplinar diferenciado no Brasil, denominação atual da forma mais primitiva de punição por meio da privação da liberdade: o isolamento celular, que como exposto no capítulo 2, já era utilizado de forma sistematizada desde o início do século XIX.

Em fins de século XX, o isolamento celular assume o caráter de medida eficaz na eliminação de sujeitos taxados inimigos do Estado, indesejáveis. Aplica-se ao inimigo um sistema totalizante, no qual não apenas o indivíduo em termos físicos encontra-se sob a égide do poder punitivo, mas a sua subjetividade. Nesse sentido, Foucault (2007) expõe as funções do isolamento numa instituição total, funções essas que estão em perfeita consonância com os objetivos almejados quando da adoção do regime disciplinar diferenciado no Brasil:

Isolamento do condenado em relação ao mundo exterior, a tudo o que motivou a infração, às cumplicidades que a facilitaram. Isolamento dos detentos uns em relação aos outros. Não somente a pena deve ser individual, mas também individualizante. E isso de duas maneiras. Em primeiro lugar, a prisão deve ser concebida de maneira a que ela mesma apague as conseqüências nefastas que atrai ao reunir num mesmo local condenado muito diversos: abafar os complôs e revoltas que se possam formar, impedir que se formem cumplicidades futuras ou nasçam possibilidades de chantagem (no dia em que os detentos se encontrarem livres), criar obstáculo à imoralidade de tantas “associações misteriosas”. Enfim, que a prisão não forme, a partir dos malfeitores que reúne, uma população homogênea e solidária [...].

[...] o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira de submissão total [...] O isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele. (FOUCAULT, 2007, p. 200-201)

Outro fator realçado por Freire (2005, p.137) que determinou a adoção do regime disciplinar diferenciado na execução penal é a descrença nas funções de “re” da pena (ressocialização, readaptação, reeducação, recuperação, repersonalização etc.). Segundo a autora, a crise do ideal correcionalista nada mais é que o reflexo no campo do controle social da crise do modelo político e social, qual seja, o desmantelamento do Estado-providência e a ascensão e o triunfo dos valores neoliberais, que arrasta consigo todas as pretensões de natureza paternalista e reavive as concepções de vingança do direito de punir.

Diante desse quadro, expõe Freire (2005, p. 139), tem-se a abertura de vácuos de significação que são paulatinamente preenchidos pela noção de retribuição da pena, já que se encaixa perfeitamente nos moldes do novo paradigma político e social. Dessa forma, assume-se a incompetência e a própria falência do modelo reabilitador expondo a realidade estrutural das prisões e, concomitantemente, resigna-se frente à ausência de alternativas, adotando como renovador o discurso da função da prevenção especial negativa da pena, em termos de inabilitação. Ou seja, a proteção da sociedade se daria, sobretudo, por meio de um conjunto de medidas penais destinadas a neutralizar o delinquente, seja pela eliminação seja pela segregação. Junqueira (2004) esclarece o conteúdo do discurso de prevenção especial negativa afirmando tratar-se de:

Defesa Social pelo afastamento do delinquente da sociedade. Trancado/segregado não teria como atingir novamente a coletividade. Tal medida, tomada a princípio com os considerados irrecuperáveis, admitiria, em sua pureza, a pena de morte, pois não há outro modo mais eficaz de garantir o fim da capacidade lesiva do agente. Costuma ter como fundamento a comparação do Estado com qualquer indivíduo, ou seja, assim como membro doente deve ser amputado, o sujeito não socializado deve ser extirpado da sociedade. (JUNQUEIRA, 2004, p. 80)

Sob esse fundamento, a utilização do cárcere prolongado se sedimenta como maneira eficaz de excluir da convivência social o delinquente, e como não se espera outra função da pena que não a retribuição do mal causado e a exclusão do meio

social do seu causador, as situações de lamúria que se encontram as prisões são facilmente aceitas e até mesmo justificáveis.

Por essa perspectiva, constata-se que o regime disciplinar diferenciado é instituto que cumpre com eficácia o intento de segregação do delinquente, já que garante o seu efetivo isolamento, inabilitando-o ao convívio social, devido à sua deterioração psíquica, dificultando ao máximo o seu retorno ao sistema social.

5.2 A gênese do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil

A par dos fatores sublinhados no item anterior, os quais foram de extrema relevância na definição da adoção da legislação recrudescedora da disciplina carcerária, erige-se ademais como ponto crucial dessa definição a crise estrutural do sistema prisional brasileiro. Como explicitado no item 2.4, o déficit de vagas no sistema penitenciário cria uma crise sem limites que tem como características, segundo expõe Freire (2005, 140-143) as péssimas condições de habitabilidade e higiene e o controle disciplinário permeado pela violência, onde as práticas da tortura se tornam rotina. Somando-se a esse quadro, tem-se o avanço do crime organizado, a hegemonia de facções criminosas e ainda a corrupção dos agentes estatais.

A soma de todos esses fatores fez com que importantes movimentos de rebeliões passassem a ocorrer no interior dos presídios a partir da década de 90, os quais tiveram como respostas a severidade da punição disciplinar que culminou na publicação da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que instituiu o isolamento celular pelo período de 360 dias, denominado Regime Disciplinar Diferenciado.

Dentre os movimentos de rebeliões, segundo Freire (2005, p. 150), destaca-se o ocorrido em São Paulo em fevereiro de 2001, quando uma megarrebelião - a maior já registrada no Brasil - se alastrou por 25 unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 04 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado, atingindo cerca de 28 mil presos.

Conforme nos informa Freire (2005, p. 150), a megarrebelião fora liderada pelo Primeiro Comando da Capital²⁹ (PCC) facção criminosa atuante no Estado de São Paulo, e foi iniciada no dia 18 de fevereiro, domingo, dia de visitas nos presídios, fator que dificultou o trabalho de contenção do movimento. À época, apurou-se que o principal objetivo da megarrebelião era forçar a transferência dos líderes do Primeiro Comando da Capital para a Casa de Detenção de São Paulo (Complexo do Carandiru), uma vez que estavam custodiados no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, onde as regras disciplinares eram rígidas e bem mais severas. O resultado da megarrebelião foi a morte de 19 detentos, provocadas por disputas entre as facções criminosas.

Segundo expõe Carvalho e Freire (2007, p. 237), em consequência direta ao evento ocorrido, em 04 de maio de 2001, por meio da Resolução nº 26, o Secretário de Administração Penitenciária de São Paulo criou naquele Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado. Tal como dispunha o art. 1º da referida resolução, o regime instituído era aplicável aos líderes e integrantes de facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exigisse tratamento específico. Restringia-se a cinco unidades prisionais: Casa de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciárias I de Avaré e de Iaras. Em 02 de abril de 2002, no entanto, foi inaugurado o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, adaptado exclusivamente para o fim de aplicação das novas regras disciplinares, o que fez com que as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixassem de aplicar o novo regime.

Segundo o art. 4º, da Resolução nº 26/01, o tempo máximo de permanência no Regime Disciplinar Diferenciado era de 180 (cento e oitenta dias) na primeira inclusão, podendo ser ampliado para 360 (trezentos e sessenta) dias nas demais. Desde que a fundamentação das inclusões se baseasse em motivos distintos, não havia restrições quanto ao número de vezes que o preso poderia ser incluído no

²⁹ A referida facção criminosa – PCC – surgiu na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira” de Taubaté, em agosto de 1993. O presídio de Taubaté era apelidado pelos detentos como “piranhão” ou “masmorra”, por ser considerado o mais severo do sistema. Nesse estabelecimento, os detentos permaneciam em celas individuais, sem direito a visitas íntimas e banhos de sol de apenas uma hora, em pequenos grupos, de no máximo dez encarcerados. Inicialmente, o nome Primeiro Comando da Capital era de um time de futebol que disputava o torneio do presídio de Taubaté. Consta que ao chegar à final do torneio o time ao invés de jogar futebol resolveu acertar as contas com dois integrantes do time adversário, resultando na morte deles. Em decorrência deste ato, que em seguida tomou contornos de reivindicação por melhores condições nos presídios, se originou a facção criminosa, que oito anos mais tarde organizaria a maior rebelião já registrada na história deste país. (PORTO, 2007, P. 74)

Regime Disciplinar Diferenciado. Quanto ao procedimento de inclusão do preso no referido regime, dispõe o art. 2º que se trataria de procedimento estritamente administrativo, pois caberia ao Diretor Técnico das Unidades, por meio de petição fundamentada direcionada ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais, solicitar a remoção do preso ao Regime Disciplinar Diferenciado. Em estando de acordo com o pedido, o Coordenador encaminharia ao Secretario de Administração Penitenciária Adjunto, para decisão final.

Por sua vez, o art. 5º, da Resolução em apreço definia os direitos do preso durante sua permanência no Regime Disciplinar Diferenciado, quais sejam: conhecimento dos motivos que ensejaram sua inclusão no referido regime; acompanhamento técnico; banho de sol diário de uma hora; visita semanal de duas horas; não utilização de algemas durante o período de visita; remição pelo trabalho e educação na proporção de um dia remido para cada seis dias trabalhados, num total máximo de vinte e cinco dias remidos; e, por fim, o recebimento mensal, por meio das visitas semanais, de peças de vestuário, abrigo e objetos de higiene pessoal.

É interessante ressaltar que o referido art. 5º, muito longe de estabelecer direitos, embora o seu caput se refira a eles, define em verdade restrições que acabam por delinear o Regime Disciplinar Diferenciado então adotado pelo Estado de São Paulo.

De acordo com Carvalho e Freire (2007, p. 274), na esteira do processo de normatização dessas restrições, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo editou ainda outras duas resoluções. A Resolução nº 49, de julho de 2002, teve por escopo restringir o direito de visita, limitando o número de visitantes por dia de visita, bem como estabeleceu que as entrevistas dos presos em Regime Disciplinar Diferenciado com seus advogados deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento por escrito ou oral à direção do presídio, que designaria data e horário para a entrevista nos 10 (dez) dias subsequentes ao pedido. Por sua vez, a Resolução nº 59, de agosto de 2002, instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia) e ainda ampliou a possibilidade de aplicação do citado regime também aos presos provisórios acusados de crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal. Ademais, o art. 2º da Resolução em tela elencou as condutas que implicariam na submissão do preso ao Regime Disciplinar Diferenciado: a) incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; b)

tentativa de fuga; c) participação em facções criminosas; d) posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa; e e) prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento.

O regime disciplinar diferenciado, desde a sua adoção pelo Estado de São Paulo, sempre foi alvo de severas críticas, as quais questionam a sua constitucionalidade sob vários aspectos. No caso específico de São Paulo, questionou-se a constitucionalidade principalmente acerca da competência por parte do Estado em legislar sobre a matéria. O ente federado em tela valeu-se do argumento de que o art. 24, I, da Constituição Federal de 1988 concede legitimidade concorrente aos Estados Federados para legislar sobre direito penitenciário. Argumento esse que foi plenamente aceito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – de acordo com nosso entendimento, uma decisão de cunho puramente político diante da pressão exercida pelos meios de comunicação em massa e do próprio poder executivo daquele Estado. Nesse sentido, vale destacar a decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 400.000.3/8, na qual o Desembargador Haroldo Luz afirma que:

[...] apesar de ter sido efetivada administrativamente, nos termos do artigo 20 da Resolução SAP – 026, de 4 de maio de 2001, o Poder Judiciário, em nenhum momento deixou de acompanhar a execução da pena, tanto que nos autos de execução nº 466.055 (17.237) o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente, acabou por indeferir pedido de “remoção imediata do sentenciado para um dos estabelecimentos comuns do Estado” no julgamento do incidente de excesso e desvio de execução. (SÃO PAULO, 2002)

Em sentido contrário, todavia, entendia a doutrina que a competência concorrente cujo art. 24, I, da Constituição Federal de 1988 estabelece se refere ao:

[...] direito penitenciário que engloba apenas as normas peculiares de organização prisional em cada ente federado, ao passo que o Regime Disciplinar Diferenciado constitui regra de execução penal e não mera disciplina prisional, motivo pelo qual deveria ter sido, *ab initio*, objeto de norma federal. (CUNHA, 2006)

Diversas outras críticas foram tecidas ao regime disciplinar diferenciado à época de sua adoção, dentre as quais se destacam as observações de Alberto Silva Franco:

[...] o argumento de que o administrador, em situações-limite, exerce a legítima defesa da sociedade não o alforria da prática de ilegalidade. Não há texto constitucional ou legal que transforme cada administrador na própria sociedade e o autorize, em nome dela, a reagir diante de atos reais ou virtuais de agressividade. Se tal entendimento viesse a prevalecer, ocorreria um nível de subjetividade incontável, o que poria em risco os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, e se daria abrigo a uma administração autoritária, de evidente viés fascista. (FRANCO, 2001)

No Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, a primeira experiência semelhante ao Regime Disciplinar Diferenciado ocorreu em setembro de 2002, após meses de “disseminação do terror” pelas facções criminosas por toda a cidade do Rio de Janeiro. Segundo Caldeira (2004, p. 4), “de fevereiro a dezembro de 2002, a imprensa registrou tentativas de fuga, fugas efetivadas e rebeliões no complexo de Bangu, todas em presídios e casas de custódia dominados pelo Comando Vermelho. Aconteceram ao todo onze ‘incidentes prisionais’.”

A série de ataques ao longo do ano de 2002, conforme relata Caldeira (2004, p. 4) teve início com a transferência do líder do Comando Vermelho, Fernandinho Beira-Mar, da carceragem da Polícia Federal em Brasília para o presídio de segurança máxima de Bangu I, no Rio de Janeiro, em 26 de abril de 2002. Insatisfeitos com a remoção de Beira-Mar, já em 14 de maio, o edifício da Secretaria de Direitos Humanos foi alvejado por tiros de fuzil e foram colocados cartazes, assinados pelo Comando Vermelho, com os seguintes dizeres: “Chega de opressão. Daqui pra frente qualquer ação arbitrária com nossos irmãos na cadeia será dada resposta à altura”.

Na sequência, afirma Caldeira (2004, p. 6) que em 11 de setembro de 2002, após tentativa frustrada de fuga do presídio de Bangu I, líderes do Comando Vermelho que haviam ‘comprado as chaves da cadeia’³⁰ assassinaram quatro chefes das facções do Terceiro Comando e ADA (Amigos dos Amigos). Logo após o restabelecimento da ordem no presídio, os líderes do Comando Vermelho afirmavam que em caso de enrijecimento da conduta policial o terror seria disseminado por toda a cidade. As ameaças fizeram com que o medo reinasse por dois dias, comércio e escolas permaneceram fechados em nove bairros. Em resposta à rebelião e ao caos disseminado, publicou-se em 16 de setembro a Resolução nº 13, instituindo o

³⁰ Expressão utilizada por Caldeira (2004, p. 6) para se referir ao afrouxamento da fiscalização por parte de agentes penitenciários corrompidos.

Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES), praticamente nos moldes do Regime já instituído em São Paulo.

