



UNICEPLAC

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

A (In) Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

Gama-DF

2020

BRUNA ROCHA MADUREIRA

A (In) Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Dr. Luís Felipe Perdigão de Castro.

Gama-DF

2020

M183i

Madureira, Bruna Rocha.

A (In) Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. / Bruna Rocha Madureira. – 2020.

51 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC, Curso de Direito, Brasília, 2020.

Orientação: Prof. Me. Luís Felipe Perdigão de Castro.

1. Dignidade da Pessoa Humana. 2. Inconstitucionalidade.
3. Lei de execução Penas. I. Título.

BRUNA ROCHA MADUREIRA

A (In) Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Dr. Luís Felipe Perdigão de Castro.

Gama, 20 de junho de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luís Felipe Perdigão de Castro
Orientador

Prof. Edilson Enedino das Chagas
Examinador

Prof. Patrícia Franzim Ponce
Examinador



UNICEPLAC

“Dedico a Deus, e ao Espírito Santo, que é a minha força, me guiando em cada linha dessa pesquisa. Sem sua infinita graça, jamais teria conseguido”.



UNICEPLAC

AGRADECIMENTOS

A Deus, antes de mais nada, por ser tão gracioso, me permitindo e capacitando a cada etapa nessa jornada no Direito.

Ao meu doce amigo, Espírito Santo, que de uma forma surpreendente me fortaleceu para que eu pudesse superar todas as barreiras dessa trajetória.

Ao meu esposo, Whanderson, pela paciência e companheirismo, que me manteve firme para não desistir, sem o qual nada disso seria possível.

Aos meus pais: Célia e Alencar, que de forma muito amorosa seguraram a minha mão, como fontes de amor inesgotáveis.

Ao meu professor e orientador Luís Felipe Perdigão pela excelência, dedicação e paciência, que conduziu essa mentoria, sem os quais não seria possível para a realização desta monografia.

A professora Caroline Lima Ferraz, que com muita paciência, me deu todo suporte com correções e incentivos.

E meu agradecimento especial (in memoriam), ao professor José Carlos (Gáucho), fonte de inspiração e idealizador desse trabalho, um grande referencial no meio acadêmico.

E por fim, não menos importante, a todos os meus professores que contribuíram para que eu chegasse até aqui.



UNICEPLAC

“A prisão não são as grades e a liberdade, não é a rua; existem homens presos na rua e livres na prisão. É uma questão de consciência”.

Mahatma Gandhi



UNICEPLAC

RESUMO

O objetivo geral é desenvolver um estudo crítico e detalhado sobre o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, abordando aspectos pertinentes aos princípios norteadores dos direitos humanos constitucionais, bem como as garantias e tratados internacionais do qual o Brasil faz parte. Essa pesquisa tratará da (In) constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por dar tratamento diferenciado para o condenado que apresenta maior risco para a sociedade por ter cometido atos mais graves e não acatar a disciplina dentro dos presídios. A importância de desenvolver esse tema deve-se ao fato de observar as divergências e debates que esse tema provoca na doutrina e na jurisprudência, no que diz respeito às violações constitucionais e infraconstitucionais, bem como violações a Tratados Internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário, pois há um conflito entre os princípios constitucionais, a Lei de Execução Penal e a Lei n. 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado). A pesquisa utilizará o método dialético que procura embasar uma discussão entre os doutrinadores que tratam do tema, por meio da pesquisa bibliográfica, no qual utilizará livros, revistas, artigos acadêmicos, teses e dissertações, assim como a legislação pertinente e jurisprudências. Quanto a problemática da pesquisa, perguntou: A implantação do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado coaduna-se com os dispositivos constitucionais e princípios dos direitos humanos previstos na Constituição vigente? A resposta é não, porque o Regime Disciplinar Diferenciado fere o princípio da dignidade humana, da humanização, da igualdade e da legalidade. Além dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, pois o RDD não garante a sanidade do prisioneiro ao manter uma sanção com duração excessiva em celas minúsculas, no qual afeta o psicológico dos encarcerados. Embora, haja vários questionamentos e discussões, até o momento considera-se que o RDD não é um tema pacificado, porque alguns magistrados entendem que é constitucional e outros, que é inconstitucional. Assim como há doutrinadores que defendem a constitucionalidade, alegando que o preso necessita ter um tratamento diferenciado por falta grave, enquanto outros defendem a inconstitucionalidade por entenderem que ferem os princípios constitucionais e alguns da execução da pena.

Palavras-chaves: Dignidade da Pessoa Humana. Inconstitucionalidade. Lei de Execução Penal. Direitos Humanos. Penas.



UNICEPLAC

ABSTRACT

The general objective is to develop a critical and detailed study on the institute of the Differentiated Disciplinary Regime, addressing aspects related to the principles of constitutional human rights, as well as the guarantees and international rights of which Brazil is a part. This research dealt with (In) Constitutionality in the Application of the Differentiated Disciplinary Regime (RDD), due to differentiated or condemned treatment that presents greater risk to society for having committed more serious acts and for not acting in a discipline within the prisons. The importance of developing this theme must be observed as divergences and debates on this theme caused by doctrine and jurisprudence, without respect for constitutional and infraconstitutional violations, as well as violations of the International Human Rights Treaties in Brazil, as there is a conflict between constitutional principles, the Law of Penal Execution and Law no. 10,792 / 03 (Differentiated Disciplinary Regime). A research uses the dialectical method that seeks to support a discussion among the doctrines that deal with the subject, through bibliographic research, without qualifying books, magazines, academic articles, theses and dissertations, as well as the relevant legislation and jurisprudence. As for the research problem, he asked: Can the implementation of the institute of a differentiated disciplinary regime be consistent with the constitutional provisions and the human rights principles foreseen in the current Constitution? The answer is not, because the Differentiated Disciplinary Regime is the principle of human dignity, humanization, prohibition and illegality. In addition to the International Human Rights Treaties and United Nations Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, as it states that the RDD does not guarantee the health of the prisoner and that the sanction of excessive duration in the small cells affects the psychological of the prisoners. Although, there are several questions and discussions, until the moment when considering the RDD until the moment it is not a pacified topic, because some magistrates understand that it is constitutional and others that it is unconstitutional. Just as there are doctrines that defend constitutionality, claiming that prisoners should use differentiated treatment for serious misconduct, while others that are unconstitutional for understanding that they violate constitutional principles and some of the execution of the sentence.

Keywords: Dignity of the Human Person. Unconstitutionality. Penal Execution Law. Human rights. Feathers.



UNICEPLAC

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Conflito de Competência
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEP	Lei de Execução Penal
ONU	Organização das Nações Unidas.
PCC	Primeiro Comando da Capital
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal



UNICEPLAC

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PUNIÇÃO DO ESTADO E A DEONTOLOGIA DAS PENAS	11
2.1 Breve histórico e teoria das penas.....	14
2.2 As espécies das penas no ordenamento jurídico brasileiro	17
2.3 Regimes penais	19
3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA PRISIONAL	22
3.1 Finalidade da Lei de Execução Penal	22
3.2 Princípios da execução penal	23
3.3 A assistência aos presos na Lei de Execução Penal	27
3.4 O sistema prisional brasileiro e sua precariedade	28
4 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	29
4.1 Origem Histórica	30
4.2 Características.....	32
4.3 Hipóteses de Cabimento e procedimento de inclusão	34
4.4 O princípio da dignidade da pessoa humana e o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)	35
4.5 A (in)constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.....	37
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45



1 INTRODUÇÃO

Uma das principais funções da justiça foi, além de reparar danos causados pelas pessoas, a de punir condutas reprováveis pela sociedade, hoje chamadas de crime, condutas estas tipificadas em lei. O *jus puniendi*, ou direito de punir, incide na aplicação de penas como retribuição por transgredir as regras da sociedade.

A penalização é a prisão dos indivíduos que transgridem as leis. As limitações impostas referem-se ao próprio Estado, tanto no seu poder de legislar, ou seja, tipificar condutas e cominar penas, quanto no poder de executar. Atualmente, as prisões são classificadas em prisão pena, prisão civil administrativa e prisão processual, sendo que essa última é considerada a modalidade mais antiga. Assim, se faz necessária a presença dos pressupostos das medidas cautelares, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para que assim a pena seja aplicada com o intuito de garantir a ordem pública ou a necessidade da instrução criminal.

Desde o momento em que o Direito Penal se estabeleceu como uma prática social, bem como, no campo científico em substituição ao bárbaro direito de punir, a forma mais comum entendida como punição acontece por meio da privação da liberdade de um indivíduo.

Nesse sentido, o estado precário dos presídios brasileiros decorrente da falta de vagas e da superlotação, tem sido palco de noticiários nos mais diversos meios de comunicação, mostrando, nos últimos anos, o crescimento desenfreado da população carcerária. Tornando axiomática a crise prisional no Brasil, sendo indiscutível a patologia que o sistema prisional brasileiro como um todo tem enfrentado, uma grave crise de superlotação carcerária, assombrando toda a sociedade, violando direitos humanos mínimos.

Tendo em vista, a necessidade de assegurar um Estado seguro com a sociedade convivendo em harmonia, o Estado tem o direito de restringir a liberdade de um indivíduo que pratica ato ilícito, desde que a conduta praticada esteja elencada entre aquelas que possuam certo grau de gravidade, no qual a prisão é decretada por autoridade judiciária e cumprida em conformidade com a legislação e os princípios constitucionais.

Diante do exposto, essa pesquisa tratará da (In) Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), visto como um “castigo”, cujo tratamento diferenciado é dado para o condenado que apresenta maior risco à sociedade.

Desse modo, o preso tem um tratamento cruel e desumano porque fica em isolamento durante 22 horas do dia, onde nada é permitido, tendo direito, apenas, ao banho de sol. Além desse isolamento que pode ser aplicado por até 360 dias, sem prejuízo de sua repetição, o que



gera muitas divergências em sua aplicação, uma vez que existem doutrinadores contra e outros, a favor dessa conduta.

A partir das análises suscitadas vale ressaltar a questão norteadora desse estudo: A implantação do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado coaduna-se com os dispositivos constitucionais e princípios dos direitos humanos previstos na Constituição vigente?

O objetivo geral é desenvolver um estudo crítico e detalhado sobre o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, abordando aspectos pertinentes aos princípios norteadores dos direitos humanos constitucionais, bem como as garantias e tratados internacionais do qual o Brasil faz parte. Os objetivos específicos são: demonstrar um breve histórico das penas, suas teorias, espécies e os regimes penais que são empregados no ordenamento jurídico brasileiro para que assim se faça um paralelo com o objetivo central do RDD; explicar acerca da Lei de Execução Penal, sua finalidade e princípios, observando a precariedade do sistema prisional brasileiro e apontar a compreensão doutrinária, principiológica e jurisprudencial sobre a (in) constitucionalidade do RDD, assim como as hipóteses de cabimento.

A importância de desenvolver esse tema deve-se ao fato de observar as divergências e debates que são provocados na doutrina e na jurisprudência, no que diz respeito às violações constitucionais e infraconstitucionais, a Tratados Internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário, pois há um conflito entre os princípios constitucionais, a Lei de Execução Penal e a Lei n. 10.792/03, que trata do Regime Disciplinar Diferenciado.

A pesquisa utilizará o método dialético que procura embasar uma discussão entre os doutrinadores que tratam do tema, por meio da pesquisa bibliográfica, utilizando livros, revistas, artigos acadêmicos, teses e dissertações, a legislação pertinente e jurisprudências.

