

UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP

REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES

**A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO**

**Campo Grande - MS
2013**

CAROLINA MATOS CARVALHO

**A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual
como requisito parcial à obtenção do
grau de especialista em Ciências
Penais.**

Universidade Anhanguera-Uniderp

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Prof.^a JULINE CHIMENEZ ZANETTI

**Campo Grande - MS
2013**

RESUMO

No presente trabalho foi feito um estudo sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Primeiramente, foi demonstrado o histórico da pena e sua finalidade, analisando os princípios que norteiam a execução penal, bem como a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, sendo este analisado à luz da Constituição Federal, bem como da jurisprudência dos tribunais superiores. Diversos dispositivos constitucionais e da Lei de Execução Penal foram explicitados ao longo do estudo, tendo por escopo embasar as posições doutrinárias e jurisprudenciais citadas, destacando a implementação do Regime Disciplinar Diferenciado, afirmando a sua constitucionalidade, até por atender ao princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção, sendo uma importante ferramenta de garantia da segurança para toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal; Regime Disciplinar Diferenciado; Constitucionalidade.

ABSTRACT

In the present work a study was done on the constitutionality of the Differentiated Disciplinary Regime. First, we demonstrated the historical worth and its purpose, analyzing the principles that guide the criminal enforcement, as well as the constitutionality of the Differentiated Disciplinary Regime, which is analyzed in light of the Federal Constitution and the case law of the higher courts. Several constitutional and the Criminal Sentencing Act were explained throughout the study, with the purpose to buttress positions doctrinal and jurisprudential cited, highlighting the implementation of Differentiated Disciplinary Regime, affirming its constitutionality, to cater for the principle of proportionality between the seriousness and the lack of severity of the sanction, being an important tool in providing security for the whole society.

KEYWORDS: Criminal Enforcement; Differentiated Disciplinary Regime; Constitutionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	05
2. BREVE HISTÓRICO DA PENA	07
2.1 FASES PENAIS	07
2.1.1 FASE PRIMITIVA	07
2.1.2 IDADE ANTIGA	09
2.1.3 IDADE MÉDIA	09
2.1.4 IDADE MODERNA	10
3. DO CONCEITO DA PENA	11
4. TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA	12
4.2 TEORIA RELATIVA	12
4.3 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA	13
5. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	15
6. DAS ESPÉCIES DE PENA	16
6.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	17
6.2 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	17
6.3 MULTA	19
7. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	20
7.1 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL	21
7.2 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE	21
7.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS	22
7.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	23
7.5 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE	24
7.6 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA	25
7.7 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	27
8. LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	28
9. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	30
10. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

1. INTRODUÇÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado sempre foi causador de polêmica quanto à sua constitucionalidade. Este trabalho tem por escopo analisar o citado regime à luz da Constituição Federal, apresentando os posicionamentos doutrinários diversos sobre o assunto, confrontando os princípios que regem ambos os posicionamentos.

Para tanto, foi utilizada uma extensa pesquisa bibliográfica, incluindo o entendimento de magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e psicólogos. O trabalho foi realizado tendo por base a doutrina de renomados estudiosos na matéria e a pesquisa jurisprudencial, especialmente do Superior Tribunal de Justiça.

A abordagem será qualitativa, tendo em vista que a realização de leituras, visando descrever e relatar o entendimento de variados doutrinadores, bem como a jurisprudência dos tribunais superiores, sobre a pena, os princípios constitucionais e o regime disciplinar diferenciado. Só então, serão realizadas uma série de correlações sobre o tema e sob o nosso ponto de vista, finalmente, será formada uma conclusão.

Seguindo uma ordem lógica e cronológica, visando facilitar o entendimento dos que acessarem o presente trabalho, inicialmente, será demonstrado o histórico da pena, abordando seu significado nas diversas fases penais, bem como as teorias existentes sobre a função da pena, conseqüentemente, fazendo uma análise sobre os sistemas penitenciários presentes no mundo e das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e da multa.

Posteriormente, será feita uma abordagem sobre diversos princípios constitucionais penais, inseridos na Constituição Federal e de grande aplicabilidade no direito penal, são os chamados principio reserva legal; anterioridade; individualização das penas; intervenção mínima; lesividade; intranscendência e princípio da humanidade.

Em seguida, será demonstrada a relação existente entre a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal, afirmando que ambas caminham juntas em busca da ressocialização do preso e da prevenção do crime.

Após, faremos um estudo sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pela Lei 10.792/03, demonstrando sua origem e cabimento, além de enfatizar sua constitucionalidade, estando em consonância com os princípios que norteiam o atual ordenamento jurídico e com a jurisprudência dos tribunais superiores, podendo ser visto como um instrumento apto a atender às necessidades de maior segurança nos estabelecimentos penais.

Finalmente, nas considerações finais, abordaremos nosso entendimento, trazendo os principais argumentos que asseguram a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado.

2. BREVE HISTÓRICO DA PENA

Desde os primórdios da vida humana foi possível notar a utilização da pena como modo de manifestação de poder, por isso dúvida não há de que a história da pena se confunde com a história da própria humanidade (BITENCOURT: 2012, p.567).

Cada fase histórica da pena trazia o reflexo dos anseios da sua época, sendo notório seu desenvolvimento a cada período, visando atender as necessidades do seu tempo. Por isso, é de extrema importância, o estudo dessa digressão por tempos remotos para que possamos entender o real papel da aplicação da pena nos dias atuais.

2.1 FASES PENAIAS

2.1.1 FASE PRIMITIVA

Vigorava nos tempos primitivos um exacerbado sentimento religioso e espiritual, que influenciava à época, dividida em três fases chamadas de fase da vingança divina, fase da vingança privada e, por fim, fase da vingança pública.

Para Mirabete (2012, p. 15), a pena, em sua origem primitiva, nada mais significava senão a vingança, devolução da ofensa sofrida, sem preocupação com a proporcionalidade a justiça.

Primeiramente, a fase da vingança divina, retrata à época em que a lei estava ligada a divindade, portanto, quem agia contra à lei, conseqüentemente, estaria agindo contra os deuses, e, por isso, deveria ser severamente punido.

Segundo Cleber Masson (2012, p. 54), nessa fase era aplicada a pena de expulsão do grupo, com o intuito de evitar que as reações vingativas dos seres sobrenaturais recaíssem sobre o grupo.

Além do desterro (expulsão do grupo), os indivíduos que descumprissem as leis estavam sujeitos a perda da paz, já que não teria mais a proteção dos deuses por causa do ilícito cometido, podendo também ter que sacrificar a própria vida para apaziguar seu povo com os deuses que foram ofendidos pela prática da infração (IDEM, p. 54).

Em seguida, é possível notar a fase da vingança privada marcada pela vingança entre os grupos. Nesta fase, caso fosse cometida uma infração contra uma pessoa, todo o grupo desta poderia se vingar do infrator e do grupo a que ele pertencer (MIRABETE: 2012, p.16).