Não obstante o enrijecimento disciplinar, as facções criminosas continuaram a espalhar o terror pela cidade. Na sequência, relata Caldeira (2004, p. 7), em fevereiro de 2003, o Comando Vermelho, cujo um dos chefes era Fernandinho Beira-Mar, liderou ações na zona sul do Rio de Janeiro que envolveu a explosão de bombas, arrastões e incêndios em ônibus, resultando na morte de uma idosa de 70 (setenta) anos. Logo após esse episódio, em 27 de fevereiro Fernandinho Beira-Mar é transferido para o presídio de Presidente Prudente, no interior de São Paulo, no qual deveria permanecer por trinta dias.

Em seguida, aos 14 de março de 2003, o juiz da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente, Antônio José Machado Dias, é assassinado em São Paulo. Logo após, em 24 de março o Juiz da Vara de Execuções Penais de Vitória, Alexandre Martins de Castro Filho, que estava sendo ameaçado pelo crime organizado, também é executado. A reação dos meios de comunicação em massa é imediata, o crime organizado é consolidado como a personificação do terror, sendo o seu personagem principal Fernandinho Beira-Mar. Segundo Caldeira (2004, p.8) em editorial intitulado “Ao confronto”, o jornal *O Globo*³¹ afirmava: “Chegou a hora de agir com o máximo rigor. (...) A guerra já começou.”

No Congresso Nacional, o confronto entre Estado e Crime Organizado fez ressurgir e acelerar os debates em torno do Projeto de Lei nº 5.073, enviado em 2001 pela Presidência da República, modificando a Lei de Execuções Penais. A tendência do debate não poderia ser outra em face dos acontecimentos e da pressão exercida pelos meios de comunicação que não o endurecimento dos regimes carcerários. Em 1º de abril de 2003, o projeto é aprovado por meio de votação simbólica na Câmara dos Deputados. No Senado, depois de delongadas discussões acerca da adoção de um regime disciplinar de segurança máxima³², ainda mais rígido que o denominado regime disciplinar diferenciado, a aprovação ocorreu em 24 de novembro de 2003, tendo sido então remetido para sanção do Presidente da República, que se deu em 01 de dezembro de 2003. Em 02 de dezembro de 2003, tem-se então a publicação da Lei nº 10.792, que alterou a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de

³¹ “Ao confronto”, *O Globo*, 16/03/2003, p.1. (Caldeira, 2004, p. 8)

³² O Regime Disciplinar de Segurança Máxima, que previa duração de 720 dias, podendo ser prolongada e visitas mensais de no máximo dois familiares, separados por vidro e com comunicação por interfone, foi rejeitado, tendo sido adotado ‘somente’ o Regime Disciplinar Diferenciado.

Execução Penal (LEP) - instituindo em seu art. 52 o Regime Disciplinar Diferenciado para os seguintes casos:

1. prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; (art. 52, caput)
2. presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; (art. 52, § 1º)
3. presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (art. 52, § 2º)

Dos incisos do supracitado artigo, depreendemos as características do regime instituído, quais sejam:

Art. 52.

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 duas horas diárias para banho e sol. (BRASIL, 2003)

Percebe-se algumas diferenças entre o primeiro regime disciplinar diferenciado, adotado em São Paulo por meio da Resolução SAP nº 26/01, e o regime disciplinar diferenciado instituído pela Lei supracitada. No entanto, pode-se afirmar que a essência do instituto é a mesma, qual seja, apartar presos ditos de maior periculosidade, por meio do isolamento celular, pelo maior tempo possível, concedendo ampla discricionariedade às autoridades executivas e judiciais para a efetivação de tal medida.

Dentre as diferenças entre os dois regimes destacam-se as seguintes:

1. Quanto à duração: No regime instituído pela Resolução SAP nº 26/01, a duração máxima era de 180 (cento e oitenta dias) na primeira inclusão, podendo ser ampliado para 360 (trezentos e sessenta) dias nas demais, não havendo limites para o número de inclusões, enquanto que no regime da Lei nº 10792/03 a duração máxima é de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo ser repetida em caso de nova falta grave até o limite máximo de 1/6 (um sexto) da pena.

2. Quanto ao banho de sol: No primeiro regime estabeleceu-se 01 (uma) hora diária, enquanto que no regime da Lei nº 10.792/03 o banho de sol diário é de 02 (duas) horas.

3. Quanto ao procedimento de inclusão: A Resolução SAP nº 26/01 previu que a inclusão se daria por meio de ato administrativo, com posterior anuência do Juiz da Vara de Execução. Por sua vez, a Lei nº 10.792/03, alterando o art. 54 da Lei de Execução Penal, dispôs que a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado dependeria de prévio e fundamentado despacho do juiz competente, incitado por requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa e ainda precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa.

5.3 O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão de um Direito Penal do Inimigo

Pelo exposto no item anterior, constata-se que a adoção do regime disciplinar diferenciado se deu como resposta clara do Estado à situação crítica vivenciada naquele momento, onde sucessivos ataques de facções criminosas disseminavam o pânico. Como bem elucida Sica, “o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.” (SICA, 2002, p. 77) O novo regime disciplinar diferenciado aparece como legislação de emergência, solução contingencial a um problema estrutural tal como clamava a população, envolvida pelos veículos *mass media*. García-Pablos de Molina, a esse respeito, comenta que:

Nada mais errôneo que conferir ao Direito Penal o papel de um direito de gestão ordinária de problemas sociais. Por maior que seja o descrédito que nas diversas instâncias de controle social, formal e informal, o Direito penal não deve perder sua natureza subsidiária, como última *ratio*, nem chegar a ser o instrumento eficaz, por excelência, de pedagogia político-social, de socialização, de civilização. Nem lhe corresponde tal função, nem parece sensato submetê-lo a cargas que não pode suportar. (MOLINA *apud* BUSATO, 2007, p. 296)

Percebe-se com clareza o apelo simbólico do novo Regime, que como afirma Cunha (2006):

[...] é mais uma medida a reforçar o crescente uso do direito penal como símbolo de combate a violência, reforçando cada vez mais a natureza de prevenção geral do que a específica tutela penal. O direito penal no Regime Disciplinar Diferenciado é usado como aplacador da vontade popular e não reflete qualquer eficácia material no direito penal. (CUNHA, 2006)

Como legislação de cunho emergencial, a Lei nº 10.792/2003, assim como a maioria dos diplomas legais fruto do clamor público, tem caráter punitivista e não observa determinados princípios e garantias fundamentais como se verá nos itens a seguir. Nessa esteira, é elucidativo os comentários de Luiz Flávio Gomes para quem:

Um direito penal com essas características carece de legitimidade: manipula o medo do direito e a insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e determinados infratores. Introduce um sem-fim de disposições excepcionais, sabendo-se do seu inútil ou impossível cumprimento e, a médio prazo, traz descrédito ao próprio ordenamento, minando o poder intimidativo de suas proibições. (GOMES, 2002, p.104)

Verifica-se, ademais, a assunção de uma postura frente ao crime organizado característica de verdadeira guerra, na qual os inimigos devem ser eliminados ou apartados da convivência social o maior tempo possível, ou seja, pretende-se somente a eliminação do perigo. Assim, afere-se que o regime disciplinar diferenciado não tem qualquer fim terapêutico com finalidades ressocializadoras, ao contrário, tem como escopo único a segregação daqueles apontados como inimigos.

E, ademais desses aspectos, configurando os criminosos de maior periculosidade verdadeiros inimigos do Estado, não é preciso tratá-los como pessoas, ou seja, ocorre uma explícita desumanização, de maneira que as regras a lhes serem aplicadas não necessitam atender aos princípios e garantias fundamentais.

Assim sendo, pode-se mesmo afirmar que, tendo em vista os aspectos pouco garantistas do regime disciplinar diferenciado, a intenção do legislador foi muito além da adoção de um mecanismo de controle da disciplina, foi antes de tudo a opção por um modelo político-criminal que além de ser violador de garantias e direitos fundamentais daqueles que cumprem pena, os estigmatiza denominando-os inimigos, distinguindo-os dos cidadãos, retirando-lhes a qualidade de seres humanos e

ainda substituindo um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor, dando ao discurso autoritário que o embasa uma dimensão moralista e racional, legalizando posturas arbitrárias do poder punitivo estatal.

5.4 Natureza do Regime Disciplinar Diferenciado e o princípio da judicialização

O regime disciplinar diferenciado foi inserido na Lei de Execução Penal no artigo atinente ao instituto da ‘falta grave’ – art. 52 da Lei 7.210/84. Por meio desse artigo se estabeleceu que 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.

À primeira vista, poder-se-ia afirmar que o regime disciplinar diferenciado, sendo previsto como sanção à falta grave pelo supracitado *caput* do art. 52, e ainda, considerando a sua inclusão no inciso V, do art. 53³³ da citada Lei de Execução Penal, que estabelece quais são as sanções disciplinares, teria a natureza de sanção disciplinar. Não obstante, não é o que se afere de uma análise sistemática do instituto em tela.

Primeiramente, cabe-nos mencionar que alguns doutrinadores entendem que o regime disciplinar diferenciado possui dupla natureza jurídica. A natureza de sanção disciplinar, depreendida do *caput* do art 52, e ainda a natureza de medida cautelar, tendo em vista os §§ 1º e 2º, do art. 52³⁴, os quais dispõem que 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, bem como o preso provisório ou condenado

³³ 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 artigo 88 desta lei. V – inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Art. 53, da Lei nº 7.210, de 1984)

³⁴ Art. 52 (...)§ 1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Art. 52, da Lei nº 7.210, de 1984)

sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Observa-se que nessas duas últimas hipóteses, o regime disciplinar não é adotado como reação a um fato específico ocorrido durante o internamento do preso no estabelecimento penal, mas sim como eliminação de um perigo, de forma a preservar a ordem e a segurança dos estabelecimentos penitenciários e da sociedade, numa ação de natureza cautelar.

Nessa esteira, entende Haroldo Caetano da Silva que:

A LEP situa o regime disciplinar diferenciado dentre as sanções disciplinares aplicáveis ao preso faltoso (art. 53, V). Terá o RDD, então, a natureza de sanção disciplinar quando determinado como resposta à prática de crime doloso que venha a ocasionar subversão da ordem ou disciplinas internas do estabelecimento penal.

Ao mesmo tempo, permite-se que o RDD possa abrigar presos provisórios ou condenados 'que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade' (art. 52, § 1º) ou sobre os quais 'recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando' (art. 52, §2º). A inclusão no RDD, nestes casos, não se dá a título de punição. Aliás, a medida independe da prática de falta disciplinar. Constitui-se o RDD, nas hipóteses do art. 52, §§ 1º e 2º, da LEP, em medida de cautela.

Tem o regime disciplinar diferenciado, portanto, natureza mista. Será sanção disciplinar ou medida de cautela, dependendo do motivo pelo qual vier a ser aplicado. (SILVA, 2006, p. 139)

No mesmo sentido, entende Vlamir Costa Magalhães (2007) que “de acordo com o caso concreto, o instituto pode assumir duas feições, quais sejam: o RDD “punitivo” (art. 52, *caput* e incisos da Lei 7.210/84) e o RDD “cautelar” (art. 52, parágrafos 1º e 2º, do referido diploma legal)”, corroborando suas assertivas o autor cita decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 2001.02.01.000481-8, da lavra da Desembargadora Federal Liliane Roriz, da 2ª Turma Especializada do TRF 2ª Região, de 15 de fevereiro de 2007:

CRIMINAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PODER ESPECIAL DE CAUTELA DO JUIZ. PRISÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE

1. Compete ao Juízo que autorizou as escutas telefônicas fixar o regime de cumprimento da prisão preventiva.

2. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – que se caracteriza como um regime de disciplina carcerária especial -, embora esteja regulamentado na Lei de Execuções Penais, se aplica tanto ao cumprimento de pena privativa de réu condenado como à custódia de preso provisório, podendo, assim, assumir duas modalidades distintas: punitiva e cautelar. [...] (Apud MAGALHÃES, 2007)

Não obstante as opiniões doutrinárias e jurisprudencial acerca da dupla natureza jurídica do regime disciplinar diferenciado, punitiva e cautelar, adere-se a esse tocante ao posicionamento doutrinário que entende que o citado regime é, em verdade, uma forma diferenciada de cumprimento de pena, pois limita de tal forma a liberdade ambulatoria do condenado, já reduzida pelo cumprimento da pena, que possui mais caráter penal que o meramente penitenciário. Os argumentos que embasam esse entendimento encontram-se vinculados à duração do regime, que pode se estender até a 1/6 (um sexto) da pena, e ainda à finalidade primordial de tal medida, qual seja, a eliminação de perigos e não a punição pelo cometimento de conduta específica.

Na esteira desse entendimento, Alberto Silva Franco (2001), ao ponderar acerca do regime disciplinar diferenciado adotado em São Paulo por meio da Resolução nº 26/01, analisada no item 5.4, o qual possui a mesma essência do regime instituído pela Lei nº 10.792/03 e, portanto, as suas críticas podem ser remetidas também ao regime em apreço, afirmou que:

Ora, a Resolução SAP-026/01 não interfere diretamente em regras de coexistência no interior da estrutura penitenciária; institui, em verdade, uma nova formatação do isolamento em cela, de modo a convertê-lo em mais uma etapa de cumprimento de pena privativa de liberdade: o regime fechadíssimo. (FRANCO, 2001)

No mesmo sentido, entende Andrade que o regime disciplinar diferenciado é, em verdade, a instituição de “um regime de cumprimento de pena mais severo que o permitido pela legislação, de caráter cruel e desumano, violador da Constituição Federal e do Sistema Internacional de Direitos Humanos.” (ANDRADE, 2006, p. 115)

Corroborando ainda esse posicionamento, o parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2004, p. 15), acerca da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, dispõe que, a princípio, em que pesem as regras que instituem o referido regime estejam encartadas no Capítulo IV da LEP (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), o instituto em análise não possui natureza jurídica de sanção, uma vez que não se destina a punir alguém, mas simplesmente afastar determinados presos do meio carcerário comum, acrescenta ademais que provavelmente aí reside o motivo pelo qual a aplicação do regime disciplinar diferenciado não observe os princípios que norteiam a aplicação de punições, como, por exemplo, o da tipicidade estrita e proporcionalidade entre ação e sanção.

Tendo em vista, portanto, a severidade das regras do regime disciplinar diferenciado e a sua essência de norma de caráter penal, a Lei nº 10.792/03 previu a judicialização do procedimento de inclusão do preso no citado regime. Nesse sentido, afirma Moura (2007, p. 290) que em que pese o indivíduo preso ter o seu direito de liberdade de locomoção cerceado, ele permanece titular dos direitos não suspensos em virtude da sentença condenatória ou da lei, aplicando-lhe em sede de execução penal, todas as preceituações especificadas para o direito penal e processo penal. De modo que, toda restrição de direitos que o preso sofra deve ser fundamentada, como são todas as decisões em sede de execução penal.