A monografia se dividirá em três capítulos, no qual o primeiro demonstrará um breve histórico das penas, suas teorias, espécies e os regimes penais. O segundo capítulo explanará acerca da Lei de Execução Penal, sua finalidade e princípios, apresentando a precariedade do sistema prisional brasileiro e o terceiro apresentará a origem histórica do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), definição, características, hipóteses de cabimento, procedimento de inclusão e a (in) constitucionalidade na aplicação no Regime Disciplinar Diferenciado. Por fim, as considerações finais acerca da pesquisa, no qual demonstrará se os objetivos foram alcançados.



2 A PUNIÇÃO DO ESTADO E A DEONTOLOGIA DAS PENAS

Este capítulo trata do Estado e a deontologia das penas, no qual demonstra um breve histórico das penas e as teorias da função das penas, como a teoria absoluta ou retributiva da pena, a relativa e a mista. Assim como, as espécies das penas e os regimes penais, importantes para compreender a maneira que o Estado pune, o objetivo dessa punição e analisar a constitucionalidade, ou não do Regime Disciplinar Diferenciado.

O Direito Penal brasileiro é necessário na vida das pessoas, pois aquelas que cometem atos ilícitos necessitam ser responsabilizadas por sua conduta, uma vez que o Estado tem o direito de punir. (NUCCI, 2015). Desde os primórdios da humanidade, uma das principais funções da justiça foi reparar danos causados pelas pessoas e punir condutas reprováveis pela sociedade. (BECCARIA, 2013, p. 21).

O *Jus Puniendi*, ou direito de punir, incide na aplicação de penas como retribuição por transgredir as regras da sociedade. Cesare Beccaria (2013, p. 22) é um dos filósofos mais importante que versa sobre a origem do poder punitivo, em sua obra “Dos delitos e das penas”. Além de demonstrar uma fase histórica do Direito Penal. Enfatiza:

A soberania da nação é formada pelo conjunto de parcelas da liberdade de cada cidadão, que abriu mão dessa porção em troca de segurança e proteção do restante de sua liberdade. Assim, o soberano do povo é o responsável por cuidar do que ele nomeou "depósito das liberdades. (...) é necessário proteger este depósito da tentação despótica inerente aos seres humanos, que faria com que alguém tentasse, além de retirar sua porção de liberdade do depósito, ainda usurpar a dos outros.

Para Beccaria (2013, p. 23), a penalização é a prisão dos indivíduos que transgridem as leis. As limitações impostas referem-se ao próprio Estado, tanto no seu poder de legislar, ou seja, tipificar condutas e cominar penas, quanto no poder de executar. Atualmente, o meio pelo qual o Estado se vale para solucionar os conflitos penais é a aplicação do Direito Penal e do Processo Penal cujo escopo é definir os atos tipificados como delitos, a cominação legal das penas a serem aplicadas, bem como o regramento do processo, tendo em vista que não se fala em crime sem antes haver tipificação e a cominação legal da conduta delitiva, conforme está previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no artigo 1º do Código Penal.

Como se pode ver, houve muitas mudanças na maneira de punir da época de Beccaria até os dias de hoje, pois foram implantados princípios no ordenamento jurídico, que buscam dar um melhor entendimento e análise para os casos concretos envolvidos no Direito Penal.



Princípios esses, como o da anterioridade, da legalidade, da dignidade da pessoa humana, entre outros, nos quais alguns serão discutidos nesse estudo.

O princípio da anterioridade compõe com o princípio da legalidade, os chamados "princípios da reserva legal": "*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*" - "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal." Segundo Capez (2017, p. 87), é válido dizer que pena cominada é a que vem abstratamente prevista para quem viola as condutas disciplinadas na lei penal.

Para Nucci (2015, p. 51), o direito de punir tem como titular exclusivo o Estado. É de se ressaltar a importância do cumprimento pelo Estado dos princípios basilares do Direito Penal, uma vez que o Poder Público se arrogou o direito de reprimir as condutas consideradas reprováveis, proibindo os particulares de fazê-lo.

A Constituição Federal, em seu art. 144, dispõe que "segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e do patrimônio". Assim, torna-se explícito que não se trata apenas de um direito, mas também de um dever, o qual só pode ser realizado de forma legítima através de um processo.

Para Bicudo (2010, p. 45), o direito-dever de punir do Estado, para ser considerado como legítimo, deve balizar-se às intervenções que não violem a ordem constitucional vigente. Para tanto é salutar que denotem a preservação e o respeito à dignidade da pessoa humana, não podendo o Estado agir de qualquer modo, pois o próprio texto constitucional impõe limites que devem ser observados e respeitados.

Sabe-se que o Estado, em virtude de fatores político-econômicos, bem como da própria evolução da humanidade, assumiu com exclusividade a incumbência de disciplinar as condutas proibidas com suas respectivas sanções. Todavia, esse mesmo Estado tem se mostrado incapaz de materializar com excelência suas pretensões quanto à proteção dos bens jurídicos em relação aos fins da pena.

De acordo com Figueiredo (2011, p. 62), a proteção dos bens jurídicos dos indivíduos se procede através da incriminação de determinadas condutas. No entanto, apenas proibir ou exigir não é suficiente para que as pessoas se comportem de acordo com a norma penal, mas é imprescindível que o descumprimento tenha como consequência uma punição. Todavia, esta, não pode ser o único meio finalístico de correção de condutas delitivas, devendo ser observados mecanismos de sanção e de correção com escopo de evitar a prática delitiva, para, concomitantemente, coibir reincidências.

Mirabete (2012, p. 25) destaca que a finalidade precípua e essencial do Direito Penal é proteger os valores mais importantes dos indivíduos e da sociedade em geral. Tais valores são



chamados bens jurídicos penais, entre os quais se destacam: vida, liberdade, propriedade, integridade física, honra, patrimônio público, entre outros, devendo ser observado o Direito Penal, a *última ratio*, ou seja, é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando a aplicação de outro tipo de direito não for possível. Deste modo, Nucci (2015, p. 53) aduz que:

Direito penal é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras correspondentes à sua aplicação. Não há, desta forma, discricionariedade, mas sim, um dever de se pautar na legalidade e na impessoalidade ao se buscar o direito de reprimir, censurar, de penalizar condutas trazidas pelo corpo normativo como infrações penais.

Todavia, não é qualquer conduta que deve ser penalizada, não é qualquer bem que merece ser protegido pelo Direito Penal, tendo em vista ser este o último recurso a ser assumido. De acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o artigo 8º determinou que a lei só deve prever penas que sejam, estritamente, necessárias, ou seja, refere-se à intervenção mínima do Estado no que tange a penalização de condutas. (CAPEZ, 2017, p. 320)

Para Capez (2017, p. 321), a intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Para o autor, o Direito Penal se apresenta como pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Destarte, com fulcro no princípio da intervenção mínima consistente no direito do Estado de se utilizar a lei penal como seu último recurso, não se pode lançar mão do Direito Penal com escopo de reprimir qualquer tipo de infração, devendo haver extrema necessidade para assegurar bens jurídicos tutelados, quando os demais ramos do direito forem insuscetíveis de protegê-los.

Jesus (2013, p. 34) explica que o Processo Penal é o meio pelo qual se busca mecanismos legais para a aplicação de sanções penais aqueles que praticam condutas descritas como crimes. Conduta esta que deve estar tipificada em lei como infração penal, respeitando os princípios da legalidade e da anterioridade, bem como o da intervenção mínima do Estado, princípios enraizados na Constituição Federal.

O direito de punir é monopólio do Estado e constitui manifestação da sua soberania. Desta forma, Nucci (2015, p. 59) assevera que o *jus puniendi* é prerrogativa do ente estatal no desempenho do seu papel de garantidor da ordem pública e do equilíbrio social, implicando na lógica da atividade de reger condutas humanas no corpo social, com sustentáculo na coercibilidade exercida por meio da jurisdição.



Nas palavras de Bicudo (2010, p. 48), esse direito é a princípio, abstrato, adquirindo concretude quando é cometida determinada conduta reprovada no ordenamento jurídico. O poder, outrora genérico, transforma-se em uma pretensão individualizada dirigida pela autoridade contra o indivíduo que praticou o ato reprovável. Significa dizer que com a conduta, o direito abstrato de punir transforma-se em direito concreto de punir.

Entretanto, Nucci (2015, p. 59) destaca que o Estado apenas poderá infligir sanção ao violador da norma penal após comprovação de sua responsabilidade. Tal comprovação ocorre no Estado de Direito, somente, após a instauração de um processo e a decisão de um órgão investidor de jurisdição, isso em razão da indispensabilidade do controle jurisdicional para a imposição de pena na esfera penal.

É por meio da jurisdição que o Poder Estatal manifesta de forma expressiva o seu poder, porque tem a capacidade de impor suas decisões, substituindo a vontade das partes diante de pretensões resistidas. Neste dever, evidenciando seu caráter substitutivo, o Estado toma para si a responsabilidade de *jurisdictio*, a prerrogativa e encargo de dizer o direito de pronunciar o direito.

2.1 Breve histórico e teoria das penas

A pena é a reação que, uma comunidade politicamente organizada, opõe a um fato que viola umas das normas fundamentais da sua estrutura e é definida como crime na lei (BRUNO, 2006). Assim, crime é uma transgressão das normas de convivência, como por exemplo, um assalto, assassinato entre outros. Ocorre quando um indivíduo comete um delito. Para Masson (2014), a sanção é um castigo que priva o réu da liberdade. Ela é aplicada pelo Estado por meio do Poder Judiciário.

Quando um indivíduo pratica um crime, só poderá ser preso por meio de um mandado judicial ou flagrante delito. Nucci (2015, p. 575) destaca que a “prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”, sendo que este se destinava à guarda de presos prisioneiros de guerra e escravos. Carvalho Filho (2012, p. 48) ensina que sempre existiu prisão, porque os escravos eram mantidos presos em um lugar.

No século XVII, os réus eram condenados à morte, ao açoite e aos trabalhos forçados. Mas os delitos não diminuam, daí concluíram que as penas não estavam sendo suficientemente defensivas. Prendiam-se os criminosos em lugar seguro, onde ficavam à



disposição da justiça, sendo denominada como prisão cautelar (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49).

A prisão era considerada um meio de punir quem transgredisse a lei. Nessa época, o Estado não se preocupava com a humanização da pena, somente, no século XVIII que veio essa preocupação, razão pela qual, segundo Bitencourt (2017, p. 144), a partir daí o encarceramento passou a isolar o delinquente para a sua recuperação.

Existiram três tipos de sistemas prisionais: o pensilvânico ou celular, o auburniano e o progressivo. Segundo Bitencourt (2017, p. 145), no sistema pensilvânico ou celular o isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar meios para salvar tantas criaturas infelizes. A construção de um edifício celular no jardim da prisão de *Walnut Street*, em 1776, para aplicar o confinamento solitário aos condenados, sendo que somente os mais perigosos viviam isolados em celas solitárias, os demais condenados eram mantidos em celas comuns e a esses era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia, porém havia a lei do silêncio.

Rogério Greco (2016, p. 324) comenta que esse sistema recebeu inúmeras críticas, já que, além de ser severo, impossibilitava a readaptação social do condenado em face do seu completo isolamento. O sistema progressivo nasceu na Inglaterra no século XIX foi adotado pela Irlanda. Esse sistema ficou conhecido pelos ingleses como sistema progressivo ou *Mark system* e consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado.