Nessa linha afirma Nucci (2011, p.73):

Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. O vínculo existente entre os membros de um grupo era dado pelo Totem (estátuas em formas de animais ou vegetais), que era o antepassado comum do clã: ao mesmo tempo, era o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe enviava oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhecia e poupava os seus próprios filhos (Freud, *Totem e tabu*, p. 13). Na relação totêmica, instituiu-se a punição quando houvesse a quebra de algum tabu (algo sagrado e misterioso). Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria todo o grupo.

Diante da necessidade de tentar amenizar a desproporção trazida pelos rotineiros excessos vindouros da vingança privada surge a Lei do Talião, reconhecendo o direito do ofendido de praticar a mesma conduta que sofreu em face do seu agressor, refutando, portanto, os excessos na vingança (MASSON, 2010, p.55).

Também nesta fase, houve a evolução da prestação pecuniária e da reparação do dano, como formas de solucionar os conflitos através de uma composição (IDEM, p. 55).

Por fim, o Estado assumiu o papel de representante da coletividade e, em nome desta, determinava a pena daquele que não obedecia as leis, sendo esta a fase da vingança pública.

Para Nucci (2011, p.73):

A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nesta época, prevalecia o critério do talião (olho por olho, dente por dente), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer do mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. Entretanto, não é demais destacar que a adoção do talião constituiu uma evolução no direito penal, uma vez que houve, ao menos, maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu autor.

2.1.2 IDADE ANTIGA

Nesta fase foram importantes as características presentes na Grécia antiga e do Império Romano.

Na Grécia Antiga, ainda inspiradas em um sentimento religioso, as penas passaram a ser dotadas de humanidade, existindo a preocupação com a materialização de princípios fundamentais (MASSON, 2012, p.57).

No Império Romano, por sua vez, predominava o arbítrio estatal, garantindo privilégios a uma pequena classe, prevalecendo às orientações retributivas e intimidativas no que se refere às penas (IDEM p. 58).

Segundo Bitencourt (2012, p.73) os fundamentos da pena, nessa fase, eram essencialmente retributivos, porém no final desse período esse caráter retributivo foi bastante atenuado, com a verificação do princípio da reserva legal, já que as leis Corneliae e Juliae exigiam que os fatos tidos como infrações penais e as respectivas sanções estivessem previamente estabelecidos.

2.1.3 IDADE MÉDIA

Destaca-se na Idade Média, as particularidades do direito penal germânico e o direito penal canônico.

Sobre as peculiaridades do direito penal germânico preceitua Nucci (2011, p.75):

O direito germânico, de natureza consuetudinária, caracterizou-se pela vingança privada e pela composição, havendo, posteriormente, a utilização das ordálias ou juízos de Deus (provas que submetiam os acusados aos mais nefastos testes de culpa-caminhar pelo fogo, ser colocado em água fervente, submergir num lago com uma pedra amarrada aos pés-, caso sobrevivessem seriam inocentes, do contrário, a culpa estaria demonstrada, não sendo preciso dizer o que terminava ocorrendo nessas situações) e também dos duelos judiciais, onde terminava prevalecendo a *lei do mais forte*.

A composição e apreciação objetiva do comportamento humano foram características relevantes dessa época. Bitencourt (2012, p.77) lesiona que existia uma preocupação com o resultado, sem analisar se houve dolo, culpa ou, até mesmo, caso fortuito, consagravam a máxima: *o fato julga o homem*.

As espécies de composição que predominavam no direito germânico, servirão de base para o surgimento da multa e da indenização civil, explica Prado (2010, p. 82):

(...) A composição judicial distinguia três espécies principais: a) *wergeld* - composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) *Busse* - soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vizinhança; e c) *Friedgeld ou Fredus* - pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. A composição, determinada por um processo histórico de mutação, deu origem à multa, que passou a integrar o sistema de penas, e à indenização civil de caráter jurídico - privado.

No que se refere ao direito canônico, este influenciado pelo Cristianismo, ligava o poder a religião, sendo que a heresia significava a prática de crime contra o próprio Estado (NUCCI, 2011, P. 75).

Sobre essa época, Zafaroni e Pierangeli (2011, p.173) ensinam:

Sua principal virtude foi a de reivindicar o elemento subjetivo do delito em muito maior medida do que o direito germânico. Seu conceito penitencial o inclinava a ver no delito e no pecado a escravidão, e na pena a libertação. Daí que a pena se incline a um sentido tutelar que, extremado, desemboca no procedimento inquisitorial. Os perigos do exagero da tutela revelam-se aqui em toda sua magnitude e nos previnem sobre as legislações penais que seguem esta senda. Teve o mérito de introduzir a prisão mediante a reclusão em celas monásticas, e daí provém o nome de "penitenciária", usado até hoje.

É relevante notar que, a tortura, assim como, os meios cruéis de aplicação de pena, além dos excessos na aplicação desta, marcaram essa fase, também denominada de Santa Inquisição (NUCCI, 2011, P. 75).

2.1.4 IDADE MODERNA

Como meio de combater os excessos praticados na fase anterior, surge o Iluminismo, com ideias reformadoras, implicando na busca da racionalização de todas as áreas da experiência humana, inclusive, na aplicação das penas.

Nesse contexto, afirma Bitencourt (2012, p.80) que:

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fiéis representantes, realizam uma severa crítica dos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar a um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente,

seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente.

É nesse momento que o homem moderno percebe a amplitude da problemática penal, sendo também, um problema filosófico e jurídico (MIRABETE: 2012, p.18). Na busca de explicar os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas, dentre outros temas, surgem diversas teorias, expostas a seguir.

3. DO CONCEITO DA PENA

O termo pena, muitas vezes é empregado como sinônimo de punição, não existindo um entendimento preciso sobre a origem da palavra, como assevera Gilberto Ferreira (1997, p.3) parafraseando Roberto Lyra:

Não é certa a origem da palavra pena. Para uns, viria do latim poena, significando castigo, expiação, suplício, ou ainda do latim punere (por) e pondus (peso), no sentido de contrabalançar, pesar, em face do equilíbrio dos pratos que deve ter a balança da Justiça. Para outros, teria origem nas palavras gregas ponos, poiné, de penomai, significando trabalho, fadiga, sofrimento e eus, de expiar, fazer o bem, corrigir, ou no sânscrito (antiga língua clássica da Índia) punya, com a ideia de pureza, virtude. Há quem diga que derive da palavra ultio empregada na Lei das XII Tábuas para representar castigo como retribuição pelo mal praticado a quem desrespeitar o manto da norma.

Rogério Greco (2012, p. 469) conceitua a pena como sendo o resultado natural, quando o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável, imposto pelo Estado para fazer valer o ser ius puniendi.

Por sua vez, Capez (2012, p. 385) afirma:

Conceito de pena: sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Nesse sentido, Mirabete (2012, p.232) parafraseando Soler afirma que “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Entendendo ser a pena uma sanção específica do direito penal, ressalta Giulio Battaglini (1973, p. 603):

(...) No seu sentido próprio, sanção é um meio jurídico que visa a impedir transgressões e inobservância de preceitos, mediante uma coação psicológica que, com caráter de repressão ou de reação, entra em função logo que elas se verifiquem.