Assim, para aplicar as regras do regime disciplinar diferenciado, o diretor do presídio ou outra autoridade administrativa deverá requerer em petição pormenorizada a inclusão do preso ao juiz da vara das execuções penais, o qual deverá decidir em no máximo 15 dias, ouvidos o Ministério Público e a defesa. Nesse sentido, dispõe o art. 54 da LEP, com a nova redação dada pela Lei nº 10.792/03:

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

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

§ 2º A decisão judicial sobre a inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. (BRASIL, 2003)

Constata-se assim que dentre as sanções previstas no art. 53 da LEP, somente ao regime disciplinar diferenciado aplica-se o princípio da judiscialização, cabendo à autoridade administrativa do estabelecimento prisional a decisão de aplicação das demais sanções.

Nesse contexto, a doutrina suscita a questão da possibilidade de requerimento de inclusão do preso pelo Ministério Público, como órgão integrante do sistema de execução penal, no regime disciplinar diferenciado. Como analisado, o art. 54 da LEP previu expressamente somente o requerimento pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

Cunha e Cerqueira (2006, p. 108) afirmam que tendo em vista o disposto na alínea “a”, inc. II, do artigo 68 da LEP³⁵, que estabelece como uma das atribuições do *parquet* a adoção das medidas necessárias no processo executivo, por meio de uma interpretação sistemática, a resposta só pode ser afirmativa. Acrescentam que a amplitude da presente alínea torna inúteis todas as demais, que estão de certa forma vinculadas ao desenvolvimento regular do processo executivo.

Nesse sentido, entendeu o Desembargador Valmir de Oliveira Silva, em decisão de 15 de agosto de 2008, prolatada no processo nº 2008.76.01135 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

EMENTA – EXECUÇÃO PENAL – EXTORSÕES PRATICADAS DE DENTRO DA UNIDADE PRISIONAL – REQUERIMENTO DE INCLUSÃO DO PRESO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 67 E 195 DA LEP. É certo que o artigo 54, §§ 1º e 2, introduzidos na LEP pela Lei nº 10.792, de 1 de dezembro de 2003, dispõem que a autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa, sobre o qual haverá manifestações do Ministério Público e da defesa, decidindo o magistrado, fundamentadamente, no prazo máximo de quinze dias. Todavia, a iniciativa do Diretor do estabelecimento prisional, por certo, não retira do Ministério público a legitimidade para requerer a imposição da sanção disciplinar, no caso de não ser a mesma postulada no processo disciplinar, por isso que, sendo o órgão incumbido de fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, não se concebe o exercício deste poder sem a possibilidade de requerer ao magistrado ministrar as medidas necessárias à aplicação da lei penal, processual e de execução penal, como, aliás, infere-se dos artigos 67 e 195 da LEP, perfeitamente harmônico com os artigos 127 e 129, II, da Carta da República. Recurso parcialmente provido. DECISÃO: Por unanimidade foi dado parcial provimento ao agravo para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público para requerer em RDD, o Juiz decida como de direito. (RIO DE JANEIRO, 2008)

³⁵ Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: I – fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; II – requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; d) a revogação da medida de segurança; e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; III – interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução. Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio. (Art. 68, da Lei nº 7.210, de 1984)

Outro aspecto no tocante ao procedimento de inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado se refere ao disposto no art. 60, da LEP³⁶, o qual teve sua redação alterada pela Lei nº 10.792/03. É o que a doutrina vem denominando de RDD preventivo. De acordo com o dispositivo mencionado, a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo máximo de 10 (dez) dias. No entanto, a inclusão 'definitiva' do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação dos fatos, dependerá de despacho do juiz competente. Estabelece-se, ademais, que o tempo de isolamento ou inclusão preventivo no regime disciplinar diferenciado será computado no período total de cumprimento da sanção disciplinar, como uma autêntica detração.

A adoção do citado regime preventivo é justificado pelas autoridades executivas tendo em vista a necessidade de decisões rápidas em face de situações graves e inesperadas de subversão da ordem interna do presídio que colocam em risco a integridade física dos detentos, bem como a segurança da sociedade como um todo frente à ataques articulados pelos líderes de facções criminosas comandadas de dentro dos presídios. Nesse sentido, a decretação do regime preventivo conferiria agilidade às ações do poder público frente a situações emergenciais. Não obstante, Nucci (2007, p. 275) acrescenta que “nada impede, aliás recomenda, no entanto, que o juiz alertado de que o preso já foi isolado, decida em dez dias, evitando-se alegação de constrangimento ilegal.”

5.5 Hipóteses de cabimento do Regime Disciplinar Diferenciado

A inclusão no regime disciplinar diferenciado poderá ocorrer em três hipóteses distintas, a saber:

1. como sanção disciplinar, em decorrência de falta grave consistente na prática de fato previsto como crime doloso, que ocasione a subversão da ordem ou da disciplina internas;

³⁶ Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar. (Art. 60, da Lei nº 7.210, de 1984)

2. para presos, condenados ou provisórios, que apresentam alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;
3. para presos, condenados ou provisórios, sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

5.5.1 Prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas

A primeira hipótese de aplicação do regime disciplinar diferenciado está prevista no art. 52, caput, da LEP, e se aplica nos casos de prática de fato previsto como crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. A primeira observação a ser feita é que não se trata de qualquer conduta prevista como crime doloso, mas somente aquelas que causem tumulto carcerário.

Cunha e Cerqueira (2006, p. 107) ressaltam que mesmo os presos cujas condutas tenham se restringido ao campo da tentativa estarão sujeitos à sanção como se consumada fora, de acordo com o disposto no art. 49, parágrafo único da LEP. No entanto, ao estabelecer a sanção – escolha da natureza e sua duração - o juiz deverá considerar as conseqüências menos gravosas da conduta tentada em contraposição ao crime consumado.

Os autores acrescentam ainda que o regime disciplinar diferenciado pode ser aplicado também aos agentes de condutas preterdolosas (ou preterintencional), já que estas nada mais são que crimes dolosos agravados pelo resultado culposos.

A hipótese em apreço, frise-se, somente se aplica aos presos que se encontram enclausurados, como se depreende da expressão “subversão da ordem ou disciplina internas”, de modo que não se admite a sua utilização para sancionar condenados que cumprem pena em liberdade, tais como as restritivas de direitos, saída temporária, livramento condicional etc.

Em todo caso, o autor da conduta prevista como crime doloso que sofra a sanção do regime disciplinar diferenciado responderá ainda penalmente pelo crime praticado.

Nucci (2007, p. 274), no que se refere à hipótese em análise, alerta para a utilização da expressão “fato previsto como crime doloso”, e não “crime” propriamente dito. Segundo o autor, se tivesse a lei previsto cometimento de crime, haveria a necessidade de se aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a utilização rápida e ágil do instituto do regime disciplinar diferenciado.

5.5.2 Presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade

A segunda hipótese de aplicação do regime disciplinar diferenciado está elencada no art. 52, § 1º da LEP. Dispõe que 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.

Nessa hipótese, ao contrário da primeira analisada no item anterior, não se tem a exigência de prática de fato previsto como crime doloso durante a permanência do interno no estabelecimento prisional. A única exigência é que o preso possua a seguinte característica: apresente alto risco para a ordem e a segurança do local onde se encontra recluso ou da sociedade.

Constata-se, sem grandes esforços, que no caso em tela tem-se um retorno ao direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato, já que não há a exigência do cometido de nenhuma ação por parte do preso, e tão somente que ele seja a representação de um perigo, um risco para a segurança dos demais detentos ou da sociedade que se encontra do lado de fora dos muros da prisão. Como analisado neste capítulo, no item 5.3, é o dispositivo em apreço uma expressão indubitável do denominado direito penal do inimigo. No que condiz a esse respeito, Busato é enfático ao afirmar que:

[...] todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são

“suspeitos” de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal do autor, onde “não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor)”. (BUSATO, 2007, p.296)

Quanto à utilização pelo Estado de figuras punitivas caracterizadoras de um direito penal do autor, como o dispositivo em análise, Zaffaroni e Pierangeli (2005, p. 104) afirmam que o sentimento de segurança jurídica não se coaduna com a imposição de pena a uma pessoa, ou seja, a determinação da privação de bens jurídicos a um indivíduo, com o escopo puramente preventivo, numa medida aplicada tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito, sem que se considere a extensão do fato delituoso cometido e o grau de autodeterminação necessário à atuação criminosa. Acrescentam, ademais, que:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc.(ZAFFARONI; PIERANGELI, 2005, p. 105)

Ainda quanto a esse aspecto, Gomes, Cunha e Cerqueira afirmam que na hipótese em análise “a gravidade do crime praticado não basta para presumir a personalidade do seu autor, havendo que existir, concretamente, dados que indiquem ser ele, enquanto preso, um perigo para a ordem e a segurança do presídio”. Acrescentam que nessa hipótese:

[...] o RDD se aplica no caso de preso, dentro do presídio ou estabelecimento prisional, comandar crimes do lado de fora do muro (extra muro), colocando em risco a sociedade e a própria milícia. Neste caso, o juiz da execução decidirá fundamentado em investigações sigilosas e escutas telefônicas de outros envolvidos, que se encontram fora do estabelecimento prisional, já que neste haverá bloqueadores de celular. (GOMES; CUNHA e CERQUEIRA)

Todavia, é de se ressaltar o excessivo caráter vago, impreciso e aberto das expressões “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, sendo difícil mensurar o seu conteúdo. Quanto a essa crítica, Cunha e Cerqueira (2006) admitem ser difícil:

[...] de se extrair o real significado do que seja “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, mostrando-se ampla, margeando a ambigüidade, campo fértil para a arbitrariedade. Melhor teria feito o legislador se relacionasse, ainda que de forma meramente exemplificativa, casos que pudessem servir de norte para a interpretação do aplicador da lei (interpretação analógica). (CUNHA; CERQUEIRA, 2006, p. 107)

5.5.3 Presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A terceira hipótese de cabimento do regime disciplinar diferenciado encontra-se prevista no art. 52, § 2º, da LEP, o qual dispõe que presos provisórios ou condenados sob o quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando estão igualmente sujeitos ao regime em tela.

Entendem Cunha e Cerqueira (2006, p.108) que com essa previsão o legislador pretendeu coibir, de maneira firme e convincente, os participantes de empresas criminosas, seus líderes e seguidores, dentro e fora do sistema prisional, utilizando o isolamento como meio de dismantelar ou dificultar as ações de organizações e sociedades criminosas.

Ao proceder à análise do dispositivo em tela, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2004, p. 17), por meio de parecer, entendeu que a hipótese descrita no art. 52, § 2º, da LEP viola o princípio penal do *non bis in idem*, já que se existem suspeitas de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, sendo tal conduta por si só tipificada como crime, seria o caso de denúncia à autoridade policial e não de aplicação de suposta sanção disciplinar.

O colendo Colegiado ressaltou, ademais, que o dispositivo em apreço colide com o artigo 30 das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas - ONU³⁷, que embora não possam ser denominadas de “tratado internacional” *stricto sensu*, vem sendo reconhecidas como meio de interpretação daqueles. Reza o citado art. 30 que: “Nenhum preso será punido senão de acordo com os termos da lei e regulamento, e nunca duas vezes pelo mesmo crime.” E ainda acrescenta o referido Conselho que:

[...] se a administração penitenciária suspeita que alguém integra, ou mesmo comanda, organização criminosa, nada impede que seja o preso removido para estabelecimento de maior segurança, em regime fechado, no qual sejam dificultadas suas atividades. No entanto, não há que se confundir este poder-dever estatal de classificar os presos, com a imposição de sanção, ainda mais em se tratando de mera suspeita. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2004)

Importante crítica suscitada pela doutrina relaciona-se à expressão “fundadas suspeitas” utilizada no parágrafo em análise. Uma vez que a aplicação do regime diferenciado se trata de medida drástica, doutrinadores como Cunha e Cerqueira (2006, 108) entendem que a mera suspeita, por configurar simples indícios, não autoriza a aplicação da sanção. Afirmam que somente a comprovação de um fato que conecte o preso, a qualquer título, à organização criminosa justificaria a sua inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Por derradeiro, cabe salientar que da mesma forma que o § 1º, do art. 52, da LEP é expressão de um direito penal do inimigo por prestigiar a adoção de uma previsão penal baseada no direito penal do autor, o dispositivo em análise também é reflexo da adoção de uma política criminal fundada em um direito penal de terceira velocidade ao eleger uma determinada categoria de delinquentes como inimigos, quais sejam, suspeitos de integrar organizações criminosas, quadrilha ou bando, e suprimindo-lhes ainda mais seus direitos e garantias fundamentais. Nessa esteira, Busato (2007), ao corroborar tal entendimento, afirma que:

³⁷ As Regras Mínimas para Tratamento de Presos foram adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, reunido em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social pelas suas resoluções 663C (XXIV) de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de Maio de 1977.

No Brasil, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em consonância com o entendimento de que tais regras devem servir de inspiração para a apreciação de denúncias de violação dos Direitos Humanos pelos órgãos do Estado, cuidou de editar as “Regras Mínimas para Tratamento dos Presos no Brasil”, por meio da Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, adaptação das Regras Mínimas da ONU à realidade nacional.

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massa não é mais do que um “Direito Penal do Inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”. (BUSATO, 2007, p. 287)

5.6 Características do Regime Disciplinar Diferenciado

As características do regime disciplinar diferenciado estão previstas no art. 54, incisos de I a IV, da LEP e são as seguintes:

1. 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.

O regime disciplinar diferenciado tem, na primeira ocorrência, duração máxima de um ano, que deve ser contado de acordo com a inteligência do art. 10 do Código Penal: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.”

Em havendo reincidência do preso no regime, não há a limitação de 360 (trezentos e sessenta dias) para a reprimenda, somente a restrição de que não ultrapasse 1/6 (um sexto) da pena efetivamente aplicada – e não a cumprida ou a que resta cumprir.

Para Cunha e Cerqueira, “pela simples leitura do inciso parece, a *prima facie*, que a sanção poderá se dar tantas vezes quantas forem as faltas graves repetidamente praticadas, sem limites” (CUNHA; CERQUEIRA, 2006, p. 105).

O extenso período previsto no inciso I do art. 52 da LEP é propriamente a inovação que se encontra na alteração promovida pela Lei nº 10.792/03, já que o isolamento em cela já era previsto na LEP como sanção disciplinar (art. 53, IV e art. 58 da LEP), porém a ser aplicada com o prazo máximo de 30 dias.

Carvalho e Freire (2007) ao analisar a duração do regime disciplinar diferenciado, afirmam que:

[...] na perspectiva reabilitadora da pena, a criação do RDD aparece como golpe de misericórdia. O isolamento celular de até 360 dias, sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais. (CARVALHO; FREIRE, 2007, p. 276)

Conquanto existam críticas contundentes ao extensivo tempo de aplicação do regime disciplinar diferenciado, há na doutrina autores, como por exemplo Camilo (2007), que sustentam a não delimitação do tempo máximo de aplicação do referido regime, tendo em vista a finalidade precípua da sanção disciplinar instituída. Justificam tal posicionamento com base na afirmação de que em prol do interesse social, de modo a resguardar a sociedade de atos gravíssimos cometidos por delinquentes, tais como atentados nos centros urbanos, deve o preso ser mantido em regime disciplinar diferenciado, até que o juiz da execução entenda que o recluso tenha condições de retornar ao processo de ressocialização, cumprindo a pena juntamente com outros indivíduos.