Bitencourt (2017, p. 151) ensina que o sistema progressivo se dividia em três períodos: isolamento celular diurno e noturno, trabalho sob a regra do silêncio e liberdade condicional. No primeiro período tinha a intenção de fazer o apenado refletir sobre o seu crime. No segundo, o apenado trabalhava, mas não podia conversar, pois era preciso manter silêncio absoluto e no terceiro, a sua liberdade era limitada.

Rogério Greco (2016, p. 325) relata que o sistema progressivo foi aperfeiçoado, pois Walter *Crofton*, diretor de uma das prisões na Irlanda, fez algumas alterações no modelo Inglês, criando o Sistema Irlandês, implantando uma fase intermediária, que se encaixava entre a prisão e a liberdade condicional, cuja fase tinha uma prova de aptidão para os reclusos saberem se estariam aptos para viver em liberdade junto à sociedade. Esse sistema foi adotado em diversos países e teve grande repercussão devido a sua eficácia, inclusive o Brasil também adotou esse sistema parecido com o sistema inglês.

Houve uma profunda transformação no sistema penitenciário, segundo Cezar Bitencourt (2017, p. 153), com o advento da crise do sistema progressivo houve mudanças na



questão da individualização penitenciária e na pretensão do regime penitenciário, que permitiu uma vida em comum, mais humana e racional aos condenados.

As penas, segundo Greco (2016, p. 289), devem ser aplicadas para aqueles que transgridem as leis, mesmo que sejam executadas antes do trânsito em julgado da sentença. A prisão é permitida para garantir a ordem pública e a paz social. Todavia, para que isso ocorra, o legislador acredita na capacidade do *jus puniendi* do Estado, tendo em vista de que punindo o infrator, o faça refletir sobre sua conduta na perspectiva de que o mesmo não venha reincidir na criminalidade, com escopo de o ressocializar.

Nucci (2015, p. 578) destaca que esse escopo não tem sido alcançado, pois o índice de reincidência de infratores tem aumentado, significativamente, devido ao encarceramento de pessoas que não tiveram julgamento, ou por pessoas que tiveram. Daí surgiu a necessidade de se estudar as teorias da pena para melhor compreensão do tema, são elas: absoluta, relativa e a mista.

A Teoria Absoluta nasceu na época do Absolutismo, tendo Kant e Hegel como representante. Conforme ensina Bittencourt (2017, p. 98), sua identidade estava entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido por Deus. Neste período, o poder estava concentrado nas mãos do rei, sendo que a ele cabia todas as decisões, inclusive da justiça. Esse período foi marcado pela pena retributiva cujo castigo era merecido pelo infrator pelos atos ilícitos cometidos. Via-se a pena como um sofrimento que o criminoso produzia.

A sociedade enxergava a pena como uma forma de retribuição por um mal realizado a alguém. Portanto, era uma maneira de se vingar, pois o indivíduo prejudicado queria que a pessoa que fizesse mal a ela fosse punida. Claus Roxin (2010, p. 80) ensina que a pena deve ser justa e aplicada perante a imposição de um mal cometido, com o objetivo de proteger o bem jurídico.

Os defensores dessa teoria são contra o uso da pena como razões utilitárias. Desse modo, os absolutistas criticavam que não podia se falar de pena como uma maneira de prevenção, mas de vingança em prol da concretização dos fins sociais. (PRADO, 2014, p. 167).

Para os seguidores da teoria relativa ou preventiva da pena, a pena se limita a uma função de prevenção como garantia social, pois os indivíduos não delinquem, porque têm medo de receber a punição, ou seja, se preocupa em prevenir a prática de delitos. O critério de prevenção, segundo Rogério Greco (2016, p. 617), se divide em: Prevenção geral -



negativa e prevenção geral positiva por intimidação, que é como se fosse um freio devido ao temor que a pessoa tem em praticar um crime e ser preso e a Prevenção especial – negativa e positiva.

A prevenção geral positiva tem a finalidade de evidenciar que a lei penal é vigente e pode ocorrer mediante casos concretos. Já a prevenção geral é uma forma de retribuição justa para fundamentar a pena, pois se restringe a uma função limitativa, atendendo apenas a sociedade e os propósitos sociais.

Quanto à prevenção especial se destina ao condenado, no qual o destinatário é a coletividade. Segundo Greco (2016, p. 618) está dividida entre positiva e negativa, a primeira trata de buscar a ressocialização do apenado, que depois de cumprir sua pena necessita estar apto para a convivência social e a negativa pretende fazer com que o condenado não cometa mais delitos, não reincidindo.

A teoria mista considera a teoria eclética como uma junção dos propósitos da prevenção geral e especial, se tornando uma pena única. Para Fernando Capez (2017, p. 359) “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*)”. No tocante, Claus Roxin (2010, p. 49) afirma que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, medindo bens jurídicos e de prestações estatais, protegendo a autonomia da personalidade.

Destarte, observa-se que mesmo havendo três grupos de penas indicadas, o ordenamento jurídico brasileiro é adepto da teoria mista, também chamada de unificadora ou eclética. Esta teoria se ajusta ao artigo 59, *caput*, do Código Penal, no qual o magistrado deve atender a culpabilidade, verificando seus antecedentes, conduta, entre outros. (PRADO, 2014).

Deste modo, adverte-se que a parte final do *caput* desse artigo conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, no qual ocorre a junção das teorias absoluta e relativa que se pautam pelos critérios de retribuição e da prevenção. Então, para melhor entendimento do tema é preciso explicar acerca das penas no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 As espécies das penas no ordenamento jurídico brasileiro

Existem duas penas privativas de liberdade no Código penal: reclusão e detenção. (NUCCI, 2015). Na pena de reclusão, o cumprimento do apenado acontece nos regimes



fechado, semiaberto e aberto, enquanto na pena de detenção, o encarcerado cumpre a pena em regime aberto ou semiaberto, conforme dispõe o art. 33 do Código Penal.

O artigo 32 do Código Penal destaca que as penas podem ser: privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa. Conforme Rogério Greco (2015, p. 224), as penas privativas de liberdade são as de reclusão e detenção.

O artigo 43 e os seguintes tratam das penas restritivas de direitos cuja natureza é substitutiva, no qual se aplica depois da pena privativa de liberdade, os requisitos legais para tanto, que se classificam como a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, as quais se dividem em proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, proibição do exercício de profissão, suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos, proibição de frequentar certos lugares e limitação de fim de semana.

O artigo 44 do Código Penal incide nas normas necessárias para que seja substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Assim, a pena igual ou inferior a um ano poderá ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Mas se a pena fixada for inferior a seis meses não poderá ser aplicada a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, conforme prevê o artigo 46, *caput* do Código Penal, porém, se a pena for superior a um ano, poderá ser trocada por pena restritiva de direitos e multa ou duas penas restritivas de direitos.

Lembrando que se o apenado descumprir o benefício que lhe foi conferido, perderá as condições impostas pelo magistrado da condenação. Desse modo, retornará a pena original. Logo, "no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão" (art., 44, §4º, do Código Penal).

Já as penas de multa ou pecuniárias dispostas nos artigos 49 e seguintes do Código Penal, segundo o *caput*, a pena de multa "consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa"

Então, para fixar a pena de multa para estabelecer o número de dias-multa, que será no mínimo de 10 dias e no máximo de 360 dias, segundo o artigo 49 da segunda parte do Código Penal, deve o magistrado verificar a culpabilidade do autor, segundo dispõe critério disposto nos artigos 59, *caput* e 68, *caput*, ambos do Código Penal. Desse modo, também deve-se verificar a situação econômica do condenado (art. 60 - CP). Para melhor compreender sobre as penas é preciso tratar dos tipos de regimes penais.

2.3 Regimes penais

A pena privativa de liberdade surgiu no final do século XVIII e início do século XIX devido às mudanças e discussões acerca da prisão, uma vez que, segundo Foucault (2014, p. 45), o prazer de punir não surtia mais o efeito de castigar e as pessoas não suportavam mais ver crueldades, então, a forma de punir tinha que ser mudada, dando origem ao período humanístico, onde as pessoas passaram a se preocupar com a dignidade do homem, fazendo com que acabasse todo tipo de tirania e que o apenado cumprisse pena de prisão em regimes, são eles: fechado, aberto e semiaberto.

Precipuamente, conforme Greco (2015, p. 230), é necessário tecer alguns comentários acerca dos tipos penais de reclusão e de detenção, haja vista que é recorrente a confusão entre estes. Pena de reclusão é destinada aqueles que praticarem condutas mais graves que necessitem de penas mais severas, por sua vez, a de detenção se reserva para os delitos de menor gravidade. Nesse tipo de pena, o início de cumprimento ocorre no regime fechado, o mais rígido do sistema penal, em contrapartida, o regime de detenção não poderá ser iniciado no regime fechado, sob pena de violar a individualização da pena.

Em todos os casos, todavia, nada obsta que aquele que esteja cumprindo pena de detenção e que esta seja insatisfatória, venha a ser levado ao regime mais severo. Os regimes penais, segundo Greco (2015, p. 234): “são impostos segundo as regras do art. 33, do Código Penal, que determina o regime inicial conforme o mérito do condenado, observando-se também a quantidade de pena imposta e a reincidência”.

Assim sendo, a depender do regime imposto respectivamente com a quantidade da pena imposta, bem como o comportamento do apenado é que se estabelece o local em que o apenado irá cumprir a pena. Segundo o Código Penal, a pena em regime fechado, em regra, será cumprida em estabelecimento fechado e de segurança máxima ou média, o semiaberto em colônias agrícolas, industrial ou estabelecimento similar e no regime aberto, o cumprimento da pena será em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Existe, ainda, o regime especial especificado no art. 37 do Código Penal que incide no cumprimento da pena por mulheres em estabelecimento próprio e adequado as suas necessidades. As penas devem ser cumpridas em lugares distintos cuja variação é de acordo com a diferenciação do crime praticado, da idade, o sexo do agente, determinação trazida na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLVIII.



Em todos os casos deve ser observado o início do cumprimento de pena estampado na Lei de Execução Penal, mais precisamente, em seu art. 110, combinado com o art. 33 e art. 59 ambos do Código Penal. O art. 110 dispõe que: “o juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal”. A fixação da pena é determinada pelo art. 59 do Código Penal.

Deste modo, disciplina o § 2º do artigo 33 do Código Penal que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva. Ademais, de acordo com entendimentos jurisprudenciais já sumulados, as penas privativas de liberdade não podem ser aplicadas de forma mais gravosa daquela da pena cominada pelo Código Penal, segundo entendimento do Superior Tribunal Federal por meio da Súmula 718, no qual destaca que “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”. De acordo com o Habeas Corpus 123432, Relator Min. Gilmar Mendes:

(...) 4. A invocação abstrata da causa de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificar como circunstância judicial do art. 59. 5. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 6. Aplicação das súmulas 440, 718 e 719. (HC 123432, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 30-9-2014, DJE 201 de 15-10-2014)

Ainda na mesma perspectiva, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 719, que prevê: para que haja a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada é necessária motivação idônea. O entendimento dessa Súmula é corroborado no RHC 128827, Rel. Min. Ricardo Lewandowski:

Na espécie, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, expondo, de modo inequívoco, as razões de convencimento do magistrado que o conduziram à fixação do regime inicial fechado. No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, ao que tudo indica, está em conformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como parece ter ocorrido. (...) verifico que a opção pela fixação do regime inicial fechado deu-se em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos, a meu juízo, autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso. (RHC 128827, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 21-2-2017, DJE 47 de 13-3-2017).