Entendemos que a pena deve ser traduzida como a retribuição do Estado perante um fato criminoso, com o intuito de inibi-lo, assim como toda a sociedade, da praticar atos criminosos, tendo, além disso, o condão de prepara-lo para viver em sociedade.

Por fim, passaremos a abordar as teorias sobre a função da pena.

4. TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA

De acordo com Alexis de Brito (2006, p.33), durante toda a história do direito penal, nunca existiu consenso acerca da finalidade da pena, nos ensina o renomado autor:

O problema da finalidade da pena nasceu com o Direito Penal. A pena a ser aplicada nunca foi consenso, seja pela qualidade, quantidade ou legitimidade. O Direito nasceu pelo Direito Penal, e a pena aplicada sempre foi a capital. A pena de prisão pode ser considerada um progresso, por substituir as penas de morte ou corporais como os flagelos e as galés. Mas não podemos olvidar que a pena de prisão não nasceu com esta finalidade, a de servir como sanção penal, mas sim como forma de garantir a execução das outras penas. Não tardou a demonstrar sua impropriedade e a causar debates sobre sua real finalidade.

No decorrer dos debates com o objetivo de explicar as finalidades da pena podemos destacar três teorias penais: teoria absoluta, teoria relativa e teoria mista ou unificadora. Vejamos cada uma delas.

4.1 TEORIA ABSOLUTA

Conforme esta teoria, a pena tem um caráter de retribuição, pela agressão causada pelo infrator, com o cometimento de uma infração criminal. Sobre a referida teoria leciona Greco (2012, p.473):

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem,

infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

Portanto, não existe preocupação com a readaptação social do condenado, tendo a pena a finalidade única de ser instrumento de vingança do Estado contra o infrator (MASSON, 2012, p. 543).

É válido ressaltar que, as concepções absolutas, têm origem nos estudos de Kant e Hegel, segundo Prado (2010, p 513), esses estudiosos pregavam que a finalidade da pena é a retribuição e que, na aplicação da pena, deve existir proporcionalidade entre o crime cometido e a punição sofrida pelo criminoso.

Por fim, para os seguidores dessa teoria, fere o princípio da dignidade da pessoa humana qualquer entendimento de que a finalidade da pena tem caráter preventivo, pois o infrator estaria sendo usado como instrumento para a consecução de fins sociais (IDEM, p. 514).

4.2 TEORIA RELATIVA

Para essa teoria, a pena tem a finalidade de evitar o cometimento de novos delitos, ou seja, visa prevenir a prática de novos crimes, sendo irrelevante a imposição de castigo ao condenado (MASSON, 2012, p. 544).

Fundamentada na prevenção, a teoria relativa é bipartida na prevenção geral (negativa e positiva) e na prevenção especial (negativa e positiva). De acordo com os ensinamentos de Mirabete (2012, p. 231) a prevenção é geral quando pena cominada em abstrato intimida todos as pessoas da sociedade, sendo especial, ou particular, quando a pena é cominada em concreto ao indivíduo, intimidando-o ao cometimento de outros delitos.

Analisando a prevenção geral negativa, que busca inibir os membros da sociedade de praticar infrações penais, afirma Greco (2012, p 473):

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal (...).

Fazendo uma análise da atualidade, nos ensina Masson (2012, p 544):

Atualmente, a finalidade de prevenção geral negativa manifesta-se rotineiramente pelo direito penal do terror. Instrumentaliza-se o condenado, na medida em que serve ele de exemplo para coagir outras pessoas do corpo social com a ameaça de uma pena grave, implacável e da qual não se pode escapar. Em verdade, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretende intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível.

Por outro lado, a prevenção geral positiva, tem o objetivo de considerar a pena, um instrumento destinado a reforçar a confiança das pessoas na eficiência do ordenamento jurídico, possuindo três efeitos: o efeito de aprendizagem, incutindo no indivíduo as regras sociais básicas não toleradas pelo regramento penal, o efeito da confiança, firmeza do sujeito no poder de execução do direito penal, e, por derradeiro, o efeito da pacificação social, ocorrendo quando uma infração criminal for solucionada e a paz reestabelecida (PRADO, 2010, p.515).

A prevenção especial negativa visa evitar a reincidência, já que tem o objetivo de inibir o delinquente para que não volte a praticar infrações penais. Conforme Greco (2012, p 474) existe, nesse caso, uma neutralização daquele que praticou o crime, tendo em vista que será recolhido ao cárcere, sendo que, esse afastamento momentâneo do indivíduo face à sociedade, evitará a prática de novas infrações.

No entanto, a prevenção especial positiva, tem o objetivo de ressocializar o infrator, fazendo com que o mesmo reflita sobre o ato ilícito praticado e perceba que não vale apenas delinquir diante das consequências inerentes ao crime, intimidando-o ao cometimento de outros delitos (idem, p 474).

Nesse sentido, conclui Cleber Masson (2012, p. 545):

Finalmente, a prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo direito.

4.3 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA

Segundo essa teoria, a pena tem uma dupla função, preventiva, pela redução, e, retributiva, pela intimidação coletiva (CAPEZ, 2012, p.386), ou seja, fundiram-se as duas teorias analisadas anteriormente.

Corroborando com esse entendimento, Oswaldo Marques (2008, p.137) entende que:

Dessas teorias, surge a denominada teoria mista ou unificadora, com o objetivo de conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena, diante da insuficiência de que cada uma possa surtir efeitos isoladamente. Nesta linha de raciocínio, o caráter retributivo da pena, por exemplo, não afasta a necessidade de segregação do delinquente nem sua função preventiva, pela intimidação dirigida a coletividade.

De acordo com Mirabete (2012, p. 231), houve uma alteração no que se entende por pena, esta significando, por sua natureza, a retributividade, mas sua finalidade passa a não ser somente a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2010, p.519) corrobora com a ideia de que o termo apropriado para a retribuição, com base nessa teoria, seria *neorretribuição* ou *neorretribucionismo*, buscando dar uma nova nomenclatura para a nova retribuição, já que esta é relativizada com os fins da prevenção geral e da prevenção especial.

É possível perceber que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora, pois, em seu artigo 59, caput, afirma que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime”.

Nesta estera, Greco (2012, p. 475) parafraseando Santiago Mir Puig, conclui:

Santiago Mir Puig aduz que a luta entre as teorias acima mencionadas, que teve lugar na Alemanha em princípios do século XX, acabou tomando uma direção *eclética*, iniciada por Merkel. Tal como a posição assumida por nossa legislação penal, Santiago Mir Puig entende que “a retribuição, a prevenção geral e a especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena”.

É válido ressaltar que, não só o código Penal Brasileiro estabeleceu expressamente sua opção pela teoria mista, mas também a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), em seu artigo 10, caput: “A assistência ao preso e ao internado é

dever do Estado, objetivando **prevenir o crime** e orientar o **retorno à convivência em sociedade**".

Assim como, o Pacto São José da Costa Rica, no artigo 5º, item "6", estabelece que: "as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a **reforma** e a **readaptação social** dos condenados", lembrando que esse pacto foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 678/1992 (MASSON, 2012, p. 546).

No julgamento do Habeas Corpus nº 177344 / SP, o Superior Tribunal de Justiça, revelou preocupação em relação a reprovação e prevenção do crime, afirmando que "o quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena".