Entende-se, não obstante, que os argumentos acima expostos estão em total dissonância com os princípios garantistas e, em verdade, se coadunam com a fundamentação utilizada por Jakobs na sustentação de um direito penal do inimigo. Percebe-se, claramente, a disposição dos que propugnam pela indeterminação temporal do regime disciplinar diferenciado de sacrificar direitos e garantias fundamentais de determinadas pessoas eleitas perigosas, e, portanto, inimigos do estado, em nome da segurança daqueles que se encontram fora dos muros do presídio.

2. Recolhimento em cela individual.

Determina o inciso II, do art. 52 da LEP, que o regime disciplinar diferenciado será cumprido em celas individuais, vulgarmente conhecidas como solitárias. No entanto, acrescentam Cunha e Cerqueira (2006, p. 105) que tal isolamento deve considerar as proibições contidas no artigo 45 da LEP, que estabelece no seu § 1º a vedação do uso de celas escuras, bem como, acrescentando a doutrina, de alojamentos insalubres ou inabitáveis.

A utilização do isolamento celular pelo regime disciplinar diferenciado representa, em verdade, a tentativa por parte do Estado de recuperar a dominação e o controle do sistema carcerário, que como visto, encontra-se em crise por vários

motivos, tendo atingido o seu ápice com as rebeliões de 2001 e 2002, respectivamente em São Paulo e no Rio de Janeiro. No entanto, como ressalta Bitencourt (2004, p. 68), a utilização do sistema celular representa em termos de política criminal um claro retrocesso, no qual se faz a opção pelo retorno às bases do sistema pensilvânico, que, por sua vez, demonstrou ser um meio absolutamente ineficaz em termos de recuperação e ressocialização do preso, mas um eficiente instrumento de dominação e controle.

Ademais da crítica de abandono aos fins ressocializadores da pena, a utilização prolongada do isolamento celular representa o retorno às penas cruéis e desumanas institucionalizadas. Nesse sentido, Carvalho e Freire (2007) afirmam que:

O isolamento celular prolongado previsto no RDD, em face dos efeitos destrutivos para a saúde física e mental dos condenados, assume feição de pena cruel, reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício de vingança social. Tem-se, assim, não apenas uma ressignificação da disciplina, mas dos próprios suplícios, em um sistema (ideológico) integrado de maxipunitividade. (CARVALHO; FREIRE, 2007, p. 279)

3. Visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas.

O dispositivo em apreço parece não ensejar dúvidas. Dispõe o inciso III, do art. 52 da LEP que o preso em regime diferenciado poderá receber semanalmente, durante duas horas, a visita de duas pessoas, além das crianças.

O direito a visitas tem por escopo permitir a manutenção pelo preso dos laços familiares e de amizade, de modo a que ele não rompa seus contatos com o mundo exterior. Segundo Cunha e Cerqueira, “a manutenção desses laços é essencial para o habitante prisional, porque o leva a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade.” (CUNHA; CERQUEIRA, 2006, p. 105)

No entanto, Cunha e Cerqueira (2006, p. 106) suscitam a ambiguidade da redação do inciso em análise, afirmando que se pode depreender duas interpretações: a de que a ressalva “sem contar crianças” quer excluí-las das visitas, ou apenas não computá-las no limite máximo de dois visitantes. Os autores entendem que ainda que incluído o preso no regime disciplinar diferenciado deve lhe ser garantido o direito de relacionar-se com pessoas que lhe são queridas, no entanto:

[...] (e aqui reside o maior problema a ser enfrentado), considerando os princípios basilares traçados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) – *princípios da prevenção geral e especial; do atendimento integral à criança; garantia prioritária; proteção estatal; prevalência dos interesses do menor; indisponibilidade dos interesses do menor* – parece que a proibição de visitas de crianças soa mais correta. Aliás, as Regras Mínimas da ONU, de 1955, no seu preceito 79, dispõe que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre preso e sua família *quando estas sejam convenientes para ambas as partes* (grifo dos autores). Ora, a visita de crianças, no caso, não nos parece nada conveniente. (CUNHA; CERQUEIRA, 2006, p. 106)

Em que pese a opinião dos citados autores, entende-se que o direito a visitas ao preso inclui também a participação das crianças, desde que a segurança dos menores esteja assegurada. Isso se deve à compreensão de que ainda que não seja um ambiente adequado para a visita e permanência de menores, a manutenção da convivência entre pais, mães e filhos deve ser incentivada.

4. O preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

No que se refere à referida previsão, é importante frisar somente que é o único momento em que se permite a saída do preso de sua cela, ou seja, o recluso permanece em isolamento celular durante 22 (vinte e duas) horas, lhe sendo permitido nas outras duas horas o banho de sol. Para Moura (2007, p. 287) denominar “direito” a permissão de banho de sol por duas horas diárias retrata, no mínimo, a adoção de um discurso quimérico.

Ademais das características previstas nos incisos do art. 52, da LEP, deve-se ressaltar o disposto no art. 5º, da Lei nº 10.792/03, o qual estabeleceu que:

Art. 5º Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes;

penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

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

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e

recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar. (BRASIL, 2003)

Como visto, outras restrições podem ser estabelecidas pelos Estados e o Distrito Federal no uso das suas atribuições regulamentares. Baltazar Júnior (2007) acrescenta ainda que o rol do art. 5º, da Lei nº 10.792/03 não é exaustivo e afirma que outras restrições como a proibição de visitas íntimas, restrições sobre a correspondência, e a extinção de privilégios como a entrada de alimentos de fora do estabelecimento podem ser acrescidos nas regulamentações.

6 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO EM FACE DOS PRINCÍPIOS GARANTISTAS CONSTITUCIONAIS

Uma das características definidoras das políticas criminais que tem como embasamento teórico o direito penal do inimigo, como analisado nos itens anteriores, é a sua freqüência em contradizer e inobservar os princípios garantistas presentes no ordenamento jurídico. O regime disciplinar diferenciado, assim, como expressão clara dessa política criminal, inobserva vários princípios garantistas dispostos na Constituição Federal de 1988 como se verá a seguir.

6.1 A ascensão do princípio

O jusnaturalismo moderno, nos relata Barroso (2004, p. 348), dominou por extenso período a filosofia do direito, desde a sua formação no século XVI, até o advento do positivismo no século XIX. A crença na existência de um direito natural, ou seja, em valores e pretensões humanas legítimas que possuem validade independentemente da existência de uma norma jurídica emanada pelo Estado, foi a ideologia que embasou a burguesia nas revoluções liberais. No entanto, foi ao longo do século XIX, que paradoxalmente o jusnaturalismo tem o seu apogeu e a sua superação histórica devido a consolidação do Estado liberal, dos ideais constitucionais por meio das constituições escritas e ainda pelo movimento de codificações. A partir desse contexto, é o direito natural considerado metafísico e anticientífico, sendo então relegado à margem da história para ser substituído pela autoridade absoluta do positivismo do final do século XIX.

Em contraposição ao jusnaturalismo, esclarece-nos Barroso (2004, p. 349), o positivismo jurídico buscou a objetividade científica, semelhante às ciências exatas e naturais, com o escopo de construir uma “ciência jurídica”, de modo que para isso, apartou de forma brusca o direito da moral e de qualquer valor transcendental. Assim, para o positivismo jurídico o direito se resumia na norma, que por sua vez emanava do Estado e possuía força coativa e caráter imperativo, e ainda se fundava

em juízos de fato, como as demais ciências, e não em juízos de valor, pois o objetivo primordial era o conhecimento da realidade tal como ela é encontrada.

Ainda conforme nos relata Barroso (2004, p. 349), a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do facismo, na Itália, e do nazismo, na Alemanha. Isso porque tais movimentos políticos e militares chegaram ao poder pelas vias da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Acrescenta o autor que a insuficiência da base teórica positivista restou comprovada no fato dos principais acusados de Nuremberg terem invocado o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. De forma que, ao final da Segunda Guerra Mundial, a indiferença do Direito a valores éticos e da lei como embalagem estritamente formal para qualquer conteúdo, já não tinha mais a aceitação pela sociedade esclarecida.

Nesse contexto, portanto, no qual se vislumbra o fracasso do positivismo na história recente, percebe-se, como nos relata Barroso (2004, p. 349), o surgimento de certas reflexões no campo do direito, acerca de sua função social e interpretação. O movimento que se segue, denominado segundo o autor citado de pós-positivismo, tem no campo do direito, como um de seus ideais, a *nova hermenêutica constitucional*, responsável por uma nova definição das relações entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais calcada sobre o fundamento da dignidade humana. A alteração do paradigma permitiu o estreitamento de laços entre o direito e a ética, de modo a se valorizar os princípios, incorporando-os implícita ou explicitamente nos textos constitucionais.

Valer dizer que a incorporação dos princípios aos textos constitucionais foi seguida ainda de uma nova concepção acerca do papel desempenhado por esses, os quais passaram de meras concepções basilares do sistema para verdadeiras ideias mestras dotadas de normatividade, ou seja, obrigatoriedade. Nesse sentido, ressalta Jacintho (2008) que:

O positivismo contemporâneo deu ensejo a que novas doutrinas acerca dos princípios se firmassem, algumas, predominantemente antipositivistas, inclusive, tendo como característica comum a todas elas, a certeza da normatividade definitiva dos princípios, já não mais gerais do direito, mas princípios constitucionais. (JACINTHO, 2008, p. 56)

No mesmo sentido, afirma Barroso (2004):

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu.” Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento da sua flexibilidade. (BARROSO, 2004, p. 326)

6.2 O conceito de princípio

Os princípios, assim como as regras, estão inseridos no gênero “norma”, que por sua vez expressa um comando de “dever ser”, podendo se revelar numa obrigação, permissão ou proibição. Nesse sentido, pode-se dizer que o sistema normativo é composto de normas jurídicas, na qual se enquadram duas grandes categorias: os princípios e as regras.

No que condiz às regras, percebe-se que são expressão da necessidade do ordenamento jurídico de prever solução para as situações concretas e imediatas e em geral utilizam uma linguagem mais precisa. Assim, segundo Barroso (2004, p. 327) “as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem.”

Por sua vez, acrescenta Barroso (2004, p. 327), “os princípios têm maior teor de abstração e finalidade mais destaca no sistema. Geralmente contêm uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política, e indicam determinada direção a seguir.”

Nessa esteira, pode-se afirmar que os princípios espelham os valores, em sede do ordenamento jurídico, abrigados em determinada sociedade, os seus fins maiores almejados. Podem ser eles explícitos ou não, e em todo caso buscam a unidade, a harmonização do sistema. Dessa forma, devem servir de guia ao intérprete, a quem compete a identificação do princípio maior que rege o tema apreciado e os demais que lhe dão maior especificidade, para que a regra a ser

aplicada seja corretamente compreendida e interpretada. Segundo Barroso, (2004, p. 327) têm-se como papéis a serem desempenhados pelos princípios: a) exprimir valores; b) dar unidade e harmonia ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Por derradeiro, e tendo em vista o disposto acerca dos princípios, já que revelam os fundamentos de um ordenamento jurídico, pode-se concluir que:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]. (MELLO, 2004, p. 230).

6.3 Princípio da legalidade

6.3.1 Considerações Gerais

Para o Direito Penal, o princípio da legalidade constituindo-se em pedra angular, verdadeiro alicerce que condiciona todas as estruturas desse ramo do Direito, é um pressuposto de segurança jurídica e garantia individual.

Historicamente, o princípio da legalidade surge com a revolução burguesa, como resposta aos abusos do poder absolutista, e, ao mesmo tempo, como afirmação de nova ordem, qual seja, o estabelecimento de um Estado de Direito.

Como salienta Greco:

Estado de Direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei.” (GRECO, 2003, p. 104)

Nessa esteira, assevera Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de

confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas. (BONAVIDES, 1994, p. 112)

Suscita-se que o referido princípio tenha sua origem na *Magna Charta*, de 1215, cujo art. 39 dispunha que:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

Não obstante, afirma Nilo Batista (2005, p. 65-66) que o citado art. 39 continha, “(...)segundo opinião dominante, mera garantia processual restrita aos poucos homens livres(...)”, de modo que :“os antecedentes anteriores à ilustração³⁸, como a *Magna Charta* de 1215 e a *Constitutio criminalis carolíngia* de 1536, não possuem o sentido moderno deste princípio, ensina Mir Puig (op. cit., p.142)”. (BATISTA, 2005, p. 66)

Na esteira desse entendimento, Prado (2007, p. 133) relata que o reconhecimento legislativo do princípio da legalidade tem início com a Declaração da Virgínia, de 1776, que em seu art. 8º dispunha que: “Nenhum homem será privado de sua liberdade, exceto pela lei do país ou o julgamento de seus pares”. Em seguida, tem-se a Codificação de D. José II da Áustria – *Josephina*, de 1787: “Nem toda ação contrária à lei é um crime, e devem ser considerados como delitos somente aquelas ações contrárias à lei que sejam declaradas como tal por uma lei penal atual.” Na sequência, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que em seus arts. 7º e 8º, dispunha, respectivamente, que: “Nenhum homem pode ser acusado, detido ou encarcerado, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela exigidas” e “a lei só deve estabelecer penas, de forma estrita, e necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de lei estabelecida e promulgada com anterioridade ao delito e legalmente aplicada”.

³⁸ Refere-se ao ideário iluminista de Montesquieu e Rousseau.

A fórmula latina, tal qual conhecemos hodiernamente, foi idealizada por Anselm Von Feuerbach, em seu Tratado de Direito Penal, publicado no início do século XIX, no qual se prescreve que:

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. II) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. III) O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela penal legal (*nullum crimen sine poena legali*). Como conseqüente, o mal, como conseqüência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada. (FEUERBACH *apud* PRADO, 2007, p. 133)

Nos textos contemporâneos, está o princípio inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948,³⁹ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica”, de 1969⁴⁰. (BATISTA, 2005, p. 67)

No Brasil, o princípio da legalidade sempre esteve presente nos textos constitucionais e na legislação penal⁴¹. Na Constituição vigente ele está previsto entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, XXXIX, o qual dispõe que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988) No atual Código Penal, encontra-se insculpido em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1941)

É importante ressaltar que inclusive no âmbito da execução penal, no que tange às sanções disciplinares, a aplicação do princípio em tela foi expressamente prevista, conforme se depreende do art. 45, da LEP: “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”. (BRASIL, 1984)

³⁹ Art. XI, 2 – “Ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Tampouco se imporá pena mais grave do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”

⁴⁰ Art. 9º - “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito.