O Superior Tribunal de Justiça também editou a Súmula 440, no qual fixou o entendimento adotado na Corte quanto ao regime prisional. A súmula estabelece que, “fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso, com base apenas na gravidade do delito, corroborado pelo entendimento no HC 36112 RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 25 de junho de 2004”.

Destarte, é notável que tanto Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 440, quanto o Supremo Tribunal Federal, nas Súmulas 718 e 719, solidificam o entendimento de que a discricionariedade do magistrado quanto a gravidade do delito, não pode servir de parâmetro para elevar a pena, ou agravar o regime de cumprimento de pena do condenado.

Nesse contexto, a progressão de regime será executada de maneira progressiva com a transferência do apenado para o regime menos rigoroso, a ser apontado pelo magistrado, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior, mas para que isso ocorra, o condenado deverá ter bom comportamento, comprovado pelo diretor do estabelecimento. No caso de crimes hediondos, a progressão se dará quando o apenado tiver cumprido 2/5 da pena, em casos de primariedade. Já nos casos de reincidência, o cumprimento será de 3/5 da pena, nos termos da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).¹

Já a regressão de regime poderá ocorrer mediante uma conduta ilícita do apenado, sendo o oposto da progressão. A regressão está elencada no art. 118 da Lei de Execução Penal, transferindo o preso para um regime mais rigoroso. Além da progressão, tem ainda, a remição e a detração, que são formas de reduzir o período de encarceramento do condenado. Com relação a remição prevista no artigo 126 da Lei de Execução Penal, institui ao preso a probabilidade de reduzir a pena pelo trabalho ou estudo, descontando-se um dia de pena a cada três dias trabalhados e, em caso de estudo, a cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo em 3 dias.

Ainda é possível remir o tempo de encarceramento por meio da leitura, de acordo com a Recomendação n. 44 do Conselho Nacional de Justiça, cuja edição foi solicitada pelos

¹Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (BRASIL, 1940).



Ministérios da Justiça e da Educação, que pormenorizou o que venha a ser estudo, incluindo neste, a leitura, assim, pelo desempenho da atividade laborativa ou do estudo, o condenado resgata parte da reprimenda que lhe foi imposta, diminuindo seu tempo de duração. Todavia o magistrado poderá revogar até 1/3 do tempo remido, em caso de falta grave,

A detração está disposta no artigo 42 do Código Penal, sendo aplicada em qualquer regime e contribui para reduzir a pena privativa de liberdade e na medida de segurança, pois o período de permanecer preso durante o processo, devido a prisão preventiva, em flagrante, administrativa ou qualquer outra maneira de prisão provisória, deverá ser na pena final, conforme o artigo 387 do Código de Processo Penal.

Na conceituação feita por Delmanto (2016, p. 134), detração é o abatimento, na pena ou medida de segurança a ser executada, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado, seja no Brasil ou no exterior.

Todavia, em todos os casos de penalização em que houver a privatização da liberdade do indivíduo, cujo escopo é o de ressocializar, o apenado passará por avaliações que irá possibilitar a progredir de pena, visto que a pena privativa de liberdade sempre será temporária, não podendo ultrapassar 30 anos, é o que dita o art. 75 do Código Penal.

Haja visto que a regra deve ser a liberdade, mas se houve o cometimento de um ato ilícito, o criminoso deve sofrer uma sanção penal. É por esse motivo que foi necessária a criação da Lei de Execução Penal para dispor sobre as sentenças e criar condições para a harmonização e ressocialização do condenado.

3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA PRISIONAL

Para compreender A (in) Constitucionalidades do Regime Disciplinar Diferenciado é importante destacar os aspectos conceituais e normativos, conforme verá nos tópicos a seguir: a finalidade da pena, os princípios da Lei de Execução Penal, as assistências que faltam aos presos como assistência material, assistência a saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa na Execução Penal, mostrando a precariedade do sistema prisional.

3.1 A Finalidade da Lei de Execução Penal

Segundo o Código Penal, o autor de um crime deve ter mais de 18 (dezoito) anos e a capacidade de abranger o caráter do ato criminoso. Mas, não se pode esquecer que existem adolescentes infratores que não podem ser levados a prisão, e sim, para uma unidade com



medidas educativas, onde permanecem até completar 21 (vinte e um) anos, cumprindo uma medida socioeducativa em meio fechado ou meio aberto. Já o doente mental, segundo o ato praticado e a sua periculosidade, deve ser internado em instituição psiquiátrica, em prazo estabelecido para sair. (CAPEZ, 2017).

Zacarias (2006, p. 56) comenta que a Lei de Execução Penal foi criada para regulamentar o exercício da pena, isto é, para disciplinar o processo penal pós-sentença, a LEP elenca em seu artigo 1º que “a execução penal tem por objetivo efetuar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Também aborda sobre as formas de assistência, entre elas: a progressão de regimes, a assistência ao egresso e todas elas têm o objetivo de reintegrar o condenado a sociedade. A finalidade da pena é ressocializar o apenado e prepará-lo para o retorno ao convívio social.

Segundo Bitencourt (2017, p. 35), a finalidade da pena é ajustar condições para a harmonia e reintegração do preso à sociedade, no entanto, isso não ocorre e afirma que “a pena não ressocializa, mas estigmatiza”, uma vez que o sistema prisional não dá condições para que isso aconteça.

Nesse sentido, compreende-se que o objetivo maior da pena privativa de liberdade não tem se efetivado, o que tem provocado críticas de vários autores. A falência do sistema penitenciário é real e só é combatida por indivíduos que se preocupam com o recluso. A ressocialização do preso é a humanização da própria execução penal, porém, existem muitos problemas que necessitam ser combatidos para cobiçar esse remate. Nesta perspectiva, Camargo (2011, p. 54) versa sobre a necessidade de mudanças urgentes porque fere o princípio da dignidade humana.

Ressalta-se assim, que há vários problemas, porque chegou a ser crônico e de difícil solução, uma vez que exige investimentos financeiros elevados, além da efetiva vontade política e de respeito ao ser humano, uma vez que a sociedade esquece que os presos são seres humanos com direitos e garantias.

3.2 Princípios da execução penal

O princípio da igualdade ou isonomia está disposto na Carta Política de 1988, no *caput* do art. 5º, no qual delinea que “todos os indivíduos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ou seja, todos possuem igualdade de direitos.



O princípio da legalidade e anterioridade, para ser efetivo, deve cumprir com o objetivo de constituir quais são os comportamentos puníveis e as sanções a eles aplicadas. Deste modo, o legislador deve evitar ao máximo a utilização de termos vagos, equívocos ou ambíguos. Neste sentido, Almeida (2012, p. 39) relata que não existe crime sem uma lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal.

Bitencourt (2017, p. 40) destaca que o princípio da reserva legal é imprescindível, pois não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da ciência jurídica que obedece às exigências da justiça, que somente os regimes totalitários têm negado. Zacarias (2006, p. 101) explica que a execução penal interrompe a liberdade do preso, o entregando para a administração do presídio para que seja cumprida sua pena. Não se configura crime quando um ato não tem previsão legal. Logo, observa-se que só a norma que gera uma medida de segurança. Quanto ao princípio da anterioridade, Nucci (2015, p. 158) precipita que a lei apenas pode ser aplicada a um fato concreto, se tiver origem antes da prática do comportamento para a qual se destina.

Esses princípios são relevantes, mas o princípio da legalidade e da anterioridade, necessitam ser avaliados conectados para que assim, se crie uma regra após a prática da conduta, podendo aplicá-la aos fatos ocorridos antes de sua vigência para não violar a segurança que a norma penal concebe para a sociedade. Logo, exclusivamente a lei cria regras incriminadoras e estabelece a sanção penal.

Sarlet (2012, p. 62) explica que “o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito”. Está elencado no rol de Princípios Fundamentais da atual Constituição brasileira. No *caput* do art. 1º tem-se o conceito da República Federativa do Brasil, trazendo em seu bojo os fundamentos, que entre outros, está o da dignidade da pessoa humana.²

O Princípio da dignidade da pessoa humana está disposto não só na Constituição Federal, mas, também na Carta Universal dos Direitos Humanos no seu preâmbulo, com escopo de garantir uma série de direitos e deveres inerentes a proteção do ser humano. Ademais, Moraes (2012, p. 50) explica que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral, porque todo cidadão tem direito de ser respeitado. Logo, o texto da

²Art. 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:
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, Constituição Federal, art., 1º, inciso III).



Constituição consagra o respeito á integridade física e moral de um indivíduo, qualquer que seja ele e que tenha qualquer *status* social.

Ainda, segundo Moraes (2012, p. 51), acatar esse princípio é implantar a igualdade sobre o extremismo, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. Esse princípio também foi apreciado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 11, item 1: “toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”, e posteriormente, replicado na Constituição Federal. Prado (2014, p. 110) afirma que o homem deixa de ser considerado cidadão.

No entendimento de Almeida (2012, p. 41), a reiteração na prática criminosa não afere ao Estado o poder de atribuir uma pena mais gravosa em implicação da presunção de maior culpabilidade, periculosidade ou tendência a delinquir, pois essa medida é inquisitorial e discriminatória, afetando a dignidade humana. Portanto, esse princípio é difundido em todo sistema jurídico, sendo base para os outros princípios penais básicos. Depois, por exemplo, se existir transgressão a qualquer princípio provocará também uma avaria ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade é empregado para a correta adequação entre o ato criminoso e a resposta penal. Por isso, deve-se tipificar os delitos com uma avaliação entre o bem que é lesado e a gravidade da resposta penal. Nesse sentido, Bitencourt (2017, p. 42) explica que a resposta penal do Estado deve levar em importância o bem legal ofendido e a culpabilidade do réu ao cometer o ato ilícito. Assim, a adequação se vincula à suficiência de aproveitamento da pena pelo magistrado que cumpre de forma concreta adequada a sua gravidade e pelo legislador que institui penas proporcionais em abstrato. Logo, a proporcionalidade não pode ser vista como a equiparação da pena ao ato praticado, mas também, não pode ultrapassar a culpabilidade do agente pelo fato ocorrido.

O princípio da humanização prevê que as sanções instituídas e aplicadas pelo Estado, não podem lesar a categoria humana do condenado. Segundo Bitencourt (2017, p. 43), no sistema jurídico veda-se as penas cruéis e bárbaras, as penas degradantes e desproporcionais. Nessa perspectiva, a pena de morte é vedada no sistema jurídico brasileiro, exceto em caso de guerra declarada. Assim, verifica-se que não pode haver penas desumanas e prisão perpétua. Desse modo, o princípio da humanização reconhece que o homem é um ser humano e que precisa ser respeitado, pois não deve atingir a sua dignidade humana.

O princípio do contraditório e da ampla defesa atribui ao indivíduo que aplica a lei, nas ações processuais, que as partes possuem o direito de participar com igualdade de



condições, proporcionando argumentações e provas até que o magistrado chegue a uma conclusão. (LIMA, 2016, p. 19).