Por fim, antes de adentrar no estudo das espécies da pena, é importante tecer algumas informações sobre os sistemas penitenciários, vejamos.

5. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Primeiramente, é importante notar que são três os sistemas penitenciários clássicos existentes: sistema penitenciário da Filadélfia, de Auburn e o sistema inglês ou progressivo.

No sistema da Filadélfia, o condenado é obrigado a cumprir a pena em uma cela, podendo sair, apenas em hipóteses raras. Já no sistema de Auburn, os acusados são obrigados a trabalhar, em silêncio, durante o período diurno, isolando-se à noite, e, por fim, o sistema inglês ou progressivo, o sentenciado vai adquirindo a liberdade de forma progressiva, ou seja, inicialmente ele é isolado, após irá trabalhar com outros reclusos e, por fim, era colocado em liberdade condicional (JESUS, 2012, p. 565).

Explicando a origem do sistema progressivo e corroborando com a ideia de que esse foi o sistema adotado no Brasil, porém com certas alterações, afirma Mirabete (2012, p.236):

O sistema progressivo (inglês ou irlandês) surgiu na Inglaterra, no século XIX, atribuindo-se sua origem a um capitão da Marinha real, Alexander Maconochie. Levava-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho (mark system), estabelecendo-se três períodos ou estágios no cumprimento da pena. O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; e por último permitia o livramento condicional. Esse sistema foi aperfeiçoado por Walter Crofton, que introduziu na Irlanda mais uma fase para o tratamento dos presos. Por esse sistema, a condenação é dividida em quatro períodos: o primeiro deles é de

recolhimento celular contínuo; o segundo é de isolamento noturno, com trabalho e ensino durante o dia; o terceiro é de semiliberdade, em que o condenado trabalha fora do presídio e recolhe-se à noite; e o quarto é o livramento condicional. Ainda hoje, o sistema progressivo, com certas modificações, é o adotado nos países civilizados, inclusive no Brasil.

Em relação ao sistema adotado no Código Penal Brasileiro, nos ensina o renomado Damásio de Jesus (2012, p. 565):

A reforma penal de 1984, tal como fizera o CP de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas *um* sistema progressivo (forma progressiva de execução), visando à ressocialização do criminoso. Assim, o art. 33, §2º, afirma que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado" (v.Lei de Execução Penal, art. 112).

Portanto, a reforma penal de 1984 idealizou um sistema de execução progressiva das penas privativas de liberdade, podendo o condenado progredir de regime, indo para um regime menos rigoroso, podendo também, a depender do seu comportamento e das hipóteses previstas em lei, voltar ao regime mais severo ou seja, regredir de regime (DELMANTO, 2010, p. 211).

Passemos agora a analisar as espécies de pena existentes no nosso ordenamento jurídico.

6. DAS ESPÉCIES DE PENA

De acordo com o Código penal brasileiro, em seu artigo 32, as penas são classificadas em pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e pena de multa, vejamos cada uma delas.

6.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Segundo Mirabete (2012, p.238), as penas privativas de liberdade, apesar da falência do sistema prisional, são as mais utilizadas na atualidade, tendo contribuído de maneira bastante significativa para eliminar as penas desumanas, por exemplo, as mutilações, que eram aplicadas anteriormente.

Nessa linha, Jason Albergaria (1996, p.39) entende que, futuramente, a pena privativa de liberdade permanecerá sendo considerada a espinha dorsal do

direito penal, até porque será a única pena sentenciada para os graves crimes que assolam a humanidade.

Lembra Rogério Greco (2012, p.35) que, além das penas privativas de liberdade de reclusão e detenção (ambas previstas no código penal), existe a prisão simples, esta prevista na Lei de contravenções penais, conforme o artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, que narra:

Art. 1º considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Portanto, as espécies de pena privativa de liberdade são classificadas em reclusão, detenção e prisão simples (para as contravenções penais). O regime penitenciário, por sua vez, pode ser classificado em fechado, semiaberto e aberto, tudo conforme o Código Penal Brasileiro, vejamos.

O regime penitenciário será fechado quando a pena estiver sendo cumprida em estabelecimento penal de segurança máxima ou média. O semiaberto, por sua vez, será aplicado ao cumprimento da pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Por fim, no caso do regime aberto, o acusado trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, recolhendo-se em Casa de Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (CAPEZ, 2012, p. 387).

Segundo o § 2º do art. 33 do CP, a execução penal deve ser feita de modo progressivo, levando em consideração o mérito do condenado. No entanto, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar o cumprimento de sua pena em regime fechado; o condenado reincidente, com pena não superior a quatro anos, poderá começar o cumprimento de sua pena em regime aberto, já o condenado a pena superior a quatro anos e não excedendo a oito anos, se não for reincidente, poderá iniciar o cumprimento de sua pena em regime semiaberto.

Conforme artigo 112 da Lei de Execuções Penais, após o cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena, e a depender do mérito do condenado, é possível a progressão para um regime menos severo, sendo que o condenado não poderá passar direto do regime fechado para o aberto, sem passar pelo regime semiaberto.

Em relação aos crimes hediondos, se o apenado for primário para progredir ele deverá cumprir dois quintos da pena, caso seja reincidente, deverá cumprir três quintos da pena, dentre outros requisitos necessários a concessão do benefício, permitindo a conquista progressiva de parcelas da liberdade suprimida (BITENCOURT, 2012, p. 613).

Para finalizar, é importante observar que a progressão de regime do cumprimento da pena, no caso de crime praticado contra a administração pública, está condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, de acordo com o § 4º do art. 33.

6.2 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Sobre o antecedente histórico da pena restritiva de direitos afirma Capez:

Antecedente histórico: o 6º Congresso das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de buscar alternativas para a pena privativa de liberdade, cujos altíssimos índices de reincidência (mais de 80%) recomendavam uma urgente revisão, incumbiu o Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente de estudar a questão. Apresentada a proposta, foi aprovada no 8º Congresso da ONU, realizado em 14 de dezembro de 1990, sendo apelidada de Regras de Tóquio, também conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 638), as penas restritivas de direitos não estão previstas para cada tipo penal, como as penas privativas de liberdade, pois existe no código penal um capítulo próprio, estabelecendo seus pressupostos, requisitos e condições gerais e especiais de aplicação, sendo regulada nos artigos 54 a 57 do Código Penal Brasileiro.

Reza o artigo 54 do citado código que as penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas, pois são aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade, independentemente de cominação na parte especial, fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos.

Conforme o artigo 43 do CP, as penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Classificando as penas restritivas de direitos em pessoais e reais, afirma o renomado promotor Rogério Sanches (2011, p.96):

As penas restritivas de direitos dividem-se em pessoais (prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e reais (prestação pecuniária e perda de bens e valores).

Além disso, lembra Sanches (IDEM, p.96) que as penas restritivas de direito não estão restritas ao Código Penal, existindo outras pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, o artigo 28 da Lei de drogas (Lei 11.343/2006), este prevê as penas de advertência sobre os efeitos da droga, a prestação de serviços à comunidade e a medida socioeducativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

6.3 MULTA

A pena de multa pode ser conceituada como sendo a sanção penal, previamente fixada em lei, que tem por objetivo o pagamento de determinada quantia em pecúnia, sendo considerada dívida de valor, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (NUCCI, 2006, p.341).