⁴¹ Constituição Política do Império de 1824 (art. 179, XI); Constituição de 1891 (art. 72, § 15); Constituição de 1934, art. 113, nº 26); Constituição de 1937 (art. 122, nº 13); Constituição de 1946 (art.141, § 27); Constituição de 1967/E. 69 (art. 153, § 16), Código Criminal de 1830 (art. 1º); Código Penal de 1890 (art. 1º); Código Penal de 1940 (art. 1º). (BATISTA, 2005, p. 68)

6.3.2 Das funções do princípio da legalidade

Batista (2005, p. 68) ressalta que o princípio da legalidade, concebido como garantia individual do cidadão, possui quatro funções fundamentais:

- Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
- Proibir a criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
- Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
- Proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Por meio da primeira função se pretende a proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a pena. Portanto, tudo o que se refira ao crime e à pena não poderá retroagir em detrimento do acusado. Nessa esteira, dispõe o art. 5º, XL da Constituição Federal, em complemento ao inciso XXXIX, que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o agente” (BRASIL, 1988). Assim, a regra é da irretroatividade da lei penal, aplicando-se a exceção da retroatividade apenas quando a lei *ex post facto* beneficie o réu, seja pela revogação da norma incriminadora (*abolitio criminis*), seja por qualquer outro meio⁴², excetuando-se as denominadas leis excepcionais ou temporárias⁴³.

A segunda função preleciona que somente a lei escrita, promulgada de acordo com as normas constitucionais definidoras do processo legislativo, pode criar crimes e penas. De forma que é a lei a única fonte do Direito Penal quando se pretende proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Nessa esteira, “a afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval.” (TOLEDO, 2008, p. 25)

⁴² Art. 2º, Código Penal: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

⁴³ Art. 3º, Código Penal: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.”

Não obstante, é de se destacar que o costume não está excluído do âmbito das fontes do Direito Penal, como se poderia apressadamente concluir. Os costumes desempenham importante papel na elucidação do conteúdo de alguns tipos penais, hipóteses nas quais cumprem função integrativa. Ademais, “os costumes podem operar como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou culpa [...]. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.” (TOLEDO, 2008, p. 25)

Por sua vez, a terceira função apontada pela doutrina concerne à fundamentação ou agravamento da pena pela analogia (*analogia in malam partem*). Denomina-se analogia:

[...] o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo pois, o caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira;⁴⁴ no direito teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a (s) regra (s) prevista (s) para um caso semelhante. (BATISTA, 2005, p. 74).

Toledo (2008, p. 27) afirma que no âmbito do Direito Penal é fundamental distinguir duas espécies de analogia: a analogia *in malam partem* e a analogia *in bonam partem*. A primeira agrava a situação do acusado, fundamentando ou agravando a pena em hipóteses não previstas em lei, que sejam semelhantes às que estão previstas. Por sua vez, a analogia *in bonam partem* traz benefícios ao acusado, pois fundamenta a não-aplicação ou a diminuição da pena nas mesmas hipóteses.

No bojo disso, cabe destacar que a aplicação da analogia *in malam partem* ofende o princípio da legalidade, posicionamento adotada também por Nilo Batista ao afirmar que:

Salta aos olhos a total inaplicabilidade da analogia (*in malam partem*)⁴⁵, perante o princípio da legalidade, a toda e qualquer norma que defina crimes e comine ou agrave penas, cuja expansão lógica, por qualquer processo, é terminantemente vedada, havendo neste ponto unanimidade na doutrina brasileira. (BATISTA, 2005, p. 75)

Não obstante, é de se destacar que “a exigência da lei previa e estrita impede a aplicação, no direito penal, da analogia *in malam partem*, mas não obsta,

⁴⁴ Maritain, Lógica menor, trad. I. Neves, Rio, 1972, p. 308. Apud Batista, 2005, p.74.

⁴⁵ Observação nossa para maior esclarecimento.

obviamente, a aplicação da analogia *in bonam partem*, que encontra justificativa em um princípio de equidade.” (TOLEDO, 2008, p. 27)

Por fim, vale citar os ensinamentos de Bettiol, citado por Toledo:

A proibição do procedimento analógico em matéria penal há que assinalar limites precisos. Recai sobre todas as normas incriminatórias e todas as que (mesmo eximentes) sejam verdadeiramente excepcionais... Quaisquer outras normas do Código Penal são suscetíveis de interpretação analógica. (BETTIOL, *Apud* TOLEDO, 2008, p. 27)

Finalmente, a quarta função do princípio da legalidade refere-se à proibição de incriminações vagas e indeterminadas. As normas que definem os crimes devem dispor de uma clareza denotativa de maneira que todos os indivíduos possam compreender o significado de seus elementos. Concomitantemente, por meio dessa função procura-se impedir o *arbitrium judicis*. Para tanto, deve-se evitar formular tipos penais “genéricos ou vazios”, os quais comumente se valem de “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” e “cláusulas gerais”. Acerca dessa função, Hassemer afirma que:

Se o juristas não sabem de onde decorrem as linhas ideais entre a precisão e a flexibilidade, pelo menos os teóricos do Direito sabem com exatidão sobre os problemas da precisão, sobre os tipos de linguagem imprecisa da lei, os tipos de equívocos. A longo prazo talvez seja possível melhorar com este conhecimento o trabalho da legislação e ampliar as chance de vinculação do juiz (ainda que atualmente os signos apontem antes para trás do que para frente).(HASSEMER, 2005, p. 248)

A essa função do princípio da legalidade se relacionam dois princípios, quais sejam, da taxatividade e da determinação. É comum que se igualem a significação, sendo tidos por sinônimos. Entretanto, parte da doutrina admite uma distinção entre os dois preceitos tendo por base os seus destinatários. Afirma-se que o princípio da determinação se dirige ao legislador, prescrevendo que a técnica legislativa a ser adotada no âmbito do direito penal deve observar a máxima clareza e precisão na formulação de um tipo de injusto, bem como no estabelecimento da sanção penal, sob pena de se ter prejudicada a segurança jurídica. Nesse sentido, “visa cumprir a exigência da certeza (*lex certa*), no sentido de que o conteúdo da lei possa ser conhecido por seus destinatários, permitindo-lhes diferenciar entre o penalmente lícito e o ilícito.” (PRADO, 2007, p. 136)

Quanto a essa característica, Ferrajoli (2006) ao distinguir o princípio da mera legalidade do princípio da legalidade estrita – analisado no item 4.2.1, afirma que:

[...] o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados. (FERRAJOLI, 2006, p. 93)

Por sua vez, o princípio da taxatividade se dirige ao julgador, no sentido de estabelecer as margens penais às quais ele se vincula ao interpretar e aplicar a norma penal. Assim, deve o julgador se manter nos estritos limites estabelecidos de forma clara e precisa pelo legislador, evitando o arbítrio judicial. “Em outras palavras, restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium judicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto.” (PRADO, 2007, p. 136)

Quanto à distinção entre o princípio da taxatividade e da determinação é certa a lição de Paulo de Souza Queiroz, citado por Greco:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio. (QUEIROZ, *Apud* GRECO, 2003, p. 108)

Segundo Prado, pode-se afirmar que o citado princípio da taxatividade⁴⁶ do tipo penal, derivado do princípio da legalidade, possui “uma função garantista, já que o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.” (PRADO, 2005, p. 143)

⁴⁶ Luiz Luisi denomina esse princípio de “Princípio da Determinação Taxativa”, e acrescenta que ele já se encontra previsto em constituições, como a Constituição Alemã, de 1948, art. 102, § 2º, que estabelece que a lei penal, além de ser prévia, deve ser determinada. (LUIZI, 2003, p. 111)

6.3.3 O regime disciplinar diferenciado em face do princípio da legalidade

Como visto no capítulo anterior, o art. 52, caput, da LEP dispõe que o regime disciplinar diferenciado é aplicado ao preso provisório ou condenado no caso de prática de fato previsto como crime doloso, quando ocasione *subversão da ordem ou disciplina internas*. Além dessa hipótese, tem-se ainda os §§ 1º e 2º, do citado art. 52, que estabelecem a inclusão do preso nos casos em que esses apresentem *alto risco para a ordem e a segurança* do estabelecimento penal ou da sociedade.

Não nos restam dúvidas quanto à dificuldade em se definir as ações abrangidas pelas expressões *subversão da ordem ou disciplinas internas*, bem como as condutas que se encontram sob o signo das expressões *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal*. Nesse sentido, afirmam Cunha e Cerqueira:

Confessamos a dificuldade de se extrair o real significado do que seja “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, mostrando-se ampla, margeando ambigüidade, campo fértil para a arbitrariedade. Melhor teria feito o legislador se relacionasse, ainda que de forma meramente exemplificativa, casos que pudessem servir de norte para a interpretação do aplicador da lei (interpretação analógica). (CUNHA; CERQUEIRA, 2006, p. 107)

Torna-se evidente que o legislador, ao dispor acerca das hipóteses de inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, não observou a determinação constitucional implícita do princípio da legalidade no que concerne à utilização de expressões claras, precisas e determinadas. Constata-se que as expressões em apreço caracterizam-se por suas imprecisões semânticas, o que faz com que tais conceitos abranjam variadas hipóteses de interpretação, dando margem a decisões judiciais arbitrárias.

Em consonância com o argumento exposto, Carvalho e Freire ressaltam que:

Em sentido diametralmente oposto à concretização do princípio da legalidade, que imporia pela taxatividade o fechamento destes tipos abertos, a Lei nº 10.792/03 incluiu categorias altamente dúbias, gerando duplo efeito. Em primeiro lugar, deflagra efeito normativo no que tange à interpretação das faltas, sobretudo as graves. Assim, se anteriormente a falta de precisão decorrente da ambigüidade terminológica favorecia o arbítrio administrativo, com o novo texto a tendência é sua potencialização. Por outro lado, produz efeito na gestão da política penitenciária, visto que a importância auferida à ordem, à disciplina e a segurança não apenas reforça a ideologia defensivista, mas ressignifica o sentido da execução, voltada na

contemporaneidade à contenção dos “socialmente indesejáveis”, dos “corpos excedentes”. Abdica-se pois, vez por todas, do ilusório e romântico fim ressocializador pregado no Estado Social em prol de uma administração das “massas inconvenientes. (CARVALHO; FREIRE, 2007, p. 278)

O que expõe Carvalho e Freire no trecho acima transcrito diz respeito a duas consequências que se vislumbra perante as hipóteses de inclusão de um preso no regime disciplinar diferenciado, que como se viu foram construídas com base em termos vagos, imprecisos, abertos, e que por isso mesmo vão de encontro ao princípio da legalidade. A primeira consequência é dar permissão para que o poder judiciário decida com extrema discricionariedade quais os presos que devem ou não permanecer em regime disciplinar diferenciado, fator que com absoluta certeza irá potencializar o arbítrio em sede de execução penal. A segunda consequência é o abandono das funções de ressocialização e recuperação do preso, em contrapartida a adoção do modelo de contenção dos indesejáveis, intitulados perigosos.

Quanto a esse segundo reflexo, comentou-se no capítulo 4, quando da análise das hodiernas legislações de cunho emergencial, que por sua vez tem por base uma política criminal de direito penal do inimigo, que uma de suas características é precisamente abarcar em seus dispositivos termos abertos, vagos e imprecisos. Segundo Zaffaroni (2007, p. 161), a utilização desses termos são justificados, segundo a teoria de Jakobs, pela necessidade de se neutralizar o inimigo, no estrito limite que dispõe a norma, de forma a preservar o direito penal do cidadão. Não obstante, critica Zaffaroni que:

Tudo isso se coloca como uma limitação aos princípios do Estado de direito, imposta pela necessidade e em sua estrita medida. Sem dúvida, esta tática de contenção está destinada ao fracasso, porque não reconhece que para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, esta sempre invoca uma necessidade que não conhece lei nem limites.(ZAFFARONI, 2007, p. 161)

Por derradeiro, conclui-se que as hipóteses de inclusão no regime disciplinar diferenciado previstas no texto da Lei nº 10.792/03, por utilizarem expressões vagas e imprecisas, não se ajustam ao princípio da legalidade, especificamente quanto à função de determinação e taxatividade, e revelam, concomitantemente, a opção pelo legislador de uma política criminal fundamentada no direito penal do inimigo.

Vale acrescentar, ademais, que o que se verifica atualmente é que apesar da constante reafirmação do princípio da legalidade e de seus desdobramentos nas

mais diversas constituições, incluindo a nossa, o citado princípio enfrenta uma desqualificação prática de suas bases teóricas. Um fator determinante no aprofundamento dessa desqualificação é a adoção de legislações emergenciais, que inobservam este e outros princípios e garantias constitucionais.

A legislação penal brasileira é um exemplo clássico desse quadro, especificamente no que concerne ao direito penal. Num processo crescente de descodificação, privilegiando diplomas legais fragmentários, o que se constata hoje é um desordenamento jurídico, repleto de formulações equívocas e obscuras.

Diante desse quadro, Luiz Luisi (2003) propõe que ao princípio da legalidade penal seja acoplado, de forma clara no texto constitucional, o princípio da necessidade ou intervenção mínima. É o que o autor denomina de novo e amplo conceito de legalidade penal: “não há crime, não há pena, sem lei prévia, determinada, atual e necessária”. (Luisi, 2003, p. 116)

Para Luisi (2003), essa alteração na Constituição traria a vantagem de se permitir o controle jurisdicional da legislação, quer dizer, os Tribunais teriam condições de apreciar da oportunidade e da necessidade de determinadas leis penais.

Entendemos que essa proposta transformaria o princípio da legalidade não só num instrumento limitador do Direito Penal quanto a sua forma, mas também quanto ao seu conteúdo, permitindo, então, que avancemos para um direito penal mínimo, ou nas palavras de Luisi (2003, p. 116), para um “direito penal necessário”.

6.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

6.4.1 Considerações Gerais

A primeira referência em um texto normativo constitucional ao princípio da dignidade humana enquanto direito fundamental deu-se com a Constituição da Alemanha, de 24 de maio de 1949, no seu art. 1º, nº 1, estabelecendo que: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os

Poderes estatais.⁴⁷ Entretanto, tem-se que o princípio da dignidade não pode ser considerado uma criação do direito positivo constitucional. Constata-se que é, em verdade, um valor preexistente, que em face de sua relevância e seu conteúdo filosófico foi constitucionalizado nos modernos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, Martins (2009, p. 16) sustenta que muitos foram os autores que cuidaram do tema, alguns com extrema sabedoria, de modo que referências ao pensamento de Kant e Tomás de Aquino se tornaram imprescindíveis ao se tratar do tema da dignidade humana.

Segundo Martins (2009, p. 22), afirma-se que foi o pensamento cristão o grande momento de elaboração da noção de dignidade humana. Isso reside no fato de terem sido os homens criados à imagem e semelhança de Deus, o que os torna substancialmente iguais entre si. Esta forma de pensar conduz à idéia de igualdade inerente a todos os homens, qualquer que seja ela, não importando a sua nobreza, posses ou qualidades. Assim, apesar do fato de que esta igualdade universal na essência de todos os homens ter permanecido na esfera do metafísico durante muitos séculos, tendo em vista que o cristianismo permaneceu por muito tempo admitindo a escravidão e a inferioridade da mulher, não se pode deixar de considerá-lo como mote inicial para a concepção de proteção da dignidade humana com base no fundamento da igualdade.