O princípio do contraditório e da ampla defesa é uma cláusula pétrea, elencada no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988, bem como sob a ótica dos direitos humanos, esse princípio garante que a todos é dado o direito de contradizer, de rebater aquilo que estão atribuindo a sua pessoa com escopo de se defender e o da ampla defesa assegura a plena defesa, fazendo uso dos meios e dos recursos a ele inerente, acentua ainda que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (OLIVEIRA, 2013, p. 76).

No entendimento de Di Pietro (2017, p. 367), pode ser dito que o princípio da ampla defesa se consubstancia no direito de as partes apresentar argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites processuais em que isso for possível. Há, assim, uma junção do princípio da ampla defesa com os princípios da igualdade e do contraditório.

Nas palavras de Mendes e Branco (2009, p. 345), o contraditório e a ampla defesa não se constituem em meras manifestações das partes em casos judiciais e administrativos, mas é, principalmente, uma pretensão a tutela. Portanto, estão inseridos nesta doutrina, o anseio à tutela jurídica, os direitos de informação, de manifestação e o direito em ver devidamente os seus argumentos.

O princípio da individualização da pena está assegurado no 5º artigo da Constituição Federal vigente, se fundamenta no princípio de justiça, o qual carece ter distribuição do que cabe a todo indivíduo, conforme as circunstâncias típicas do seu comportamento, que em objeto penal estabelece a aplicação da pena aos fatores materiais e particulares do crime.

O art. 29 do Código Penal dispõe que qualquer pessoa que cometer crime deve receber aplicação da pena na medida da sua culpabilidade e o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 destaca a individualização da pena, apontando um rol exemplificativo de quais medidas a lei poderá adotar, dentre elas: a restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa ou suspensão de direitos.

Nas palavras de Prado (2014, p. 117), a individualização da pena possui três estágios, legislativo (fixa a lei), judicial (afixa a pena) e executório (cumpra a pena), onde vincula esses poderes, sendo singulares e complementares. Entende-se, então, que devem ser avaliadas criteriosamente as particularidades do infrator, a gravidade do delito e as circunstâncias que o levaram a delinquir, haja vista que o magistrado tem poder-dever de aplicar a sanção mais adequada e suficiente para punir o réu, de acordo com o caso concreto dentro dos limites que a lei lhe confere.

3.3 A assistência aos presos na Lei de Execução Penal

A Lei de Execução Penal surgiu para promover a recuperação e reintegração social do transgressor de maneira positiva e assim, ainda tem como opção também o uso de penas alternativas à pena restritiva de liberdade em casos especiais para evitar as ameaças decorrentes do mundo do crime que se difundem no sistema carcerário. Zacarias (2006, p. 103) ainda relata que a LEP não se aplica a realidade do sistema carcerário atual, porque é aplicada de maneira parcial.

Ainda, segundo Zacarias (2006, p. 104), os artigos 10 a 27 da Lei de Execução Penal dispõe sobre as assistências que o preso deve possuir, mas a realidade dos presídios é totalmente diferente do que está descrito na lei. O preso em regime fechado tem direito à assistência material, à saúde, à assistência jurídica, educacional, social e religiosa. Nesse caso, se a assistência fosse garantida ajudaria no processo de ressocialização e recuperação do encarcerado. Lembrando que os artigos 25 a 27 da Lei de Execução Penal prevê sobre a assistência ao egresso, uma vez que o infrator deveria ser acompanhado no processo de reinserção social.

Albergaria (2014, p. 38) comenta que “preso deve ter assistência judiciária, porém, “a falta de assistência judiciária no estabelecimento penal é o principal fator de rebelião nos presídios”. A Lei de Execução Penal, em seus artigos 15 e 16 garantem a assistência judiciária gratuita, mas o que se vê são inúmeros presos passando mais tempo do que deveriam cumprindo sua prisão. Entretanto, surgiu em agosto de 2010, a Lei nº 12.313, no qual dispõe assistência jurídica ao preso dentro do presídio por meio da Defensoria Pública, uma vez que a LEP não previa assistência da Defensoria.

A assistência religiosa também pode ajudar na ressocialização e transformação do preso, conforme está disposto no artigo 24 da LEP em que o apenado tem liberdade de culto e é aceito de maneira satisfatória no sistema prisional brasileiro. Albergaria (2014, p. 40) também aborda sobre a assistência à saúde, no qual devido a superlotação dos presídios se torna um ambiente que se propaga várias doenças, inclusive as contagiosas como a tuberculose, Aids, doenças de pele dentre outras, podendo acarretar até mesmo transtorno mental dos detentos.



De acordo com a Lei de Execução Penal, artigo 14, o preso tem direito à saúde com atendimento médico, odontológico e farmacêutico, mas o que se vê é uma realidade totalmente diferente, uma vez que muitos presídios não dispõem desses serviços ou quando possui é muito precário.

Zacarias (2006, p. 113) comenta que os presos também devem ter assistência á educação, conforme dispõe o artigo 17 da Lei de Execução Penal. Mas, também existe carência, dificultando a recuperação e ressocialização do encarcerado, pois os presídios brasileiros são precários e não possuem estrutura para a formação profissional dos detentos. A maioria dos presidiários não concluíram o ensino fundamental, outros são analfabetos e poucos estudam. Portanto, percebe-se que a assistência ao preso está descrita na Lei de Execução Penal, mas não é cumprida em sua totalidade.

3.4 O sistema prisional brasileiro e sua precariedade

A aplicação das penas privativas de liberdade se restringe apenas às condenações de longa duração e aos condenados perigosos e de difícil recuperação, de forma a evitar os males provenientes do encarceramento. Greco (2010, p. 529) relata que “a aplicação da pena privativa de liberdade não deve ser aplicada em penas de curta duração”.

Bitencourt (2017, p. 169) relata que os presídios possuem inúmeros problemas, tais como: falta de respeito aos presos, a superpopulação carcerária, ausência de atividades laborativas, que provoca ociosidade nos detentos; o tráfico de drogas e armas, a corrupção de alguns agentes, que permitem a entrada de drogas e outros objetos proibidos em troca de dinheiro; além de abusos sexuais. Esses problemas demonstram a realidade dos presídios, revelando a dificuldade em se obter a reabilitação do condenado em face da situação ao qual é submetido, pois as prisões chegam a abrigar mais de trinta presos em uma única cela que na maioria das vezes possuem apenas 6 m², que são muitas vezes, escuras, fétidas, imundas, etc.

Neste contexto, Bitencourt (2017, p. 170) menciona que os presos não possuem instalações sanitárias adequadas, sem banho de sol, sem direito à visita, no qual tem tratamento médico e odontológico precários, violência sexual entre outros. Nesta passagem revela-se que a realidade das instituições carcerárias é a completa falta de respeito à dignidade da pessoa humana, que como exposto impede qualquer tentativa de recuperar e ressocializar um delinquente. Sem contar, que a prisão ocasiona revolta nos detentos devido ao tratamento injusto e degradante que recebem, o que acaba provocando a reincidência quando saem dos presídios, pois acabam cometendo mais crimes e entrando em um ciclo vicioso.



A superlotação dos presídios é um dos problemas que mais atinge o sistema prisional brasileiro. Zacarias (2006, p. 115) explica que o número de presos é maior que o de vagas e isso contribui para a situação degradante das prisões brasileiras, sendo responsável pelo agravamento dos diversos problemas existentes.

Compreende-se que a superlotação dos presídios prejudica os presos e afeta qualquer tipo de desenvolvimento no sentido de ressocializar devido às más condições do ambiente, bem como a falta de ventilação, de iluminação e a falta de higiene. Nesse contexto, Rabelo (2015, p. 2) relata:

Há alguns dias, o senhor Livingsthon José Machado, juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, região Metropolitana de BH, determinou a soltura de 36 presos sob o entendimento de que inexistiam condições locais para o encarceramento dos indivíduos, ante a superlotação e riscos de transmissão de doenças infectocontagiosas entre os presos.

Essa decisão do magistrado gerou polêmica na mídia e no campo jurídico, provocando, inclusive, o afastamento desse juiz pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Assim, ficou demonstrada a precariedade dos presídios e o desrespeito a dignidade da pessoa humana.

Rodrigues (2011, p. 167) menciona que é preciso reduzir a população prisional por meio da prática de uma política deflacionária na aplicação da pena de prisão, destacando que a aplicação dessa espécie de pena deve se restringir aos crimes mais graves. Desta forma, compreende-se que a redução populacional das prisões é necessária, uma vez que é evidente a dificuldade em cumprir as finalidades da pena.

Por fim, para que as finalidades da pena sejam cumpridas com eficácia, é necessário que a Lei de Execução Penal seja bem aplicada e que o Estado melhore as condições dos presídios, assim como certas aplicações de institutos que podem ser considerados inconstitucionais, como o Regime Disciplinar Diferenciado que será explicado no próximo capítulo.

4 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Este capítulo pretende responder a problemática da pesquisa, que tem a seguinte questão norteadora: A implantação do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado coaduna-se com os dispositivos constitucionais e princípios dos direitos humanos previstos na Constituição vigente?



Por isso, versa acerca da origem histórica do RDD, sua definição, características, hipóteses de cabimento, procedimento de inclusão e a (in) constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

4.1 Origem Histórica

Desde os tempos remotos, os indivíduos que descumpriam as ordens no aprisionamento cautelar eram castigados, apesar de que não havia a privação da liberdade em caráter de sanção. Apenas na metade do século XVI, que o encarceramento passou a ter natureza de sanção penal. (PRADO, 2014, p. 527).

Em Roma, também mantinha a prisão por dívida. Segundo Jesus (2013, p. 134), ao longo da existência humana surgiram várias legislações com o objetivo de esclarecer as penalidades atribuídas a cada infração por elas previstas, um exemplo é o Código de Hamurabi.

Chiaverini (2009) menciona que as prisões eram utilizadas nos casos de dívida, corrupção, rebelião de escravos, etc. O Egito aplicava a prisão para punir, as penas cruéis eram evitadas. Já na época da vingança pública, a pena não era mais aplicada por sacerdotes e sim, por suseranos.

No Direito grego, Camargo (2011) relata que houve três tipos de prisões, no qual a primeira mantinha os indivíduos presos para prevenção de novos delitos, a segunda se destinava para as pessoas que necessitam se recuperar e não funcionava como punição, e a terceira, era designada para punir, no qual os criminosos deveriam ficar presos por cometerem delitos mais graves.

Chiaverini (2009) comenta que os prisioneiros eram completamente isolados. Logo, tinha a função de assegurar a aplicação da punição por morte ou disputa em uma arena. Na Grécia, também eram presos por não pagarem dívidas. Bitencourt (2017, p. 76) explica que no ano de 1776 foi fundado o primeiro presídio americano pensilvânico, se chamava *Walnut Street Jail* e foi idealizado por cidadãos da Filadélfia chamados *quakers*. Os encarcerados não foram isolados totalmente, os de baixa periculosidade eram sustentados em celas conjuntas, no qual vigorava o silêncio. A religião foi essencial para programar e sustentar esse sistema. O isolamento e o silêncio foram o alicerce da proposta celular.

Bitencourt (2017, p. 82) explica que esse sistema sofreu várias críticas devido a severidade de seu isolamento, pois muitos estudiosos da época acreditam que impossibilitava



a readaptação social do condenado e também era considerado desumano, pois feria o sentimento moral e social do encarcerado. Não havia práticas de esportes, nem a presença da família e tampouco o aprendizado escolar. Desse modo, esse modelo foi exterminado, porém algumas de suas ideias perduram até hoje, como o completo isolamento de presos perigosos e até mesmo como forma de sanção disciplinar nos presídios como no Regime Disciplinar Diferenciado.