Preceitua o artigo 49 do Código Penal afirma que: “a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

Explica Rogério Greco sobre os momentos de aplicação da pena de multa (2012, p. 548):

(...) Em primeiro lugar, analisam-se as chamadas circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima), a fim de encontrar a pena-base, que variará entre um mínimo de 10 até o máximo de 360 dias-multa de acordo com o art. 49 do Código Penal. Em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes. Por último, as causas de diminuição e de aumento.

Continua o renomado autor:

Uma vez encontrado o total de dias-multa, parte-se, agora, para o cálculo do valor que será atribuído a cada dia-multa. Esse valor poderá variar entre

um mínimo de um trigésimo até cinco vezes o valor do salário mínimo vigente à época do fato. Se mesmo aplicado no seu valor máximo, ou seja, cinco salários mínimos por dia-multa, o juiz verificar que, ainda assim, em virtude da capacidade econômica do réu, é ineficaz, poderá aumentar esse valor até o triplo, vale dizer, o valor de cada dia-multa poderá chegar até 15 salários mínimos.

Por fim, de acordo com Damásio de Jesus (2012, p. 587), após o trânsito em julgado da sentença condenatória a pena de multa, esta deve ser inscrita como dívida ativa em favor da fazenda pública, passando a ter caráter extrapenal.

Após um breve estudo sobre as espécies da pena, vamos conhecer os princípios constitucionais penais que resguardam direitos fundamentais da pessoa humana.

7. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Os princípios constitucionais penais orientam a política legislativa criminal e limitam o poder punitivo do Estado, garantindo as liberdades e os direitos fundamentais (PRADO, 2010, p.138), vejamos a seguir alguns desses princípios.

7.1 Princípio da reserva legal

Este princípio está presente no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal afirmando que não há crime sem lei anterior que o defina.

Para Cléber Masson (2010, p.22), o princípio em tela, contém um fundamento jurídico, que é a taxatividade, certeza ou determinação e um fundamento político, sendo este a proteção do ser humano em face do arbítrio do poder de punir do Estado.

Foi com a chegada do iluminismo que o princípio da reserva legal passou a ser parte integrante dos textos legislativos de forma expressa e incontroversa, agindo como instrumento limitador de poder, sendo que, como regra, somente o poder legislativo federal, mediante lei ordinária federal é autorizado a legislar em matéria penal (CARVALHO, 2002, p. 47).

O princípio da reserva legal afasta qualquer tentativa de estabelecer novos tipos penais através de portarias, medidas provisórias, instruções normativas,

assegurando a necessidade de um processo legislativo regular para que se possa inovar no campo penal.

Sobre o princípio em tela, afirma Luiz Flávio D'urso (1999, p.49):

Contudo, a reserva legal não diz apenas que o crime precisa ser previsto em lei; diz mais: que a lei que o prevê precisa ser exata, descrevendo claramente a conduta que se quer proibir, vedando a analogia para a imposição de penas. Trata-se da taxatividade da norma penal, um efeito da reserva legal que exige definição precisa da ação humana prevista no tipo, pois as eventuais falhas na lei em descrever a conduta não podem ser preenchidas pelo julgador.

Rogério Greco (2005, p. 142) acertadamente assevera:

Incontestável a conquista obtida por meio da exigência da legalidade. Contudo, hoje em dia, não se sustenta um conceito de legalidade de cunho meramente formal, sendo necessário, outrossim, investigar a respeito de sua compatibilidade material com o texto que lhe é superior, vale dizer, a Constituição. Não basta que o legislador ordinário tenha tomado as cautelas necessárias no sentido de observar o procedimento legislativo correto, a fim de permitir a vigência do diploma legal por ele editado. Deverá, outrossim, verificar se o conteúdo, a matéria objeto da legislação penal, não contradiz os princípios expressos e implícitos constantes de nossa Lei Maior.

O princípio da reserva legal é fruto de uma conquista do passado, que tem por escopo orientar o legislador a assegurar um correto procedimento legislativo e também a verificar se a matéria objeto da legislação penal está em consonância com todos os princípios assegurados pela Constituição Federal. Além de denotar uma garantia da sociedade de que não haverá penas arbitrárias, sendo que não haverá pena sem prévia cominação legal clara e precisa.

7.2 Princípio da anterioridade

Reza a parte final do já referido artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal: “não há pena sem prévia cominação legal”, eis o denominado princípio da anterioridade.

Conforme D'urso:

O princípio da anterioridade impõe a obrigatoriedade da proibição prévia, para que todos possam ter conhecimento prévio do que lhe é proibido, do tipo penal. Esse comando enseja o efeito da irretroatividade da norma penal incriminadora, excetuando para beneficiar o réu. Tal entendimento emana do próprio Texto Maior, quando fala em lei *anterior* e pena *prévia* cominada legalmente.

O referido princípio, assim como a reserva legal, é consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo, estando expressamente previsto na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (BITENCOURT, 2012, p. 49).

O princípio assegura o *tempus regit actum*, ou seja, a lei que está em vigor na data do fato é que regerá o caso concreto, não se aplicando aos fatos anteriores, nem aos posteriores a sua cessação, lembrando que sempre retroagirá a lei que for mais benéfica para o réu.

Ocorre que, em casos excepcionais, como leis temporárias ou excepcionais, mesmo tendo acabado seu período de vigência terão aplicação aos fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo que, posteriormente, surja uma lei mais benéfica para o réu, sendo, portanto, ultra-ativas, conforme artigo 3º do Código Penal.

7.3 Princípio da individualização das penas

A Constituição Federal afirma em seu artigo 5º XLVI: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”.

Para resguardar a individualização da pena, é necessário que seja concedido a cada indivíduo o que lhe cabe, tendo em vista as circunstâncias específicas da sua conduta, ou seja, os aspectos objetivos e subjetivos do crime (MASSON, 2012, p. 36).

É possível observar a aplicação do citado princípio sobre o prisma legislativo, estabelecendo sanções adequadas ao descrever minuciosamente o tipo penal, sob o prisma judicial, ao efetivar o que foi estabelecido pelo legislador, obedecendo ao sistema trifásico (artigo 68 do Código Penal). Por fim, podemos falar do prisma administrativo, esta será efetuada no momento da execução da pena,

devendo ser observado o caso concreto, dando tratamento singular ao apenado (IDEM, 2012, p. 37).

Nessa esteira, entendendo que o princípio da individualização ocorre em três fases distintas, chamadas de fase da cominação, fase da aplicação e fase da execução, Rogério Greco (2005, p.105) exemplifica:

A título de exemplo, imaginem-se as hipóteses de seleção dos bens *vida e integridade física*. A primeira pergunta que devemos nos fazer, a fim de permitir a proteção desses dois bens pelo Direito Penal, é se eles, efetivamente, gozam da importância exigida por esse ramo do ordenamento jurídico. Em seguida, a pergunta correspondente ao princípio da individualização das penas seria a seguinte: A vida e a integridade física, embora bens de relevo, gozam da mesma importância, ou possuem valores diferentes? Obviamente que, no caso em questão, o bem da vida é de valor superior ao bem integridade física, razão pela qual nos crimes contra a vida, a pena, individualmente considerada, deve ser superior àquela destinada à proteção da integridade física pelo tipo penal incriminador.