Constata-se, entretanto, que somente na baixa Idade Média, com São Tomás de Aquino (1225-1274), é que se tem a primeira referência expressa ao termo “dignidade humana”. Para que se entenda o significado tomista do termo “dignidade humana”, faz-se necessário compreender a concepção de pessoa para São Tomás, já que os seus significados estão intimamente relacionados. Assim, tem-se que para São Tomás, citado por Martins (2009, p. 24) “pessoa é toda substância individual de natureza racional, conceito que ele recupera de Boécio.” Quer isso significar que para o filósofo cristão a essência que sobressai da pessoa é justamente aquela que a diferencia dos demais seres, a sua racionalidade. Em São Tomás ainda se ressalta que tendo em vista que todos os seres humanos foram concebidos à imagem e semelhança de Deus, são, portanto, naturalmente dotados da mesma racionalidade, sendo iguais em sua dignidade. Pode-se afirmar assim, segundo Martins (2009, p.

⁴⁷ Constata-se que a Constituição do México, de 1917, já fazia referência à dignidade da pessoa humana como valor que deveria orientar o sistema educacional daquele país. Em sentido distinto, a Constituição da Itália, de 27 de dezembro de 1947, estabelecia em seu art. 3º que: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. (MARTINS, 2009, p. 33)

24), que no conceito tomista de dignidade a idéia central que se encontra é a qualidade inerente a todas as pessoas e que a distingue dos demais entes, qual seja, a racionalidade. Não obstante, ressalta Martins (2009, p. 24) que, em que pese São Tomás de Aquino ter se referido expressamente ao termo dignidade humana, não se pode concluir que ele tenha formulado uma concepção própria da referida expressão. Isso porque sua construção teórica do conceito de pessoa e de dignidade humana não difere substancialmente da tradicional concepção da escolástica.

Em fins da Idade Média, o filósofo humanista Giovanni Pico Della Mirandola (1463-1494) destacou-se com seu discurso *De Hominis Dignitate* ([19__]), no qual o problema da dignidade do homem é tratado tendo em vista a perspectiva central que o homem ocupa no universo, ou seja, o antropocentrismo. Para Pico Della Mirandola (p. 26-29) ([19__]) a temática da dignidade deveria ser articulada considerando três aspectos: ela é um problema da razão; é um problema da liberdade humana; e é um problema de ser, representando respectivamente a dialética, a ética e a metafísica. Nesse sentido, segundo o filósofo, a dignidade humana está precisamente na capacidade racional que o homem possui e que lhe permite tomar consciência da sua dimensão como ser livre. Por sua vez, a liberdade humana deve estar sempre voltada para uma ação ética. Acrescenta ainda que o homem é o ser mais digno da Criação de Deus, porque foi colocado no centro do universo.

No entanto, percebe-se ainda em Pico Della Mirandola certa vinculação ao pensamento cristão. O processo de cisão entre o conceito de dignidade humana e sua concepção cristã ocorreu somente a partir do século XVI, com Francisco de Vitória (1483-1512) e decididamente com Immanuel Kant (1724-1804) no século XVIII. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.34), o espanhol Francisco de Vitória sustentava à época da colonização espanhola que em razão do direito natural e de sua natureza humana, os indígenas, independentemente de credo, eram livres e iguais, e como sujeitos de direito deveriam ser respeitados.

Nessa esteira, durante os séculos XVII e XVIII, com o predomínio do pensamento jusnaturalista, a concepção da dignidade da pessoa humana, como salientado, passa por “um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, o núcleo fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.” (SARLET, 2009, p. 34)

É com a filosofia Kantiana que podemos afirmar o surgimento do conceito de dignidade humana, tal como hoje se conhece. Como afirma Martins (2009, p. 25), a

concepção de dignidade da pessoa humana elaborada por Kant prevalece ainda hoje no pensamento filosófico. No mesmo sentido, Jacintho (2008, p.17) ressalta que em que pese o repúdio veemente à instrumentalização da pessoa e as críticas em relação ao seu declarado antropocentrismo, a visão de Kant no que concerne à dignidade da pessoa humana tem tido acolhida festiva.

Na Fundamentação para a Metafísica dos Costumes, Kant afirma que:

O homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (...) Os seres cuja existência depende, não em verdade de nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio. (KANT, 2006, p. 58)

Em análise do trecho reproduzido, depreende-se que para Kant o que distingue os seres humanos dos demais seres é a sua racionalidade, tal como já havia salientado Pico Della Mirandola ([19-]). No entanto, Kant vai além ao afirmar que sendo possuidores do atributo da racionalidade, os seres humanos devem ser sempre considerados fins em si mesmos, ao contrário dos demais seres que podem ter valor relativo, sendo, portanto, como meios.

Conforme salienta Martins (2009, p. 26), outro atributo que advém da natureza racional humana, segundo Kant, é a capacidade que possui o homem de se sentir responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres, ou seja, o homem como sujeito do conhecimento é ativo e criador, sendo livre para dar a si mesmo sua própria lei. Sendo, portanto, livre para criar suas leis, Kant afirma que também pode impô-las a si mesmo. Acrescenta ainda que mais que respeitar uma lei ou um dever, o homem precisa do dever para se tornar um ser moral, já que os valores, fins e leis morais não são espontâneos em nós, sendo necessária assim a imposição de deveres.

Acerca desses deveres, Kant afirma que não apresentam conteúdos fixos, mas são antes formas imperativas e não indicativas que devem valer para toda ação moral. É o que o filósofo denominou de imperativo categórico, que deve ser compreendido como uma ordem incondicional, uma lei moral interior. A fórmula geral

desse imperativo seria precisamente: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal”. (KANT, 2006, p. 66) A partir dessa fórmula geral Kant deduz outras três, quais sejam: 1) “Age como se a máxima de tua ação devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”; 2) “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio”; 3) “Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza.” (KANT, 2006, p. 66) É precisamente o conteúdo do segundo imperativo categórico que encerra a noção do que vem a ser dignidade da pessoa humana para Kant. Nesse sentido, é valiosa a reprodução da construção desse dever moral, intrínseco a todos os seres humanos:

[...] A Natureza racional existe como um fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, nesse sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exatamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é portanto, simultaneamente um princípio objetivo, do qual como princípio prático supremo se tem de poder derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será pois o seguinte: Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto da tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (KANT, 2006, p.59)

O autor acrescenta que a dignidade é qualidade específica da pessoa humana, para o autor “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (KANT, 2006, p. 65) Nesse sentido, constata-se que em Kant somente o ser humano, enquanto ser racional, capaz de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, possui dignidade. E enquanto possuidor de dignidade, não pode nunca ser tratado como meio, senão como fim em si mesmo. Desse modo, está o homem, enquanto possuidor de dignidade, acima de qualquer preço, é pois um ser único e insubstituível, ao contrário das coisas, que possuem um preço e que por isso podem ser substituídas por qualquer outra como equivalente.

Como já salientado, a concepção filosófica construída por Kant de dignidade humana, impregnada de profundo humanismo inspirou a construção do conceito

atual, o qual se encontra assentado nos principais sistemas constitucionais hodiernos.

6.4.2 Antecedentes histórico-constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil e seu conceito

A referência ao tema da dignidade da pessoa humana pode ser encontrada, segundo nos relata Martins (2009, p. 47-50), pela primeira vez, ainda que de modo incipiente, na Constituição do Brasil de 1934, a qual dispunha em seu art. 115 que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.” Em seguida, a Constituição de 1937, tendo em vista suas características autoritárias, não fez qualquer menção ao tema da dignidade, o qual somente foi retomado pela Constituição de 1946, inserindo-o no artigo atinente à ordem econômica, tal como se previu na Constituição de 1934. Nesse sentido, o art. 145, da Constituição de 1946, dispôs que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado o trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.” Seguindo o modelo já estatuído de mencionar a dignidade na ordem econômica, a Constituição de 1967 inova ao mencionar “dignidade humana” numa formulação principiológica. Assim, dispôs em seu art. 157, II, que: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; (...)”. Na sequência, a Constituição de 1969 manteve a estrutura erigida pela Constituição de 1967, acrescentado ao *caput*⁴⁸ do citado artigo que ademais de realizar a justiça social, a ordem econômica teria por finalidade ainda o desenvolvimento nacional. Não obstante a referência ao princípio da dignidade humana nas duas últimas constituições citadas, constata-se que a essência dessas

⁴⁸ Constituição Federal de 1969: “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; (...)”

era substancialmente autoritária, tal como o regime que as embasavam. Nesse sentido, como reação à época ditatorial, quando da instalação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, os meios políticos, sociais e jurídicos se mobilizaram pela construção de um novo texto constitucional que ademais de reconstruir o Estado de Direito, instituísse um novo fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira. Nesse contexto, desenvolveram-se os trabalhos da Constituinte que culminaram na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual significou uma ruptura paradigmática no que concerne à solução adotada na formulação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Jacinto, em análise da nova ordem constitucional, afirma que:

Ao expressar as contradições que a sociedade brasileira de então revelava, a Constituição disse a que veio: queria ser o instrumento não apenas fundador de um novo Estado, mas, sobretudo, o elemento instituidor de uma nova sociedade. E a Constituição de um novo Estado em tudo de Direito e em tudo Democrático não prescinde da inclusão de uma estrutura antropológica a partir da qual todos os regimes constitucionais fossem pensados, interpretados e aplicados.

Assim, seguindo o que dispõe o art. 1º, III, da CF, tanto o Estado brasileiro quanto a sociedade que lhe propicia a conformação passaram a se estruturar a partir da dignidade da pessoa humana. (JACINTO, 2008, p. 47)

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática, e principalmente da institucionalização de direitos e garantias fundamentais voltados para a promoção da dignidade da pessoa humana. Em consonância à instituição desses valores, o então Deputado Ulysses Guimarães, em discurso por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, afirmou que:

Diferentemente das sete constituições anteriores,
começa com o homem.
É a Constituição Cidadã.
Tomou partido dos que só se salvam pela lei.

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País.

Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem.

Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança, é a Constituição cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, mora, sabe, pode se curar.

A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.

Por isso mobiliza, entre outras forças para o exercício do governo e a administração de impasses. O governo será praticado pelo Executivo e o Legislativo.

Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos.

É a Constituição coragem.

Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destróçou tabus, tomou o partido dos que só se salvam pela lei.

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça. (GUIMARÃES, 1988)

Nesse sentido, no que toca ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 erigiu-o a valor supremo da ordem jurídica, declarando-o em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – **a dignidade da pessoa humana**;

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

V – o pluralismo político.

Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal de 1988, ademais da positivação do princípio em tela, o erigiu como fundamento, base, verdadeiro alicerce da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui, ou seja, um princípio fundamental.

Segundo Martins (2009, p. 62-63), a posição assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional em vigência se traduz em dois aspectos: o primeiro é que enquanto valor fonte do sistema constitucional, o princípio em tela condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto constitucional; o segundo ponto, é que como valor fonte do sistema constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana é responsável por conferir à ordem constitucional unidade axiológico-normativa aos seus diversos dispositivos. Na sequência, ressalta o autor supracitado que a legitimação e a concretização do mencionado princípio se dá por meio dos direitos e garantias fundamentais instituídos e protegidos pela Constituição, posicionamento sustentado também por Edilson Pereira de Farias, citado por Martins, ao afirmar que:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (FARIAS, *apud* MARTINS, 2009, p. 66)

Por sua vez, Jacintho afirma que além de desempenhar o papel da promoção de coesão e harmonia por meio da atividade interpretadora, o princípio da dignidade humana também pode ser considerado como um direito fundamental a prestações positivas. Dispõe assim que: “a dignidade humana assume função bidimensional: é valor a indicar o caminho a ser percorrido pela hermenêutica, é norma instituidora de direito material consubstanciado em norma-princípio ou norma-regra.” (JACINTHO, 2008, p. 33)

Acrescenta a autora (2008, p. 34), entretanto, que o conceito de dignidade humana, ou seja o que constitui o seu núcleo, principalmente no que condiz às prestações positivas pelo Estado, sempre estará sujeita a relativizações devido à semântica aberta e polissêmica da expressão, mormente como é de acontecer com normas de envergadura principiológica, de modo a impedir a sua concretização. Nesse diapasão, afirma Barroso que:

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador. (BARROSO, 1993, p. 296)

Não obstante as opiniões no sentido da impossibilidade de se definir o conteúdo do citado princípio, autores há que propugnam ser o princípio suscetível de concretização por meio de um núcleo essencial, consubstanciado em um mínimo existencial. Nesse sentido, Ingo Sarlet preconiza que:

Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Com efeito, não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é. (SARLET, 2009, p. 45)

No que concerne a esse aspecto, constata-se que não é possível prevalecer entendimento contrário ao exposto por Sarlet. Isto é, em que pese ser difícil mensurar um conteúdo taxativo do conceito de dignidade, é plenamente razoável alcançar um consenso do que venha a compor o seu conteúdo mínimo. Aliás, não é outro o papel de um princípio, qual seja, estabelecer valores que devem ser moldados de acordo com cada época, em dadas circunstâncias.

Sendo assim, Sarlet salienta que a dignidade é:

[...] irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e (deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. (SARLET, 2009, p. 46)

Como esposado anteriormente, tendo em vista a dificuldade de estabelecer o conteúdo da dignidade, o seu conceito tem sido comumente formulado de forma negativa, ou seja, definindo-se o que não é digno, pretende-se alcançar o núcleo positivo do conceito. Não obstante, valendo-se novamente das lições de Ingo Sarlet, pode-se conceituar a dignidade como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2009, p. 67)

Por derradeiro, cabe ressaltar o conteúdo do conceito formulado por Sarlet no que concerne ao asseguramento da pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. É precisamente quanto a esse aspecto que o princípio da dignidade humana reflete no direito penal, como se verá na análise a seguir.

6.4.3 O princípio da dignidade humana no direito penal – o princípio da humanidade das penas

Como salientado no item anterior, o princípio da dignidade humana se concretiza por meio de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, no âmbito do direito penal, pode-se afirmar que esse princípio se concretiza por meio da garantia de ser o condenado reconhecido como pessoa humana, “que embora privado do direito de locomoção, mantém a titularidade dos demais direitos não atingidos pela sentença penal, assegurando-lhes todos os direitos inerentes à condição humana” (FERREIRA; RAYA, 2004, p. 271) – é essa garantia denominada de princípio da humanidade da pena.

De acordo com Luisi (2003, p. 46), a consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno ocorreu ao longo dos séculos XVII e XVIII, durante o período denominado iluminismo. Como salientado no capítulo 2, Beccaria pode ser apontado como o marco do reconhecimento pelo direito penal da qualidade inerente a todo ser humano, a sua dignidade. Nesse sentido, afirma derradeiramente Beccaria (2003, p. 137), em sede de linhas conclusivas, que: “(...) para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da humanidade das penas em diversos dispositivos. Assim, dispõe o art. 5º⁴⁹, inciso XLIX, que ao preso é assegurado o respeito à integridade física e moral; e no inciso seguinte que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. No mesmo sentido, o inciso XLVII, do art. 5º, dispõe ainda que: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.” (BRASIL, 1988) É mister acrescentar, ainda, o disposto no inciso III, do mesmo artigo, que dispõe que: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” (BRASIL, 1988)

⁴⁹Constituição Federal de 1988. “Art. 5º. (...): XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”

No âmbito do ordenamento jurídico internacional, segundo nos relata FERREIRA e RAYA (2004, p. 272), o princípio da humanidade das penas foi consagrado em diversos diplomas. Assim, pode-se citar, de maneira exemplificativa, o art. 5º, da Declaração dos Direitos do Homem, o qual dispõe que: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante”, no mesmo sentido, a Convenção Americana sobre direitos humanos, em seu art. 5º, II, preleciona que: “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”, por sua vez, a Convenção Internacional sobre direitos políticos e civis estabelece em seu art. 10, I, que: “o preso deve ser tratado humanamente, e com respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana.”