A prisão de Auburn estabeleceu um novo sistema, com o capitão Elam Lynds que a gerenciou. Nesse sistema, a preocupação era com a obediência do encarcerado, com a segurança máxima do presídio e com o trabalho do preso, mas também havia a lei do silêncio. No entendimento de Bitencourt (2017, p. 84) comenta que para um sistema eficaz, primeiro, houve o isolamento completo dos presos incorrigíveis. Mas veio o fracasso e com isso, muitos presos enlouqueceram, morreram ou receberam o perdão, porém, essa experiência foi abdicada no ano de 1824.

Nas palavras de Nucci (2015, p. 140), enquanto esse sistema perdurou, liberou-se o trabalho noturno e os presos só conversavam com os guardas quando era necessário e permitido. O trabalho foi visto como poder de transformação do detento.

Bitencourt (2017, p. 85) menciona que esse sistema não se preocupava com a ressocialização do delinquente, apenas buscava o controle e o domínio sobre o preso para torná-lo obediente por influências militares, porque havia disciplina. Os enjaulados eram punidos através do castigo físico, porque era a única forma de manter a ordem e o caráter pedagógico da pena, que servia como método de transformação do criminoso. Finalmente, conclui-se que o Sistema Auburniano foi desenvolvido por motivações econômicas, pois o detento mantinha contato social por meio do trabalho.

Ainda se tratando do tratamento da pena e da disciplina dos presos, há o sistema progressivo que surgiu na Europa, na colônia penal de Norfolk, em 1840. Bitencourt (2017, p. 82) explica que esse sistema foi idealizado pelo Capitão Alexander Maconochie, tendo mais exposição na Inglaterra, no qual o capitão dividiu em três períodos: “isolamento celular diurno e noturno, trabalho em comum sob a regra do silêncio e a liberdade condicional”.

Oliveira (2013, p. 83) ainda comenta que nesse período, a pena privativa de liberdade se espalhou rapidamente e atingiu seu ápice quando os sistemas celulares e auburniano foram superados pela adoção do regime progressivo. Esse sistema é o mais utilizado e é o que o Brasil adotou. Quando os condenados tinham bom comportamento e rendimento no trabalho havia a diminuição da pena assim, como acontece atualmente.

De acordo com Bitencourt (2017, p. 98), a penitenciária de São Paulo foi inaugurada



em 1920, no bairro do Carandiru. Foi um marco na evolução das prisões, pois foi considerada por vários estudiosos e juristas como o lugar modelo de regeneração. Acreditava-se que tudo de moderno se encontrava lá como oficinas, enfermarias, segurança e escolas para abrigar 1.200 presos.

Bitencourt (2017, p. 99) comenta que na história das prisões brasileiras houve outra construção, localizada também no Carandiru. A Casa de Detenção de São Paulo inaugurada em 1956, abrigou mais de oito mil presos, enquanto sua capacidade era de apenas cerca de três mil e duzentos. Ela era para abrigar presos à espera de julgamento, mas também, passou a abrigar condenados. Ficou conhecida mundialmente pela miséria de seu interior e pela extensa coleção de revoltas, fugas e episódios de desmando e violência, sobretudo o massacre dos 111 (cento e onze) presos em 1992, pela Polícia Militar.

Ainda, segundo Bitencourt (2017, p. 100), a Casa de Detenção foi desativada em 2002, com a transferência de sete mil presos para onze novos presídios menores e longínquos. Desde 1977, começou a prevalecer que a prisão deveria ser reservada para crimes mais graves e indivíduos perigosos. A Reforma Penal de 1984 criou outras medidas de penas alternativas.

O Projeto de Lei nº. 5.073/01, com o intuito de combater o crime organizado, originou a Lei nº. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, do Regime Disciplinar Diferenciado, no qual modificou o artigo 52 da Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, que trata das faltas disciplinares. O Regime Disciplinar Diferenciado foi uma medida criada devido aos graves fatos delituosos provocados por facções criminosas, ocorridos no estado de São Paulo em fevereiro de 2001, que ocasionaram uma mega rebelião, comprometendo 29 unidades prisionais, estarrecendo o governo e a sociedade pelo alto nível de organização das facções criminosas, fato esse que motivou o Poder Executivo Federal a incluir o Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal – LEP, que é uma modalidade de sanção disciplinar mais gravosa, pois isola o detento em cela individual quase que integralmente e é previsto para presos que cometem alguma das faltas consideradas graves, (art. 53, V, LEP).

Segundo Nucci (2015, p. 1011), é conhecido como uma sanção rígida, uma vez que se trata de aplicação de pena mais rigorosa ao se comparar com o regime comum. É aplicado para condenados envolvidos com crime organizado, quadrilhas e que cometem faltas graves, ou trazem riscos para a segurança do presídio e da sociedade, como será explicado a seguir.

4.2 Características



As características do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) estão elencadas no art. 52 da Lei de Execução Penal³, incisos de I a IV, que segundo Nucci (2015, p. 1010), prevê:

Duração máxima de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol, porém sem manter contato com outros presos e também não terá direito a visitas íntimas.

Vê-se que a natureza jurídica do RDD é a sanção para disciplinar os presos. Desta maneira, haverá ordem no presídio, uma vez que é apenas, um regime disciplinar. Então se o preso cometer alguma falta grave, como ocasionar rebeliões, perversão da ordem e da disciplina internas, que podem ocasionar a insegurança no presídio ou no meio social cumprirá esse regime. (NUCCI, 2015). Evidencia-se o uso de algumas expressões vagas como “falta grave”, “subversão da ordem”, “fundadas suspeitas”, dando margem à ambiguidade na interpretação, possibilitando o cometimento de arbitrariedade do Poder Público.

O art. 53⁴ da LEP trata das sanções que podem ser impostas aos presos como, advertência, repreensão, suspensão de direitos, isolamento e ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado. Vale lembrar que tanto o preso provisório quanto o preso condenado podem ser impostos a esse regime.

A respeito do preso provisório, a teor do art. 311 do Código Processo Penal de 1941

³Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - recolhimento em cela individual; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

⁴Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 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 regimedisciplinar diferenciado.



tem-se a prisão preventiva. É uma medida cautelar que pode ser decretada, pelo juiz, a qualquer momento para assegurar a finalidade útil do processo criminal. Logo, a prisão preventiva somente será decretada, pelo magistrado, caso estejam presentes seus requisitos legais, ocorram os motivos autorizadores e nenhuma outra medida cautelar diversa da prisão supra a necessidade existente. (LIMA, 2016, p. 898).

A prisão preventiva se fundamenta na ocorrência dos pressupostos, coexistindo pelo menos uma das circunstâncias descritas no art. 312, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Tais circunstâncias são tidas como *periculum libertatis* ou *periculum in mora* que consiste, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 905), “[...] como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social”. Assim, a liberdade do suspeito deve ser um empecilho para a efetividade da investigação criminal ou para as demais fases do processo.

Portanto, a prisão preventiva é uma medida que visa assegurar a sociedade, a aplicação da pena e a investigação criminal. Logo para garantia da ordem pública é necessário que haja a previsão provisória. Alguns doutrinadores questionam sobre o Regime Disciplinar Diferenciado ser inconstitucional para os presos em preventiva, mas isso será explicado, posteriormente. Nesse momento será falado sobre as hipóteses de cabimento.

4.3 Hipóteses de Cabimento e procedimento de inclusão

O Regime Disciplinar Diferenciado é considerado uma sanção disciplinar rigorosa. Os presos que estão sob medida de segurança não podem ser disciplinados por meio desse regime. Essas sanções têm três hipóteses de cabimento, cuja primeira é estabelecida para os condenados que praticam crime doloso porque o condenado pode apresentar risco para a segurança do presídio. Esse tipo de conduta é chamado de Regime Disciplinar Diferenciado punitivo. (BITENCOURT, 2017, p. 523).

A segunda hipótese trata do regime supracitado ser aplicado para os condenados custodiados que mantém alto risco de criar desordem e insegurança no presídio e até para a sociedade. Quanto a terceira hipótese diz respeito à aplicação do RDD para os encarcerados que fazem parte de facção criminosa. Esse tipo de regime é denominado cautelar. Portanto,



para a sua aplicação é necessário observar as regras que o art. 54⁵ da LEP dispõe. (NUCCI, 2015, p. 1012).

De acordo com Bitencourt (2017, p. 524), para que o Regime Disciplinar Diferenciado seja aplicado é necessário que o administrador da unidade prisional faça um requerimento circunstanciado e o encaminhe para o magistrado da execução penal conhecer o comportamento do preso e a realidade do presídio para tomar qualquer decisão. Apesar de que o Ministério Público pode tomar essa decisão, uma vez que é um órgão fiscalizador da execução da pena.

Há muita discussão sobre essa conduta que não está pacificada, porque o termo, além do diretor do presídio, pode ser aplicado por outra autoridade administrativa, que não ficou clara na lei em quem seria. Logo, para garantir os princípios do contraditório e da ampla defesa, antes de conferir ao preso o Regime Disciplinar Diferenciado, o magistrado deve escutar o Ministério Público e o advogado de defesa do preso, para definir em 15 (quinze) dias se o RDD deve ser ou não aplicado. Se houver urgência na aplicação devido ao comportamento do encarcerado, a administrador pode aplicar ao preso o isolamento por dez dias, enquanto aguarda a decisão do juiz, segundo prevê o art. 60 da LEP. (NUCCI, 2015, p. 1012). Portanto, essas condutas do administrador e do magistrado geraram muitas divergências com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que será estudado a seguir.

4.4 O princípio da dignidade da pessoa humana e o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Está elencado no rol de Princípios Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. No *caput* do art. 1º, inciso III, tem-se o conceito da

⁵Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)



República Federativa do Brasil, trazendo em seu bojo os fundamentos, que entre outros, está o da dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Dignidade da pessoa humana está disposto não só na Constituição Federal, mas, também na Carta Universal dos Direitos Humanos no seu preâmbulo, com escopo de garantir uma série de direitos e deveres inerentes a proteção do ser humano. O disposto no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) aduz que:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.

De forma geral e simplificada, a dignidade da pessoa humana é tudo aquilo que deve ser protegido para e por qualquer pessoa para que esta tenha as condições mínimas de viver de maneira plena e satisfatória, nesta linha, corrobora Moraes (2012, p. 50) que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral, porque todo cidadão tem direito de ser respeitado. Prado (2014, p. 110) afirma que:

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Verifica-se assim, o deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.

No entendimento de Almeida (2012), a reiteração na prática criminosa não afere ao Estado o poder de atribuir uma pena mais gravosa em implicação da presunção de maior culpabilidade, periculosidade ou tendência a delinquir, pois essa medida é inquisitorial e discriminatória, afetando a dignidade humana.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é difundido em todo sistema jurídico, sendo base para os outros princípios penais básicos. Depois, por exemplo, se existir transgressão a qualquer princípio provocará também uma avaria a esse princípio. E no caso do Regime Disciplinar Diferenciado, muitos doutrinadores consideram que esse fere o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja explicação será discutida no próximo tópico, no qual se discute a (in) constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

4.5 A (in)constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

Existem muitas divergências quanto à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, no qual se destaca as correntes dos doutrinadores favoráveis e daqueles contra. A corrente de doutrinadores que afirmam que esse regime é inconstitucional se fundamenta na afronta a diversos princípios constitucionais, inclusive o da dignidade humana, o da igualdade e o princípio da humanidade da pena, uma vez que trata o encarcerado de uma maneira cruel e desumana, pois além de permanecer isolado por vinte e duas horas, sua saída para banho de sol e visitas semanais tem a duração, somente, de duas horas, assim como recebe a visita de duas pessoas e as crianças não estão incluídas. Esse regime pode durar até 360 dias sem prejuízo de sua repetição. (BUSATO, 2015, p. 140).