7.4 Princípio da intervenção mínima

Esse princípio surge, em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirmando, que a lei deve prevê as penas estritamente necessárias. O direito penal deve ser a *ultima ratio*, devendo atuar, apenas quando os outros ramos do direito não puderem solucionar o problema.

Sobre o princípio da intervenção mínima na América Latina Eugenio Zaffaroni (2011, p. 78) relata:

No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da mínima intervenção do sistema penal. Toda a América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jushumanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este injusto jushumanista tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), através da jurisprudência internacional da Comissão dos Direitos Humanos, que declara ter sido violado o direito ao desenvolvimento em El Salvador e no Haiti. A existência deste injusto jushumanista não é, pois, uma afirmação ética, mas uma afirmação jurídica, reconhecida pela jurisprudência internacional.

Masson (2012, p. 44), demonstrando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 16.10.2007), sobre o referido princípio, afirma:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade, e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Conclui-se, que o direito penal, tem por finalidade proteger os bens mais importantes e indispensáveis ao convívio em sociedade para a manutenção da paz social, não podendo desgastar-se com objetos de menor importância, devendo este ser valorado no caso concreto.

7.5 Princípio da Lesividade

O princípio em tela, visa utilizar o direito penal apenas quando a conduta ofender um bem jurídico, refutando a utilização do mesmo para penalizar condutas imorais ou pecaminosas (JESUS, 2012, p.52).

Vale lembrar que "a verificação da **lesividade** mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração não só o valor econômico e a importância do objeto material subtraído, mas também a condição econômica da vítima e as circunstâncias e consequências do delito cometido, a fim de se determinar se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado, conforme a jurisprudência do STJ" (HC 95.226/MS).

Sobre o referido princípio adverte Bitencourt (2012, p 59):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

Rogério Greco (2012, p. 51), acreditando que o princípio da lesividade e o princípio da intervenção mínima são como duas faces de uma mesma moeda, afirma que “se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do direito penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal”.

Portanto, o direito penal não deve incriminar atitudes internas, assim como, do pensamento, ou de condutas censuráveis do ponto de vista moral, sendo esse princípio, o fundamento da não incriminação da autolesão (MASSON, 2012, p. 37).

7.6 Princípio da intranscendência

Prega o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento dos bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, assegurando o princípio da responsabilidade pessoal, da intranscendência ou princípio da personalidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece o princípio da intranscendência, vejamos:

O direito subjetivo da recorrente à indenização por danos morais proporcional ao dano (CF/88, art. 5º, V e X) não pode ser prejudicado em razão da gravidade do crime cometido pela vítima, sob pena de se lhe transferir, indiretamente, os efeitos da condenação criminal do marido, o que viola o princípio constitucional da **intranscendência** da pena (CF/88, art. 5º, XLV)

Sobre o princípio em estudo, nos ensina Zaffaroni (2009, p. 160):

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros. Esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não aconteceu em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano. Por essa razão nossa Constituição Federal, no art. 5º, XLV, dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor

do patrimônio transferido". O § 3.º do art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que "a pena não pode passar da pessoa do delinquente".

Por fim, vale ressaltar que a intranscendência quer dizer que quando a responsabilidade do indivíduo for penal, somente ele poderá responder pelo delito praticado, mesmo que a pena tenha natureza pecuniária, já a sanção penal possui caráter personalíssimo. Todavia, se o indivíduo receber uma sanção não penal de natureza pecuniária, falecendo o infrator, poderá responder os herdeiros, nos limites da herança deixada pelo *de cujos* (GRECO, 2012, p.79).

7.7 Princípio da humanidade

Esse princípio refuta a criação de tipos penais que acarretem a incolumidade física ou moral do indivíduo, nessa esteira reza a Magna Carta, no artigo 5º XLVII que: "Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;".

Com base nesse princípio, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC 217058-RS) que "A superlotação e a precariedade do estabelecimento penal, é dizer, a ausência de condições necessárias ao cumprimento da pena em regime aberto, permite ao condenado a possibilidade de ser colocado em prisão domiciliar, até que solvida a pendência, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da individualização da pena".

De acordo com Masson (2012, p. 44), o referido princípio decorre da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III, da Carta Magna.

Com maestria fala Bitencourt (2012, p. 67) sobre o princípio em tela:

O princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são colorários do princípio de humanidade (...)

Por fim, é relevante notar que foi com base no referido princípio que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da aplicação, aos crimes hediondos e equiparados, da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado Masson (2012, p. 44).

8. LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Primeiramente, é relevante lembrar que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito penitenciário ou execução penal brasileiro, de acordo com o artigo 24, I da constituição Federal. Ressaltando que vigora atualmente a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.07.1984).

A Constituição Federal determina que “será assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Com o intuito de materializar os ditames da Magna Carta relacionados aos presos, é que surge a citada Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

A Lei de 7.210/84, em seu artigo 1º afirma que a execução penal possui duas funções: a correta efetivação do que foi determinado na sentença penal e proporcionar condições para a readaptação social e moral do preso (ZACARIAS, 2006, p. 30).

Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p.131) relacionando a execução penal com os outros ramos do direito comenta:

As sanções que correspondem a outros ramos do direito, devido a seu caráter reparador, são de fácil execução. Assim, uma indenização civil se faz efetiva mediante uma ação de indenização e/ou de execução que o próprio direito processual civil prevê, e que é levada a cabo por funcionários que dependem, administrativamente, do próprio Poder Judiciário. A execução da pena, ao contrário, devido à sua intenção punitiva, apresenta uma enorme complexidade, particularmente quando se trata de penas privativas de liberdade, o que tem motivado um grande desenvolvimento de seu regramento legal.

É verdade que a Lei 7.210/84 representa um código de postura do condenado perante a Administração e o Estado (MARCÃO, 2012 p.64), prescrevendo, inclusive, os deveres do preso, seja ele provisório ou definitivo, reza o artigo 39: “Constituem deveres do condenado: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os

demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal”.

Além disso, a Lei de Execução Penal estabelece um rol exemplificativo dos direitos do preso, conforme o artigo 41 “constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente”.

Sobre os direitos e deveres do preso ressalta o renomado autor Mirabete (2008, p. 41):

Tem o Estado o direito de executar a pena, e os limites desse direito são traçados pelos termos da sentença condenatória, devendo o sentenciado submeter-se a ela. A esse dever corresponde o direito do condenado de não sofrer, ou seja, de não ter de cumprir outra pena, qualitativa ou quantitativamente diversa da sentença. Eliminados alguns direitos e deveres do preso nos limites exatos dos termos da condenação, deve executar-se a pena privativa de liberdade, permanecendo intactos outros tantos direitos. A inobservância desses direitos significaria a imposição de uma pena *suplementar* não prevista em lei. Está previsto nas Regras Mínimas para o tratamento dos Presos da ONU o princípio de que o sistema penitenciário não deve acentuar os sofrimentos já inerentes à pena privativa de liberdade. Este parecer o ponto mais levantado atualmente por certos juristas

quando afirmam que na sanção imposta pelo Código Penal- a privação de liberdade- não estão incluídos os sofrimentos acrescidos pela situação reinante nas prisões, os quais terminam por agravar a pena a que foi condenado o infrator.