Cabe ainda citar, no que concerne ao respeito à dignidade humana, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, conforme citado no item 5.5.3. Na Parte I, regras 9 a 14, o referido diploma estabelece padrões mínimos para os locais de reclusão, na sequência, são relacionados itens referentes à higiene, vestuário, alimentação e saúde do preso, sempre com o intuito de resguardar a sua integridade física e moral. Convém ressaltar o disposto na regra 31, no capítulo que trata da disciplina e sanções. Reza a citada regra que “as penas corporais, a colocação em “segredo escuro” bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares”.

Nesse contexto, pode-se concluir que o escopo de todas essas normas contidas no ordenamento jurídico internacional é precisamente “evitar a atuação da administração penitenciária que afete gravemente a dignidade da pessoa, exponha a um tratamento vexatório e constitua uma humilhação a mais do que a já produzida pela privação da liberdade.” (FERREIRA; RAYA, 2004, p. 272)

6.4.4 O regime disciplinar diferenciado em face do princípio da humanidade das penas

Como já exposto, uma das características do regime disciplinar diferenciado é o isolamento celular do recluso por até 360 (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.

No tocante ao isolamento celular, já fora exposto no capítulo 2, quando da análise do sistema penitenciário pensilvânico, as lições de Enrico Ferri (2006, p. 382), o qual afirma que o sistema celular é uma das aberrações do século XIX. Ressalta o referido autor os efeitos trágicos do isolamento para a personalidade já atrofiada do condenado, que por vezes o leva à loucura. Esclarece, ainda, que a psiquiatria tem identificado uma forma especial de alienação que denomina “loucura penitenciária”. Salienta que esse sistema jamais poderá servir de emenda dos condenados precisamente porque debilita o seu sentido moral e social em lugar de fortalecer.

No mesmo sentido, Melossi e Pavarini ao discorrerem sobre o isolamento aplicado em Auburn e na Filadélfia, afirmam que “os longos anos de completa separação-cisão dos “outros”, o colóquio constante com a própria consciência – reduzem progressivamente, até a completa destruição, toda a “estrutura do si”. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 218)

Por sua vez, o Parecer RDD, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, (2004, p. 21), cita decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual se sustenta que o isolamento constitui pena desumana e cruel, *in verbis*:

[...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustenta que ‘o isolamento prolongado e a privação da comunicação’ corresponde a tratamento cruel e desumano. No caso Castillo Petruzzi e Outros v. Peru a Corte sustentou que uma sentença que iniciava com um ano de isolamento contínuo em cela solitária constituía tratamento cruel, desumano ou degradante, em violação ao artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Comitê contra a Tortura, que visitou um Centro de Detenção de Segurança Máxima no Peru, onde líderes de um movimento de oposição armado cumpriam longas penas em completo confinamento solitário, constatou que a privação sensorial e a quase total proibição de comunicação correspondiam à tortura. (Apud CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2004, p. 21)

Em análise das consequências que o isolamento celular provoca, Moura afirma que o regime disciplinar diferenciado “promove a destruição emocional, física e psicológica do preso, que submetido a isolamento demasiadamente longo pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios graves.” (MOURA, 2007, p. 288)

Por todo o exposto, pode-se concluir que o isolamento celular de longa duração, tal como previsto nas regras do regime disciplinar diferenciado, tendo em vista os efeitos destrutivos para a saúde física e mental dos condenados, assume feição de pena cruel, violando os preceitos constitucionais dispostos no art. 5º, incisos III, XLIX, XLVII, por se constituir em tratamento desumano, degradante, que atenta contra a integridade física e moral do preso. Da mesma forma, infringe as normas internacionais já citadas, quais sejam, o art. 5º, da Declaração dos Direitos do Homem, o art. 5º, II, da Convenção Americana sobre direitos humanos, bem como a Convenção Internacional sobre direitos políticos e civis em seu art. 10, I e o item 30 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos estabelecidas pela Organização das Nações Unidas.

No mesmo sentido, entendeu o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária:

Diante do quadro examinado, do confronto das regras instituídas pela Lei n.10.792/03 atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado, com aquelas da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos e centrais aspectos, como a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, prevista nos instrumentos citados. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2004, p. 23)

Ressalta-se, ademais, que a utilização de penas cruéis e desumanas está em plena consonância com a tese defendida pela política criminal do direito penal do inimigo, que, como analisado, parece ter sido a opção do legislador brasileiro quando da aprovação da Lei nº 10.792/03. Isso porque, ao dispor que determinado tipo de indivíduo, por reincidirem persistentemente no cometimento de delitos, devem ser considerados inimigos e, portanto, não devem participar dos benefícios do conceito de pessoa, ou seja, retira-lhes também a qualidade inerente a todo ser humano: a sua dignidade. De forma que, assim, fica legitimado todo e qualquer procedimento que atente à sua dignidade, porquanto os “inimigos” não são considerados pessoas, não são considerados seres dignos de possuírem dignidade.

Nessa esteira, corroborando a assertiva supra, Carvalho e Freire afirmam que:

[...] não parece precipitado afirmar que a normatização do RDD nas prisões brasileiras, como aposta na aniquilação dos condenados da sua condição

de seres humanos, equivale à opção por um modelo ultrapassado e bárbaro de punição. O sistema penitenciário nacional depara-se, pois, tragicamente, com uma opção política de eliminação dos seus excluídos que cometeram desvios. (CARVALHO; FREIRE, 2007, p. 280)

6.5 Princípio da Proporcionalidade

6.5.1 Considerações Gerais

Pode-se afirmar que a ideia de proporcionalidade confunde sua origem com a ideia de Estado de Direito, que por sua vez fora criado com o fim de estabelecer a separação de poderes, bem como a submissão dos órgãos estatais à lei, com respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos a ele submetidos. Essado ressalta que já na Carta Magna de 1215, era perceptível a ideia de proporcionalidade: “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”. (ESSADO, 2008, p. 62)

Mais uma vez Beccaria (2003, p. 58) surge como um dos primeiros pensadores a se referir à ideia de proporcionalidade no direito penal. No século das luzes, expôs as seguintes ideias:

[...] não é só interesse comum que não sejam cometidos delitos, mas também que eles sejam tanto mais raros quanto maior o mal que causam à sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, uma proporção entre delitos e as penas.

[...]

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado. (BECCARIA, 2003, p. 58)

Essado (2008, p. 63) relata que após a metade do século XX, por intermédio do Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental, o princípio da proporcionalidade passou a ganhar foros no Direito Constitucional. Nesse período houve nítida mutação do Estado de Direito, até então centrado no princípio da legalidade (mera legalidade),

para o estabelecimento de proteção dos direitos fundamentais como prioridade jurídica. É nesse contexto, portanto, que o princípio da proporcionalidade passou a integrar os sistemas normativos contemporâneos, com o escopo de garantir, de um lado, a permanência do Estado de Direito e, de outro, a limitação dos direitos fundamentais, sem restrição absoluta, visando ao bem comum e a supremacia do interesse público.

6.5.2 Conceito e elementos

Segundo expõe ESSADO (2008, p.64), o princípio da proporcionalidade, tendo como fundamento a proteção de direitos fundamentais, pode ser enquadrado na categoria norma constitucional, dentre a espécie direitos fundamentais. Ressalta, contudo, que parte da doutrina o classifica como princípio geral de direito, como, por exemplo, Robert Alexy, tendo por base a teoria dos princípios e regra de proporcionalidade.

É consolidada entre os doutrinadores do direito a existência do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, discute-se o seu fundamento. No tocante a essa discussão, Essado (2008, p. 66) afirma que surgem três hipóteses: a) a de que o princípio está implícito e integra as bases do Estado Democrático de Direito e, portanto, o seu fundamento seria o art. 1º, *caput*,⁵⁰ da Constituição Federal de 1988; b) a de que o princípio advém do devido processo legal, hipótese que se embasaria no art. 5º, inciso LIV⁵¹, da Constituição Federal de 1988; c) e finalmente a possibilidade de se um dos outros princípios constitucionais, tal como prevê o § 2º, do art. 5º⁵², da Constituição Federal de 1988.

Quanto à esse aspecto da fundamentação, entende-se que sendo o escopo primordial do princípio da proporcionalidade a proteção a direitos fundamentais, sua fundamentação encontra-se relacionada intimamente à essência do Estado

⁵⁰ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...)” (BRASIL, 1988)

⁵¹ “Art. 5º. (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 1988)

⁵² “Art. 5º. (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988)

Democrático de Direito, a qual pressupõe a vedação ao arbítrio. De modo que se torna bastante razoável a sustentação do argumento de que o princípio em tela encontra-se implícito no texto constitucional com base no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

A doutrina, segundo informa Essado (2008, p.64-65), comumente subdivide o princípio da proporcionalidade em três elementos ou subprincípios: a) a adequação (pertinência ou aptidão); b) necessidade e; c) proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro elemento, qual seja, a adequação, consiste na pertinência ou aptidão que o meio escolhido possui para se atingir o fim pretendido. Quer isto dizer que se deve cotejar entre a adequação do meio escolhido para se atingir o fim proposto. Por sua vez, o segundo subprincípio suscita a questão se o meio escolhido para se atingir o fim almejado é realmente necessário, ou seja, é aquele que impõe menos restrições a direitos fundamentais. Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, pode-se afirmar que se caracteriza pela ponderação que deve existir entre os diversos princípios em conflito, ou seja, deve-se comparar a relevância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

É importante salientar que é na análise do terceiro subprincípio, ou seja, da proporcionalidade em sentido estrito, destaca Essado (2008, p. 65), que se deve ponderar se a medida que se pretende efetivar ofende ou não o núcleo essencial dos direitos fundamentais, principalmente no que concerne à dignidade humana.

Especificamente no âmbito do Direito Penal, pode-se afirmar, de acordo com as lições de Yarochevsky (2005, p. 124), que pelo princípio da proporcionalidade da pena (*poena debet commensuari delicto*), deve a pena (castigo) ser proporcional ao crime (gravidade do fato), levando-se sempre em consideração a lesão causada ao bem jurídico, tanto quanto a sua natureza.

Ressalta ainda Yarochevsky (2005, 124) que o princípio da proporcionalidade deve atuar em duas esferas: no legislativo, como verdadeiro mandato dirigido ao legislador para que as penas abstratamente cominadas sejam proporcionais à gravidade do delito; e no judicial, como mandato dirigido aos membros do Poder Judiciário para que as penas concretamente impostas aos réus sejam proporcionais à gravidade dos fatos no caso concreto. Afirma assim, o autor supracitado, que o princípio atua como limitador do poder legislativo, o qual somente deve recorrer ao direito penal em *ultima ratio*, e sendo assim, fazer uso de penas proporcionais aos

delitos, bem como: balisador da pena *in concreto*, ou seja, que a pena imposta ao autor do fato seja proporcional à gravidade deste.

6.5.3 O regime disciplinar diferenciado em face do princípio da proporcionalidade

Como exposto, o princípio da proporcionalidade atua em dois âmbitos: o legislativo e o judiciário. Ao se promover a análise dos dispositivos que regulamentam o regime disciplinar diferenciado, cabe-nos perquirir quanto ao primeiro aspecto, qual seja, o do legislador.

Assim, temos que o art. 52, da LEP, com as alterações inseridas pela Lei nº 10.792/03, prevê a duração de 360 dias para o Regime Disciplinar Diferenciado. Segundo Ferreira e Raya (2004, p. 269) o dispositivo parece não considerar o princípio da proporcionalidade, pois inúmeros são os delitos previstos no Código Penal pátrio cuja lesividade supera a lesividade existentes nas faltas que podem ensejar a aplicação do Regime Disciplinar diferenciado, e cujas sanções são bem inferiores. Assim, exemplificam os autores com as seguintes figuras delitivas:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

[...]

Perigo de contágio venéreo

Art. 130. Expor alguém por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

[...]

Maus-tratos

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

[...]

Rixa

Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

[...]

Constrangimento ilegal

Art. 146. Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (BRASIL, 1941)

Acrescenta Ferreira e Raya que a aplicação do art. 52 da LEP, em comento, nos conduziria às seguintes situações de perplexidade:

Aqueles que cometerem crimes de lesão corporal, maus-tratos e constringimento ilegal contra presos provisórios ou condenados, prática comum nas unidades prisionais, serão apenados com sanção de no máximo 1 (um) ano de detenção, podendo iniciar o cumprimento dessa reprimenda em regime semi-aberto, ou efetuar o pagamento de multa.

Já o preso que venha a praticar as genéricas e imprecisas condutas de incitar movimento de subversão à ordem ou à disciplina; inobservar os deveres de obediência a servidores e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; ou então inobservar as tarefas e ordens recebidas, ou forem classificados sob o impreciso conceito de subversor da ordem ou da disciplina poderão ficar sujeitos a regime disciplinar de 360 dias a serem cumpridos em celas de segurança. (FERREIRA; RAYA, 2004, p. 270)

Conforme se verifica, pode-se afirmar que o regime disciplinar diferenciado está em dissonância com o princípio da proporcionalidade, ao permitir que por meio de expressões vagas e imprecisas, condutas de ofensividade leve sejam apenadas com o rigor do isolamento celular. Ademais, a sua aplicação ensejará situações desconexas como as expostas exemplificadamente pelos autores retromencionados.

Mais uma vez, cabe salientar que, também nesse aspecto, a Lei nº 10792/03 nos remete às características de uma política criminal de direito penal do inimigo, mormente no que diz respeito à sua natureza punitivista, que se reflete no estabelecimento de penas extremamente altas e desproporcionais, correspondendo aos anseios populares conduzidos pela mídia de massa.

Por sua vez, tem-se o princípio da proporcionalidade subdividido em outros três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No que se refere à análise do regime disciplinar diferenciado em face do primeiro subprincípio, é indispensável que se questione qual o fim almejado pela medida para que se possa concluir se é essa medida pertinente ou apta para se alcançar o resultado perseguido. Ora, qual seria o resultado pretendido pelo Estado, enquanto poder punitivo, ao aplicar a um preso o regime disciplinar diferenciado? Como visto, claro está que a única finalidade é a segregação do preso, sua contenção e exclusão. Nesse sentido, admite Carvalho e Freire (2007, p. 280), que “o

RDD surge como técnica eficaz que visa ao mesmo tempo conter e eliminar os sujeitos indesejáveis”.