Entre os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado estão Gonçalves (2005), Nucci (2015), Bortolotto (2013), Mirabete (2012) e Barros (2011), pois acreditam que não violam o princípio da dignidade da pessoa humana porque só é aplicado se houver necessidade, ou seja, se o encarcerado criar desordem, ou rebelião no presídio, ou ainda, causar insegurança para a sociedade. Além disso, diversos juristas declaram ser constitucional por ter que dar tratamento diferenciado para os presos mais violentos como forma de castigá-los.

Capez (2017) afirma que o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado para combater o crime organizado, também entende que a disciplina deve ser aplicada para os criminosos para que haja ordem no presídio e o princípio da proporcionalidade é utilizado na proporção que há ofensa à sociedade, no caso a ausência de segurança, por isso a conduta do encarcerado deve ser ponderada pelo bem dos interesses da sociedade.

Nucci (2015, p. 1020) destaca que a segurança da sociedade e de outros presos deve alcançar a coletividade, porque se o preso é de alta periculosidade não deve ter o mesmo tratamento que um encarcerado comum, e sim, ter um tratamento diferenciado e disciplinar. Inclusive afirma que existe uma contradição, pois os presos já vivem em condições precárias nos presídios, porque falta assistência médica, odontológica, são misturados presos provisórios com os condenados, as celas estão superlotadas, entre outros problemas que afetam esse setor.

Nas palavras de Nucci (2010, p. 1022), se as leis do país (CP e LEP) fossem eficazes, a criminalidade deveria ter diminuído e não seria organizado, o que evitaria utilizar o instituto



do Regime Disciplinar Diferenciado. Observe a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no qual surgiu conflito de competências, *in verbis*:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. PRESO EM PRESÍDIO FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA. INCLUSÃO/EXCLUSÃO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. FATO DECORRENTE DO APURADO NO PROCESSO DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL QUE DETERMINOU A INCLUSÃO NO SISTEMA DE SEGURANÇA MÁXIMA. (STJ - CC: 155008 AM 2017/0267535-3, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 22/11/2017, S3 - Terceira Seção. Data de Publicação: DJe 27/11/2017).

Os magistrados compreenderam que o preso não deveria entrar no Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que ainda não se encontrava na prisão de segurança máxima, mas em outro presídio que não era de competência do Juízo Federal, por não estar localizado no mesmo lugar que o preso.

Outra decisão proferida acerca da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça foi no HC nº 383757 / SP, no ano de 2016, quando o condenado participou de rebelião e houveram duas mortes de presos, mesmo negando o seu envolvimento, os magistrados entenderam que ele deveria ser penalizado com o Regime Disciplinar Diferenciado, embora a defesa tenha alegado inconstitucionalidade, foi reconhecida falta grave e assim, foi fixado o Regime Disciplinar Diferenciado no prazo de 30 dias e que deveria ter acompanhamento psicológico e psiquiátrico, enquanto estivesse sobre esse regime. Em outra situação, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA. (Superior Tribunal de Justiça, HC 40300/RJ, HABEAS CORPUS, 2004/0176564-4, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 2006).

Nesse julgado houve o entendimento que o Regime Disciplinar Diferenciado deveria ser instituído, uma vez que se tratava da desordem, por meio de rebeliões comandadas por líder de facção criminosa e se baseou no princípio da proporcionalidade, porque houve mortes e fugas.

Com relação aos doutrinadores que consideram o Regime Disciplinar Diferenciado inconstitucional, entre eles: Bitencourt (2017), Silva e Silva Neto (2012), Mesquita Júnior (2010), Moura (2007), Távora (2010), afirmam como alegações, que a Constituição Federal proíbe tratamento cruel, degradante e tortura, assim como Tratados Internacionais de Direitos



Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros tratam que o RDD não garante a sanidade do prisioneiro, se houver uma sanção com duração excessiva em celas minúsculas, onde nada é permitido, sendo vedado qualquer outro meio de comunicação como livros, esportes e convívios com os demais detentos, ou seja, o preso passa 22 horas com o único propósito de sobreviver isolado dentro de uma cela. Inclusive houve a criação da Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 10 de agosto de 2004, que trata sobre isso.

Para Nestor Távora são inúmeras as conseqüências para o preso submetido ao RDD:

Já quanto às conseqüências da submissão ao RDD, percebemos que o ideal ressocializador, ressaltado pelo art. 1º da LEP, foi esquecido. O RDD peca por imprimir ao infrator uma sanção estática, onde nada é permitido, leitura, esportes, trabalho, jogos etc. Trava-se uma luta psicológica para não enlouquecer, pois o tempo é paralisado como forma de matizar o criminoso (TÁVORA, 2010, P. 1217).

De acordo com a afirmação de Nestor Távora podemos constatar que o preso tem um tratamento degradante no isolamento celular, onde nada é permitido, causando uma morte social do condenado, violando as Regras Mínimas das Organizações das Nações Unidas-ONU, para o tratamento de Presos, documento esse também conhecido como Regras de Mandela, que proíbem expressamente o confinamento solitário indefinido ou prolongado como sanção disciplinar (Regra 43), e ainda segundo a regra 45, é vedado o confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos, sendo o RDD possível de 360 dias sem prejuízo de sua repetição, excedendo em 24 vezes o tolerado na regra 45, do tratado da ONU do qual o Brasil é signatário.

Ainda no caso do preso provisório, ao submetê-lo ao Regime Disciplinar Diferenciado sem que haja um julgamento definitivo, fere o princípio da presunção de inocência, conforme aduz a Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, LVI. Para Nestor Távora para submeter ao RDD o preso provisório “que pela prática de crime doloso, materializando a falta grave, sem o julgamento definitivo da infração, fere de morte a presunção de inocência”. (TÁVORA, 2010, p.1217).

Esses doutrinadores, ainda, destacam que os presos submetidos a esse regime pode ter transtornos psicológicos e psiquiátricos, ferindo a dignidade da pessoa humana. A possibilidade de reaplicar a pena até um sexto da condenação é degradante. Esse tipo de



medida para repreender e conter a desordem e a insegurança não deveria ser utilizada, pois existem outras maneiras de disciplinar os presos e conter rebeliões. (BORTOLOTTI, 2013). Logo, para manter a ordem e a segurança do presídio foi necessária a aplicação do instituto Regime Disciplinar Diferenciado.

Outro agravante é que se houver desconfiança de algum comportamento de presos, esse regime pode ser solicitado, sendo que necessita de provas para sua determinação e desrespeita a integridade física e moral dos presos. (SILVA; SILVA NETO, 2012).

Um fator agravante é quando se aplica o Regimento Disciplinar Diferenciado quando os doutrinadores e juristas afirmam que o encarcerado é um ser perigoso, ou que cometeu falta grave e muitas vezes, nem existe essa comprovação, caracterizando o Direito Penal do Inimigo. (BITENCOURT, 2017).

O Direito Penal do Inimigo, segundo Jakobs (2007), trabalha dentro de uma visão diferenciada em relação ao chamado direito penal do cidadão. Suas características são: adiantamento da punição, previsão de penas extremamente altas, flexibilização de determinados direitos e garantias individuais, como demonstra o Regime Disciplinar Diferenciado, afastando o criminoso do convívio com outros presos. E ainda de acordo com a concepção de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo não se trata de um direito propriamente dito e sim, de uma coação a quem coloca em risco a paz e a ordem social, desprezando princípios constitucionais de direitos humanos. O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por não ver no delinquente alguém que mereça ser respeitado, mas um perigo iminente para o Estado, no entanto, aqueles que são extremamente perigosos não precisam ter seu direito à dignidade humana respeitados, infringindo assim vários princípios constitucionais.

Gunther Jakobs (2007) sustentou a coexistência de duas modalidades do Direito Penal, que é o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. O direito penal do cidadão está direcionado aqueles que não quebraram o contato social. Já o direito penal do inimigo é definido para aqueles que quebraram o contato social e cometeu um delito, esses são vistos como inimigos e devem ser afastados do convívio social, ou seja, devem sofrer a pena, serem punidos e só podem voltar a ter contato social se houver arrependimento e interesse em mudar, em ser um cidadão de bem.

A culpa dessa teoria fazer parte do Regime Disciplinar Diferenciado é do Estado. (NUCCI, 2015). Jakobs (2007) considera o inimigo como uma pessoa que não pode ser respeitada, porque violou as normas e precisa ser castigada, não podendo ter contato social, pois poderá prejudicar outras pessoas. Por exemplo, um bandido que rouba, volta a roubar e às vezes, até a matar precisa ser penalizado, ser mantido em cárcere. Dessa forma, os



doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade entendem que o Direito Penal não é para fim, mas para reintegrar o preso a sociedade. E se o condenado não tem boas condições de vida no presídio, a execução penal não terá seu efeito de ressocialização. (BITENCOURT, 2017).

A corrente de doutrinadores, que defende a inconstitucionalidade, afirma que o Regime Disciplinar Diferenciado aplica a Teoria do Direito Penal do Inimigo, pois consiste em apontá-lo como totalitário e contrário ao Estado de Direito. O direito penal do inimigo prega que alguns indivíduos devem ser extirpados do direito da pena, não devendo, serem vistos como pessoas na comunicação, não sendo possível dialogar com eles por intermédio da pena. Portanto, o direito penal do inimigo se volta à eliminação de um perigo, embora não exclua a possibilidade do Estado assim, os considerar. A punibilidade se ocupa de punir fatos futuros, ao invés do atual ou do passado, como a sociedade espera.

Mesquita Júnior (2010) afirma que o Regime Disciplinar Diferenciado fere o princípio da humanidade, da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Toda sanção penal necessita ser criada com adequação social e não para satisfazer o ego das pessoas. Mas para ressocializar, respeitando os princípios da execução penal e constitucionais. Observe o Parecer nº 2735/2016 declarado em relação a jurisprudência do *Habeas Corpus*:

Ministério Público do Estado da Bahia
Procuradoria de Justiça Criminal
Processo nº. 0003899-35.2016.8.05.0000 – Habeas Corpus
Origem: Valença – BA
Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma
Paciente: U. S. S. S.
Impetrado: Juiz de Direito de Valença – 1ª Vara Criminal
Relator: Desembargador Nilson Soares Castelo Branco
Tratam os presentes autos de um pedido de habeas corpus visando a desinternação do paciente, acima epigrafado, do regime disciplinar diferenciado. Alega que a decisão que determinou a sua permanência no Conjunto Penal de Serrinha, penitenciária destinada ao cumprimento de regime disciplinar diferenciado, não foi fundamentada, bem como aduz a ausência de instauração de procedimento disciplinar ou inquérito policial para apurar a veracidade dos fatos a ele imputados.