Conclui o citado autor que “a Lei de Execução Penal, impedindo o excesso ou o desvio da execução, torna expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos. Por outro lado, assegura também condições para que os mesmos, em decorrência de sua situação particular, possam desenvolver-se no sentido da reinserção social com o afastamento de inúmeros problemas surgidos com o encarceramento”.

Portanto, podemos chegar a conclusão de que a Lei de Execução Penal é tida como um progresso, pois visa assegurar aos presos a materialização dos seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Na sequência, iniciaremos uma profunda abordagem sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, previsto no artigo 52 da Lei 7210/84.

9. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Sobre a origem histórica do regime disciplinar diferenciado, Renato Marcão (2012, p.73) citando Adeildo Nunes, afirma que seu surgimento se deu por causa do aumento desordenado das facções criminosas nos grandes e médios presídios em São Paulo, resultando na criação do referido regime por meio da Resolução n.º 26, criada pelo Secretário de Administração Penitenciária. Ocorre que, logo após a resolução, foi arguida a sua inconstitucionalidade, ao argumento de que só poderia versar sob tal matéria Lei Ordinária e não resolução.

Posteriormente, o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a Resolução constitucional, afirmando que os estados-membros, conforme artigo 24, I, da Constituição Federal está autorizado a legislar sobre sistema penitenciário. No mesmo mês, foram mortos dois juízes de Execução, em São Paulo e no Espírito Santo, fato este que fez surgir no congresso Nacional o Projeto de Lei 7.053, sendo posteriormente aprovado, criando, com força de Lei, o regime disciplinar diferenciado (IDEM, p.73).

O regime disciplinar diferenciado está previsto no artigo 52 da Lei de Execuções Penais, com a redação dada pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de

2003, afirmando que “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I- duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II- recolhimento em cela individual; III- visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV- o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol”.

Sobre os elementos *subversão*, *ordem* e *disciplina*, nos explica Renato Marcão (2012, p. 75), citando Antônio Houaiss que subversão é sinônimo de tumulto, sendo o ato ou efeito de transtornar o normal funcionamento de alguma coisa. Ordem, por sua vez, remete a organização, significando regulamento sobre a conduta de membros de uma coletividade, imposto ou permitido pela vontade dos indivíduos, com o intuito de estabelecer o bem-estar e o bom andamento dos afazeres. Finalmente, disciplina significa realizar com a devida obediência às regras e aos hierarquicamente superiores.

Vale ressaltar que, conforme o § 1º, do citado artigo, desde que apresente alto risco para ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, o regime disciplinar diferenciado pode abrigar nacionais ou estrangeiros, bem como presos condenados ou provisórios.

O § 2º do artigo, por sua vez, diz que “estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Nessa linha, leciona Damásio (2012, p.572):

Cumpre mencionar que a LEP, em seu art. 52, institui o regime disciplinar diferenciado (RDD), que consiste na obrigação de o preso (definitivo ou provisório) ser recolhido em cela individual, limitando-se suas saídas diárias e visitas semanais. Aquelas poderão ter até duas horas para banho de sol e estas permitem até duas pessoas (sem contar crianças) e não poderão ultrapassar duas horas. A imposição desse regime depende de decisão do juiz das execuções penais e poderá ter lugar, de acordo com a norma legal, sempre que ocorrer “a prática de fato previsto como crime doloso”, que provoque “subversão da ordem ou disciplina internas”. Também ficam sujeitos ao regime o preso que apresentar “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e aquele sobre o

qual recaiam “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Conforme o artigo 54 e parágrafos, a decisão sobre a inclusão do acusado no regime disciplinar diferenciado será do juiz da execução, ouvido previamente o Ministério Público e a defesa, e mediante requerimento pormenorizado, do diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

Guilherme Nucci (2006, p.308), sabiamente, alerta aos juízes da execução: “é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade da inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente, no RDD”.

Vale lembrar que, ainda com o intuito de combater a criminalidade, o art. 4º da Lei 10.792/2003, informa que “os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, radio-transmissores e outros meios”.

Além disso, todos aqueles que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam cargo ou função pública, devem se submeter ao detector de metais implantados nos estabelecimentos penitenciários (artigo 3º da Lei 10.792/2003).

Entendendo ser inconstitucional o RDD, Cezar Bitencourt, existir no regime a aplicação do direito penal do autor, argumenta que:

Com efeito, à luz do novo diploma legal, percebe-se que às instâncias de controle *não importa o que se faz* (direito penal do fato), mas sim *quem faz* (direito penal do autor). Em outros termos, não se pune pela prática de fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de *quem faz*, num autêntico Direito Penal do autor. Nesse sentido, merece ser destacada a percuciente lição de Paulo César Busato, *in verbis*: “...o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo política-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal do fato por um modelo de Direito penal do autor”.

Data vênua a posição do renomado autor, ousamos discordar, entendendo que o regime disciplinar diferenciado, se faz necessário frente à crescente onda de

risco social, causada pelos membros de organizações criminosas, quadrilha ou bando, de dentro do próprio presídio. Portanto, o RDD, visa proteger a sociedade e o próprio acusado contra violências e ameaças, dentre outros malefícios que permeiam nos presídios.

Traçando a linha que seguimos, é brilhante a reflexão do renomado mestre Fernando Capez (2012, p.411), afirmando a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado:

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

Cléber Masson (2012, p.596), também corroborando com a constitucionalidade do regime, argumenta de modo contrário a inconstitucionalidade do RDD:

Entretanto, não nos parece o caminho correto. O regime é severo, rígido, eficaz ao combate do crime organizado, mas nunca desumano. Muito ao contrário, a determinação de isolamento em cela individual, antes de ofender, assegura a integridade física e moral do preso, evitando contra ele violências, ameaças, promiscuidade sexual e outros males que assolam o sistema penitenciário.

Continua Masson:

O tratamento legal mais rigoroso está em sintonia com a maior periculosidade social do seu destinatário. Quem busca destruir o Estado, criando governos paralelos tendentes ao controle da sociedade, deve ser enfrentado de modo mais contundente. Não se pode tratar de igual maneira um preso comum e um preso ligado às organizações criminosas. Além disso, o interesse público exige a proteção das pessoas de bem, mediante a efetiva segregação de indivíduos destemidos e incrédulos com a força dos poderes constituídos pelo Estado.

Por tudo, é correto asseverar que o Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional, materializando a segurança, que é direito de todos, conforme o artigo 5º, *caput*, da nossa Magna Carta, protegendo não somente toda a sociedade, como o próprio condenado.

Além disso, como já dito acima, não merece prosperar o argumento de que a aplicação do regime disciplinar diferenciado fere os princípios da humanidade, dignidade da pessoa humana ou proibição da tortura.