O questionamento, portanto, que se deve fazer antes de verificar a sua adequação, é a legitimidade dos fins perseguidos, os quais, como visto nos itens anteriores, atentam contra a dignidade da pessoa humana, infringindo diversos dispositivos constitucionais relativos à humanidade da pena e ao tratamento do preso. De modo que é imperioso concluir que, em que pese a medida ser eficaz quanto aos “fins não declarados”, mas reais da medida, tais fins contradizem a ordem constitucional, fere direitos e garantias fundamentais, e portanto, atinge também o princípio da proporcionalidade por esse viés.

Já no que concerne à necessidade da aplicação do regime disciplinar diferenciado, pode-se afirmar que a sua adoção ocorreu devido à incapacidade do Estado, enquanto gestor do sistema penitenciário, fazer cumprir os dispositivos da LEP. A corrupção e a super-lotação dos presídios contribuíram de maneira decisiva para a deflagração de motins em 2001 e 2002, que culminou na edição da Lei nº 10.792/03, em caráter emergencial. Mais que uma necessidade, a medida era uma exigência dos meios de comunicação e dos gestores do setor penitenciário, em franca dissonância com a opinião da maioria dos especialistas do direito penal, bem como com as diretrizes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Por derradeiro, no que se refere ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual estabelece que deve existir uma ponderação entre os diversos princípios em conflito, ou seja, deve-se comparar a relevância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, tem-se que: o que se tem em cotejo são, segundo Jakobs (2003, p.32), de uma lado, o direito à segurança dos cidadãos, e de outro, a descaracterização como pessoa de determinados indivíduos que não oferecem certeza de comportamento, e que portanto, podem ter relativizada a sua dignidade.

Como já analisado no item pertinente, o princípio da dignidade humana foi erigido pela Constituição Federal de 1988 como valor supremo da ordem jurídica, declarando-o em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. De modo que somente nas hipóteses em que a própria Constituição ressalva pode o citado princípio ser excepcionado, como é o caso da pena de morte na hipótese de guerra declarada. Conclui-se, assim, mais uma vez, pela

desproporcionalidade da medida utilizada pelo legislador, qual seja, o regime disciplinar diferenciado, em face do princípio fundamental relativizado.

7 CONCLUSÃO

A partir do exame do objeto de estudo ora proposto, qual seja, o regime disciplinar diferenciado, bem como das políticas criminais que hoje se colocam como correntes antagônicas, quais sejam, a que preconiza por um direito penal mínimo, submetido em qualquer hipótese aos direitos e garantias fundamentais, e a que recomenda a utilização do direito penal de forma diferenciada entre as pessoas apontadas “inimigas” e os demais como “cidadãos”, tal como inicialmente se propôs, é possível concluir que:

1. Pela análise da evolução da pena privativa de liberdade, constata-se que o isolamento celular é aplicado de forma sistemática desde o início do século XIX, pelos sistemas penitenciários da Filadélfia e de Auburn. Verifica-se, que desde o primeiro momento, a utilização do isolamento celular sofre severas críticas no sentido de se tratar de um regime de cumprimento de penas desumano e cruel, constituindo, de fato, verdadeira tortura refinada. Quanto aos referidos sistemas filadélfico e de Auburn, conclui-se ademais pelo insucesso dos mesmos, que teve como um de seus principais motivos justamente o fato de se tratar de sistemas desumanos, fato comprovado por meio da análise da condição mental dos presos, os quais, em sua maioria, passavam a portar algum tipo de psicose.
2. A partir da análise das prisões no Brasil, pode-se afirmar que a situação em que se encontra o sistema carcerário reproduz as situações encontradas desde os primórdios da prisão no período colonial. O que evidencia uma calamidade que se protraiu ao longo dos séculos, e que hoje apresenta reflexos diretos na realidade carcerária.
3. Conclui-se, ademais, que um dos principais problemas vivenciados pelo sistema carcerário no Brasil relaciona-se à superlotação dos presídios e cadeias públicas. Em 2007, como já salientado, o sistema contava com um déficit de 147.396 vagas. A superlotação dos presídios faz com que o ambiente carcerário seja sub humano, além de facilitar motins, bem como a corrupção de agentes carcerários.
4. No que concerne à política criminal, constata-se que hodiernamente o Estado pode se decidir entre dois modelos diametralmente opostos: o de

direito penal do inimigo, que preconiza pela diferenciação no tratamento entre os indivíduos reincidentes habituais, que por não apresentarem certeza de comportamento podem ter direitos e garantias fundamentais suprimidos, e os cidadãos, indivíduos que merecem ter garantidos e respeitados seus direitos. O segundo modelo a que se faz referência, denominado de direito penal mínimo ou sistema penal garantista, é aquele em que se postula a defesa dos direitos e garantias individuais para todos os indivíduos sem distinção, além de preconizar pelo uso do direito penal apenas como *ultima ratio*, e, ainda sim, de maneira a que sejam observados todos os princípios garantidos.

5. Pode-se afirmar que, atualmente, e principalmente após os ataques nos Estados Unidos de 11 de setembro de 2001, a política criminal com fundamento no direito penal do inimigo tem se expandido, podendo ser identificada em diversos países.
6. É cediço que as políticas criminais com base no direito penal do inimigo tendem a desconsiderar diversos direitos e garantias fundamentais do preso. Por esse motivo, conclui-se que essa política é incompatível com o Estado Democrático de Direito, devendo ser, portanto, rechaçada.
7. O regime disciplinar diferenciado é fruto da incapacidade do Estado, enquanto gestor do sistema penitenciário, de provê-lo das condições mínimas para um funcionamento adequado. Pode-se afirmar que essa foi sua causa primária.
8. Pode-se concluir que o regime disciplinar diferenciado é, ainda, fruto de um clamor público pela punição exarcebada. Esta, por sua vez, é incitada pelos meios de comunicação, os quais estão sempre a ressaltar as ações do crime organizado, dando a sensação ao público em geral de uma vulnerabilidade muito maior às ações criminosas do que verdadeiramente é na realidade.
9. Constata-se, ademais, que o regime disciplinar diferenciado se revela como uma legislação de cunho emergencial, que surgiu como resposta do Estado a uma situação crítica enfrentada nos motins de 2001 e 2002, consequência, como já se afirmou, da ineficiência do Estado na gestão do sistema prisional.

10. O regime disciplinar diferenciado é, na sua essência, ao contrário do que informa a Lei nº 10.792/03, que o enquadra como espécie de sanção à faltas disciplinares na execução penal, o estabelecimento de um novo regime de cumprimento de pena, mais severo e cruel, um verdadeiro regime fechadíssimo.
11. Conclui-se que o regime disciplinar diferenciado tem um caráter punitivista e simbólico, que surge como instrumento severo de controle e combate ao crime organizado.
12. Verifica-se, por sua vez, que a redação dada pela Lei nº 10.792/03 ao art. 52, *caput*, e §§ 1º e 2º, da Lei de Execução Penal, é permeada de termos vagos e abertos, gerando imprecisão semântica dos mesmos. Isso revela uma afronta ao princípio da legalidade, no que concerne ao subprincípio da taxatividade, abrindo espaço para o *arbitrium judicis*.
13. Contata-se que o estabelecimento do isolamento celular prolongado revela uma forma de pena cruel, e, portanto, não observa o princípio da dignidade humana na sua expressão no direito penal de humanidade das penas.
14. Sendo o princípio da dignidade humana fundamento do Estado Democrático de Direito, em última instância, pode-se afirmar assim que o regime disciplinar diferenciado se distancia por completo desse Estado.
15. Constata-se, ademais, que o regime disciplinar diferenciado vai de encontro ao que estabelece a legislação internacional de tutela e promoção dos direitos fundamentais, recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio.
16. O regime disciplinar revela ainda incompatibilidades com o princípio da proporcionalidade.
17. Pode-se afirmar que o regime disciplinar diferenciado, distanciando-se por completo das funções de ressocialização e recuperação do preso, tem por escopo somente a eliminação dos sujeitos tidos por indesejáveis, perigosos, verdadeiros inimigos do Estado.
18. Por todo o exposto, conclui-se que o regime disciplinar diferenciado é fruto de uma opção do legislador brasileiro por uma política criminal de direito penal do inimigo, devendo, portanto, ser rechaçado pelos operadores do direito enquanto afronta ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **A nova defesa social**. Tradução Osvaldo Melo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, nº 52, p. 163 – 182, jul. 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Principios de Derecho Penal Mínimo**. In: BARATTA, Alessandro (Org). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 299 a 233.

BARATTA, Alessandro. **Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal**. In: Congresso Internacional de Criminologia, IX, 1983, Viena: Faculdade de direito de Coimbra: Separata, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2003.

BELLI, Benoni. **Tolerância Zero e democracia no Brasil: visões de segurança pública na década de 90**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 de dez. de 1940.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. de 1984.

BRASIL. Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 de dez. de 2003.

BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCOLI, Cláudia Zucare. **Supermax à brasileira**. 2006. Disponível em: <<http://gamesbrasil.uol.com.br/forum/archive/index.php/t-36431.html>> Acesso em: 28 abr. 2009.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito Penal de inimigo**. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 293 a 303.

CALDEIRA, Cesar. A política do cárcera duro. Bangu 1. 2004. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v18n01/v18n1_11.pdf> Acesso em: 12 de mar. de 2009.

CAMILO, Roberta Rodrigues. **Evolução das penas e o regime disciplinar diferenciado**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O regime disciplinar diferenciado: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 269 a 281.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia: 2005.

CELIS, Jacqueline Bernat de; HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karam. 1ª Ed. Niterói: Luam, 1993.

COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo e outros estudos sobre a criminalidade**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Parecer RDD** (regime disciplinar diferenciado). 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/Filedownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%>> Acesso em: 16 mar. 2009.

COSTA, Débora Dayse Tavares da. O RDD ante os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais: garantia do direito do preso não perigoso ao cumprimento da pena e à ressocialização. **Revista da ESMAPE**, V. 11. Fasc. 23 – jan./jun. 2006. p. 425 a 450.

CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Regime disciplinar diferenciado. Breves Comentários (RDD)**. In: CUNHA, Rogério Sanches Cunha (Org.). **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: jusPODIVM, 2006, p. 99 a 112.

CUNHA, Rogério de Vidal. **O regime disciplinar diferenciado, o simbolismo penal e o princípio da humanidade das penas**. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=725> Acesso em: 16 mar. 2009.

De GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

DESGUALDO, Antonio Carlos de Aguiar. **O regime disciplinar em face das teorias justificadoras das penas**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ESPAÑA. Constituição (1978). **Constitución Española**. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> Acesso em: 12 abr. 2009.

ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FELDEN, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Tradução Luiz de Lemos D' Oliveira. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2009.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Tradução Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba/SP: Minelli, 2006.

FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 251 – 290, jul./ago. 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalheite. 34. d. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Meia ilegalidade**. 2001. Disponível em: <
[HTTP://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/centrodados.php?acao=selCentros&id=19](http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/centrodados.php?acao=selCentros&id=19) >
 Acesso em 04 fev. 2009.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (monografias/ ICCRIM; 35)

FREIRE, Christiane Russomano. **Um velho discurso uma nova instrumentalização**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 16, nº 197 – Abril, 2009.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol.I, tomos I e II. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais**. In: STRECK, Lenio Streck (Org). Direito penal em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 151 a 175.

GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em:
 <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/Arquivoid_47.pdf> Acesso em: 11 mar. de 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes. **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: 20 mar. 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GUIMARÃES, Ulysses. **A constituição coragem**. Discurso proferido em 5 de out, de 1988. Disponível em: <<http://w3.comvir.org:6/lojistas.net/id/acc/.htm>> Acesso em: 21 abr. 2009.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da. (Orgs.) Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Tradução Maria Abramo Brandt de Carvalho. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 189 a 217.

ISCUISSATI, Wilson Luis. **O regime disciplinar diferenciado (Lei nº 10.792/2003) em conflito com os objetivos da pena privativa de liberdade à luz dos direitos humanos fundamentais da pessoa encarcerada**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense, Paraná.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana. Princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoria de La imputación**. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. Tradução Maurício Antônio Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel **Cancio. Derecho penal del enemigo**. 1 ed. Madrid: Civitas, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836> Acesso em: 27 fev. de 2009.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal**. Revista da doutrina da 4ª região. 17 ed. 2007. Disponível em: http://200.182.146.139/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm Acesso em: 24 mar. 2009.
JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. 1 ed. Barueri/SP: Manole, 2004.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

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

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARX, Karl. **O capital**. Crítica da economia política. Livro primeiro. O processo de produção do capital. Tomo 2. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado**. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>> Acesso em: 12 de mar. 2009.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana. Princípio constitucional fundamental**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MATHIESEN, Thomas. **A Caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível?** Revista semestral do Núcleo de Sociabilidade Libertária – VERVE, nº 04, out. 2003, p. 80 a 109.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Criminológico Carioca, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, parte general**. 2 ed. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. Atualizado por Renato N. Fabbrini. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, [19-].

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo. 2006**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Estudos de direito processual penal. Temas Atuais**. São Paulo: BH Editora, 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal**. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 283 a 292.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLAYFAIR, Giles. **Prisão não cura, corrompe**. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1969.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 143 a 148, jul./set. 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza; MELHOR, Aldeleine. **Princípios constitucionais na execução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches(Org.). Leituras complementares de execução penal. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 9 a 41.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Extorsões praticadas de dentro da unidade prisional – Legitimidade do Ministério Público para requerer inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado. Relator Desembargador Valmir de Oliveira Silva. Processo 2008.76.01135, 15 de agosto de 2008. Disponível em:< <http://br.vlex.com/43485329>> Acesso em: 13 abr. 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁ, Geraldo Ribeiro. **A prisão dos excluídos: origens e reflexos sobre a pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia e Política Criminal**. In: BITTAR, Walter Barbosa. (Org.) A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007. p. 109 a 118.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Transferência de reeducando para estabelecimento prisional de regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, nos termos de Resolução nº 26/2.001, da Secretaria da Administração Penitenciária em atenção ao interesse público. Habeas Corpus nº 400.000.3/8, relator Desembargador Haroldo Luz. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/habeas_corpus/jurisprudencias/juris_acordaos/EXECUC3%87%C3%83O%20PENAL%20-%20Reg%20Discipl%20Diferenciado%20-%20Legalidade.htm

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Execução Penal: Controle da Legalidade**. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007. Parte III, p. 269 a 281.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A Crise de Legalidade na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007. Parte III, p. 293 a 303.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; Corrêa Junior, Alceu. **Pena e constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Execução penal**. 3 ed. Porto Alegre: Magister, 2006.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio sobre a pena de prisão**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Marisya Souza e. **Crimes Hediondos e Progressão de Regime Prisional**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. **Legalidade libertária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado Democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista. **Revista Doutrina**, Vol. 5. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998. p. 41 a 48.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VON HENTING, Hans. **La pena. Las formas modernas de aparición**. volume II. Madri: Espasa-Calpe, 1968

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução J. Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4 ed. Santiago do Chile: Jurídica do Chile, 1993.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina**, In VARIOS AUTORES, Criminología Crítica y Control Social I. El Poder Punitivo del Estado, Argentina: Editora: Juris, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** v.1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZEIDAN, Rogério. **Ius Puniendi, estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.