O procurador Rômulo de Andrade Moreira elaborou o parecer destacando a inconstitucionalidade do RDD, por ser ineficaz, ferir princípios que necessitam ser resguardados, como a dignidade da pessoa humana, legalidade, humanização e da igualdade. Também destaca que não havia provas que mostrassem que o apenado cometeu falta grave ou crime doloso. Assim como, a legislação brasileira não admite tortura ou penas cruéis. Em



decisão, o juiz acatou a inconstitucionalidade. Em outro julgado do Tribunal Federal da 3ª Região também foi considerada a inconstitucionalidade, como se pode observar:

HABEAS CORPUS. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA A PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE - MS. DECISÃO FUNDAMENTADA. PACIENTE SUBMETIDO AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. AUSÊNCIA DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO RDD. DISCUSSÃO INCABÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA. (TRF-3 - HC: 10234 MS 2008.03.00.010234-6, Relator: Juíza Convocada Eliana Marcelo, Data de Julgamento: 19/05/2008, Quinta Turma)

O pedido de inconstitucionalidade foi negado, uma vez que ficou comprovado que o preso é perigoso e poderia ser resgatado, já que o indivíduo faz parte da facção criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Deste modo, ao verificar diversas decisões se vê que o tema ainda não está pacificado, porque há decisões que demonstram a inconstitucionalidade frente aos princípios constitucionais e da execução da pena. (CAPEZ, 2012)

Embora, grande parte dos tribunais considerem que o Regimento Disciplinar Diferenciado é constitucional, quando o preso comete falta grave necessita ter um castigo diferenciado. Mas a corrente que defende a inconstitucionalidade alega que é severo e que causa desastres na vida do apenado, porque uma pessoa presa em isolamento por 360 dias, podendo ter a pena repetida em até 1/6 pode ter sérios problemas psicológicos e psiquiátricos. Portanto, esse instituto deveria ser melhor analisado pelo legislador e pelos juristas, no sentido de respeitar os princípios do Estado Democrático do Direito brasileiro.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa versou acerca da “(In) Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado”, no qual a introdução apresentou o assunto a ser pesquisado, juntamente com seu objetivo geral que foi desenvolver um estudo crítico e detalhado sobre o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, abordando aspectos pertinentes aos princípios norteadores dos direitos humanos constitucionais, bem como as garantias e tratados internacionais do qual o Brasil faz parte.

Nos objetivos específicos foi demonstrado o breve histórico das penas, suas teorias, espécies e os regimes penais que são empregados no ordenamento jurídico brasileiro. Assim como, explanou acerca da Lei de Execução Penal, sua finalidade e princípios, observando a precariedade do sistema prisional brasileiro e apontou a compreensão doutrinária, principiológica e jurisprudencial sobre a (in) constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, bem como as hipóteses de cabimento.

A aplicação da pena no Brasil deve observar os princípios fundamentais relatados durante a pesquisa na Constituição Federal de 1988, bem como os princípios da execução das penas. Viu-se que o objetivo da pena é medir a segurança durante o processo de execução penal.

Acredita-se que a punição é uma forma de recuperar indivíduos. Assim, o encarceramento é visto como um dos princípios essenciais da pena de prisão, pois a reclusão total do indivíduo o impede de ter liberdade e de ter contato com a sociedade civil, bem como também impede que os prisioneiros tenham novo contato com as motivações que os levaram a delinquir.

Percebeu-se a evolução do sistema prisional para a garantia da ordem pública, que com o passar dos anos foi evoluindo e trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro mais regulamentação, criação de normas, que vieram para ajudar a apurar os fatos, acusar e prender uma pessoa, surgiu assim, o inquérito policial, a prisão preventiva, instrumentos que vieram contribuir para a garantia da ordem jurídica, bem como os estabelecimentos penais.

A pesquisa que embasou essa monografia foi realizada através do método dialético, muito utilizado na área acadêmica e que proporcionou uma discussão entre os doutrinadores e magistrados do Direito, no qual se fez uma pesquisa bibliográfica e utilizou como principais meios: a Constituição Federal de 1988, livros, revistas, artigos, o Código de Processo Penal, o Código Penal, a Lei de Execução Penal e outras leis pertinentes ao tema.

O tema foi relevante porque proporcionou conhecimento de doutrinadores e de



jurisprudências, o que demonstrou ser um assunto muito debatido, principalmente devido as divergências e conflitos que causa.

Quanto a problemática da pesquisa, perguntou: A implantação do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado coaduna-se com os dispositivos constitucionais e princípios dos direitos humanos previstos na Constituição vigente?

A resposta é não, porque o Regime Disciplinar Diferenciado fere o princípio da dignidade humana, da humanidade da pena, da igualdade e da legalidade. Além dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, pois dizem que o Regime Disciplinar Diferenciado não garante a sanidade do prisioneiro e que a sanção com duração excessiva em celas minúsculas afeta o psicológico dos encarcerados.

Efetivamente há uma inversão na interpretação da Constituição por parte do legislador, que ao instituir o RDD, pouco se preocupou com os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Carta Magna além de Tratados Internacionais, uma vez que, no caso em questão, a Constituição vem sendo interpretada a luz da legislação infraconstitucional e não o contrário como deve ser.

Embora, haja vários questionamentos e discussões, considera-se que o Regime Disciplinar Diferenciado, até o momento, não é um tema pacificado, porque alguns magistrados entendem que é constitucional, assim como o Supremo Tribunal Federal. Mas nas análises jurisprudenciais, viu-se que o Superior Tribunal de Justiça, ora entende que é constitucional, ora inconstitucional.

Assim como há doutrinadores que defendem a constitucionalidade, alegando que o preso necessita ter um tratamento diferenciado por falta grave, enquanto outros relatam sua inconstitucionalidade por entenderem que ferem os princípios constitucionais e alguns princípios basilares da execução da pena. Além de utilizar a Teoria do direito Penal do Inimigo, cujo criminoso é visto como um inimigo despersonalizado de seus direitos e garantias.

Por fim, insta salientar que a presente pesquisa tem por finalidade apenas propor reflexões que possibilitem indagações e debates, trazendo concepções doutrinárias e jurisprudenciais contrárias e favoráveis sobre o tema. Dessa forma, não se almeja apresentar uma saída para toda a controvérsia, que aliás, perdura há anos.



REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência Criminal, Reflexões dogmáticas e criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de, **Direito Penal: parte geral**. 9 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 13. ed. São Paulo. Edipro, 2013.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. – 19 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORTOLOTTI, Gilmar. **Regimes diferenciados, igualdades e individualização**. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235> Acesso em: 5 de maio de 2020.

_____. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez.1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 1 de abril de 2020.

_____. Código Penal. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://edutec.net/Leis/Gerais/cpb.htm> > Acesso em: 1 de abril de 2020.

_____. **Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003** (Altera a Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n o 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm%3E.> . Acesso em: 17 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Institui a Lei de Crimes Hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm > Acesso em: 3 de maio de 2020.



_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 3 de maio de 2020.

_____. Ministério Público do Estado da Bahia. Procuradoria de Justiça Criminal. **Parecer nº 2735, de 21 de novembro de 2016**, declarado em relação a jurisprudência do Habeas Corpus. Processo nº. 0003899-35.2016.8.05.0000. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma. Paciente: U. S. S. S. Impetrado: Juiz de Direito de Valença – 1ª Vara Criminal. Relator: Desembargador Nilson Soares Castelo Branco. p. 21 Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/131088510/doespr-caderno-normal-executivo-21-11-2016-pg-21>> Acesso em: 15 de abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 719.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>> Acesso em: 12 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 718.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>> Acesso em: 12 de maio de 2020.

_____, Supremo Tribunal de Justiça, **Súmula 440.** Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub)> Acesso em: 12 de maio de 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência. **CC 155008/AM 2017/0267535-3.** S3-Terceira Seção. Relator: min. Maria Thereza de Assis Moura. Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da seção Judiciária do Estado do Amazonas. Suscitado: Juízo Federal Corregedor da Penitenciária Federal em Mossoró –SJ/RN. Brasília, 22 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526807016/conflito-de-competencia-cc-155008-am-2017-0267535-3/inteiro-teor-526807024?ref=juris-tabs>> Acesso em: 18 de maio de 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus. **HC 40.300/RJ(2004/0176564-4).** Quinta turma. Relator: min. Arnaldo Esteves Lima. Impetrante: Leandro de Oliveira Barbosa – Defensor Público. Impetrado: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Wilson Ferreira Cardozo (preso). Brasília, 07 de junho de 2005. Disponível em: <<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4>> Acesso em: 18 de maio de 2020.> Acesso em: 18 de maio de 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus. **HC 36.112/RJ(2004/0082273-0).** Sexta turma. Relator: min. Nilson Naves. Impetrante: Fábio Luis Pereira da Silva – Defensor Público. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Juliano Torres Moraes (preso). Brasília, 25 de junho de 2004. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19471073/habeas-corpus-hc-36112-rj-2004-0082273-0/inteiro-teor-19471074>> Acesso em: 17 de maio de 2020.> Acesso em: 18 de maio de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus. **HC 123432/SP.** Segunda Turma. Paciente; Allan Roger Fernandes. Impetrante: José Roberto Nunes Junior. Coator: Superior



Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20123432%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acesso em: 18 de maio de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Habeas Corpus. **RHC 128.827/MT**. Segunda Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Recte. Edilson Ribeiro da Silva. Adv.: Valmiro Antônio Pinheiro da Silva. Recdo.: Ministério Público Federal. Proc.: Procurador Geral da República. Brasília, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=rhc%20128827&sort=_score&sortBy=desc> Acesso em: 18 de maio de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal 3ª Região. TRF-3 –Habeas Corpus **HC: 10234 MS 2008.03.00.010234-6**. Quinta Turma. Relator: juíza convocada Eliana Marcelo. Data do Julgamento: 19 de maio de 2008. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19882959/habeas-corpus-hc-10234-ms-20080300010234-6-trf3?ref=serp>> Acesso em: 18 de maio de 2020.

BRUNO, Aníbal. **Comentários ao Código Penal**. V. 2. Rio de Janeiro: forense, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Virgínia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. (2011). Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299> Acesso em 13 de abril de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 1–Parte Geral. Editora Saraiva, 2017.

_____. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: <<https://www.qophome.com/search?q=CAPEZ,%20Fernando.%20Regime%20Disciplinar%20Diferenciado.%20Dispon%3ADvel%20em:%20%3Chttp://%20capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&source=1dba60082716496fb899575d090a2c25>> Acesso em: 18 de maio de 2020.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2012.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), São Paulo, 2009.

Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 2 de maio de 2020.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017.



FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Atlas, 2011

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir, história da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte geral, V. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

_____. **Curso de direito penal**, parte geral, V. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Curso de direito penal**, parte geral, V. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GONÇALVES, Milena Teixeira. **O regime disciplinar diferenciado em face dos princípios constitucionais da humanidade, proporcionalidade e individualização da pena**. 2005. 54 fls. Monografia (pós-graduação lato sensu em direito constitucional) – Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo, 2005.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 2ª Ed. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2016

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. V. I. São Paulo: Editora Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Críticas a execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 21 ed. Ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

RABELO, Francis de Oliveira. **A coragem de transgredir a lei em busca do princípio da dignidade humana – um grito do judiciário mineiro**. Boletim IBCCRIM. Ano 13, n° 157, dez. 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. São Paulo: Renovar, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal**, 4ª Ed. rev. ampl. e atual. Ed. Jus Podivm: Bahia 2010.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2ª ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.