É sabido que, tendo em vista a relativização dos princípios constitucionais, em certos casos, necessário se faz restringir princípios que asseguram direitos ao condenado, com a finalidade de assegurar direitos da coletividade. Devemos rechaçar tratamentos igualitários à presos com comportamentos, claramente, distintos. Portanto, conforme veremos na jurisprudência dominante, deve ser analisado o caso concreto, observando o princípio da proporcionalidade, em nome da ordem e da disciplina na execução penal, bem como, visando o bem comum de todos.

10. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

No Habeas Corpus 44.049-SP, a defesa sustentou, dentre outras coisas, a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, alegando violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, bem como a proibição de submissão à tortura e ao tratamento desumano e degradante. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela constitucionalidade do RDD relatando que:

“Com efeito, o regime disciplinar diferenciado não fere qualquer princípio ou norma constitucional, não acarretando a sua imposição cumprimento de pena de forma cruel degradante ou desumana. Outrossim, não contraria regras internacionais sobre a dignidade humana, nem mesmo mencionadas na contrariedade apresentada. Por outro lado, e contrariamente ao sustentado, prestigia o princípio da individualização do cumprimento da pena, uma vez que permite tratamento penitenciário desigual a presos desiguais, seja pela prática de faltas disciplinares graves, seja por seu envolvimento com o crime organizado, seja, por fim, pelo alto risco que representam para a ordem e a segurança da sociedade e dos presídios comuns. Anote-se que o regime diferenciado não suprime direitos do preso, limitando-se a restringi-lo ao que se verifica da leitura ao art. 52; I, II, III e IV, da Lei nº 7.210/83e art. 5, II a V, da Lei nº 10.792/2003. Tais restrições (recolhimento a cela individual, limitação do número de visitas e do número

de horas de banho de sol), ao que se verifica, não são, evidentemente, caracterizadoras de tratamento desumano ou degradante, restringindo somente a liberdade de locomoção do preso no interior do presídio, com a finalidade de punição pelas faltas graves por ele praticadas (art. 52, caput), ou de acautelamento da administração penitenciária contra a sua potencial periculosidade (art. 52, § 1º e 2º, da LEP)".

Nesse sentido, no HC 40.300- RJ, decidiu a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça:

O Regime Disciplinar Diferenciado é previsto, portanto, como modalidade de sanção disciplinar (hipótese disciplinada no caput do art. 52, da LEP) e, também, como medida cautelar (hipóteses dos §§ 1º e 2º da LEP), caracterizando-se pelas seguintes restrições: permanência do preso em cela individual, limitação do direito de visita e redução do direito de saída da cela, prevista apenas por 2 (duas) horas. Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. Outrossim, a inclusão no RDD não traz qualquer mácula à coisa julgada ou ao princípio da segurança jurídica, como quer fazer crer o impetrante, uma vez que, transitada em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado, na execução da pena, uma nova relação jurídica e, consoante consignado, o regime instituído pela Lei n.º 10.792/2003 visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo àqueles previstos pelo Código Penal (art. 33, CP). Pelo mesmo fundamento, a possibilidade de inclusão do preso provisório no RDD não representa qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, nos termos do que estabelece o parágrafo único do art. 44 da Lei de Execução Penal, "estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório". (...) Por fim, considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o ora combatido Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Alexandre de Moraes, em sua obra "Constituição do Brasil Interpretada", consigna que "a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. É mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da razoabilidade. Em outros termos, tendo em vista a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, isto é a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos"(in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional , 4ª edição, Editora Atlas S.A., 2004, p. 170). Dessa forma, tenho como legítima a atuação estatal ao

instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003 busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas as quais atuam tanto no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – quanto fora, ou seja, em meio à sociedade civil. Mais uma vez utilizando os percucientes ensinamentos do já citado Alexandre de Moraes (obra mencionada, p. 169), vale registrar que "os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito".

Por tudo, é cristalino na jurisprudência a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, sendo este considerado uma forte arma no combate às organizações criminosas que atuam dentro dos presídios, agindo como um meio para alcançar a almejada segurança garantida a todos no art. 5º da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, tendo em vista toda a análise constitucional e jurisprudencial realizada, ficou evidenciado de maneira clara que, a doutrina majoritária é favorável a utilização do Regime Disciplinar Diferenciado, entendendo por sua constitucionalidade e classificando-o como indispensável a promoção da segurança e eficácia do ordenamento jurídico.

A pesquisa bibliográfica realizada não deixa dúvidas de que o RDD, instituído pela Lei 10.792/03, é um forte instrumento de combate a insegurança gerada pelo comportamento reprovável do preso, sendo cabível quando o preso, provisório ou definitivo, praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontre, bem como, quando o preso, provisório ou condenado, representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; e, por fim, quando o preso, provisório ou condenado, estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando, nesse último caso, fundada suspeita.

Foi demonstrada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que entende não existir direito absoluto, devendo os direitos do preso serem relativizados diante da falta grave cometida, ou mesmo, da necessidade de defesa

da ordem pública, diante dos líderes e integrantes das facções criminosas, responsáveis por fugas e rebeliões, que mesmo encarcerados, comandam as quadrilhas ou organizações criminosas.

Destacou-se que não seria justo conceder o mesmo tratamento ao preso que tem bom comportamento, daquele que continua a ameaçar o bom funcionamento do ordenamento jurídico, seria, pois, ferir os fundamentos do princípio constitucional da igualdade, assegurando direitos iguais à situações distintas, sendo que o tratamento mais rigoroso ao apenado está em consonância com a periculosidade do seu comportamento.

Concluiu-se que, em nome da ordem e da disciplina, o sistema penitenciário deve se valer do Regime disciplinar Diferenciado para proteger a sociedade e o próprio condenado, fornecendo a todos uma administração efetiva e resguardando a ordem pública.

Assim sendo, diante do estudo realizado sobre o Regime Diferenciado disciplinar e sua consonância com os princípios constitucionais penais, entende-se como correta o atual entendimento dos tribunais superiores sobre a constitucionalidade do regime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. Das Penas e Da Execução Penal. 3ª ed. São Paulo: Del Rey
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito Penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRITO, Alexis augusto Couto de. Execução Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Saulo de. Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. Direito Criminal na Atualidade. São Paulo: Atlas, 1999.
- DELMANTO... [ET AL]. Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GIULIO, Battaglini. Direito Penal. São Paulo: saraiva, 1973.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- HC 177.334/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 11.12.12.
- HC 216.828/RS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 6ª turma, j. 02.02.2012.
- HC 217058-RS, rel. Min. Vasco Della Giustina, 6ª turma, j. 20/03/2012
- HC 40.300-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 5ª turma, j. 07.06.2005.
- HC 44.049-SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª turma, j. 12.06.2006.
- HC 95.226/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª turma, j. 04.08.08.
- JESUS, Damásio de. Direito Penal. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquematizado. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Execução Penal. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZACARIAS, André Eduardo de carvalho. Execução Penal Anotada. 2ª ed. São Paulo: Tend Ler, 2006

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.