

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARIANA YURI ARAI

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS FUNÇÕES DA PENA

**CURITIBA
2009**

MARIANA YURI ARAI

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS FUNÇÕES DA PENA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Eduardo Novacki

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA YURI ARAI

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS FUNÇÕES DA PENA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

Aos meus pais, pelo amor incondicional

Às minhas irmãs, pela eterna companhia.

Ao Vicente, pelo amor e pela compreensão.

Ao Professor Eduardo Novacki, pela orientação e pelo bom-humor.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar o Direito Penal como uma dos meios de controle social. Verificar a relação entre o Direito Penal e o Estado Democrático de Direito. Estudar o poder-dever de punir do Estado. Analisar as teorias da pena criminal para depois estabelecer a função preponderante da pena no ordenamento jurídico brasileiro. Analisar a Lei 10.792 de dezembro de 2003, mais especificamente o Regime Disciplinar Diferenciado. Apontar suas características e hipóteses de cabimento. Verificar se o Regime Disciplinar Diferenciado cumpre com a função preponderante da pena.

Palavras-chave: sistema de controle social; direito penal; Estado Democrático de Direito; funções da pena; Regime Disciplinar Diferenciado.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal é visto como fator determinante da vida em sociedade e, conseqüentemente, como principal meio de controle social, por causar a impressão de que é o único meio capaz de impor ordem e de pacificar os conflitos sociais, através da resposta punitiva.

Assim, quando a segurança da sociedade é posta em risco, o Estado, pressionado pela população, encontra no Direito Penal a solução para deter qualquer tipo de conflito que esteja perturbando a paz social.

Foi nesse contexto que a Lei 10.792/2003 surgiu, acrescentando, na Lei de Execução Penal, uma nova modalidade de sanção disciplinar, o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Sua criação ocorreu em meio a uma megarebelião que atingiu diversas penitenciárias. Por conta disso, o caos social tomou conta da população, e o Estado se viu na obrigação de apresentar alguma resposta para a sociedade. Autorizou, assim, como medida emergencial e necessária, o isolamento dos líderes presos de facções criminosas, que continuavam comandando seus subordinados, além dos muros da prisão.

A característica principal desse regime diferenciado é o isolamento contínuo do preso em cela individual, sem qualquer contato com o mundo externo. Trata-se, sem dúvida, de uma sanção extremamente rigorosa. E, por esse motivo, é que o RDD está sendo alvo de diversas críticas. Uma delas está relacionada às funções perseguidas pela pena criminal. Questiona-se se esse regime disciplinar é capaz de alcançar o fim ressocializador do apenado.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho objetiva responder tal questionamento. Preliminarmente, aborda-se o Direito Penal como meio de controle social, sob o prisma de um Estado Democrático de Direito, que visa a assegurar, principalmente, os direitos e as garantias individuais.

Em seguida, apresentam-se as teorias justificadoras da pena criminal e, em contraposição a estas, a teoria do abolicionismo. Posteriormente, discute-se qual a função preponderante da pena criminal na fase de execução penal, que é justamente o que interessa nesse trabalho.

Por fim, dispensam-se algumas linhas acerca do Regime Disciplinar Diferenciado, destacando o contexto em que foi criado e suas características, para depois analisá-lo sob a luz das funções da pena criminal.

2 PODER DO ESTADO: *JUS PUNIENDI*

2.1 SISTEMA DE CONTROLE SOCIAL

Em seu sentido mais amplo, a sociedade é entendida como sendo um conjunto de indivíduos que se relacionam entre si¹, em que "uns dependem dos outros, sem exceção".²

É certo que todo grupo social estabelece regras de condutas aos seus membros, com intuito de assegurar o convívio harmonioso em sociedade. Tal regulação de comportamento decorre da estrutura de poder presente em toda a sociedade³, "com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão".⁴

¹ Norbert Elias entende que a sociedade é um todo, formado por indivíduos, os quais constituem a unidade. Segundo ele, "as relações de unidades de menor magnitude - ou, para usarmos um termo mais exato, extraído da teoria dos conjuntos, as unidades de potência menor - dão origem a uma unidade de potência maior, que não pode ser compreendida quando suas partes são consideradas em isolamento, independentemente de suas relações". Desta forma, a sociedade jamais poderá ser compreendida pela contemplação isolada de cada um dos indivíduos. Ela deve ser sempre estudada levando em consideração o conjunto das unidades, ou seja, dos indivíduos. (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994. p. 16.).

² FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza. **Sociologia e sociedade**. Rio de Janeiro: LTC, 1983. p. 263.

³ Entendem Zaffaroni e Pierangeli que há uma relação muito próxima entre a estrutura do poder e o controle social, de tal forma que "investigando a estrutura de poder explicamos o controle social e, inversamente, analisando este, esclarecemos a natureza da primeira". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.).

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 60-61.

Nesse sentido, Cirino dos Santos sustenta que a organização de uma sociedade deve ser analisada levando em conta a estrutura das classes sociais.

Explica tal assertiva num viés marxista:

Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação da vida material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho - ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados -, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social.

É desta relação desigual entre as classes sociais que surgem as diversas formas de controle social⁵, o qual pode ser compreendido, conforme Lola Aniyar de Castro, como sendo

o conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, usos, terapêutica e Direito - este último entendido em todos os seus ramos, na medida em que exercem esse controle reprodutor, mas especialmente no campo penal; em seus conteúdos como em seus não-conteúdos) cujos portadores, através de processos seletivos⁶ (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária ou secundária ou substitutiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade (ou, no fracasso dela, a submissão) das massas aos valores dos sistemas de dominação; o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta dissociante, se faz sobre destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem.⁷

Nota-se, dessa forma, que os indivíduos necessitam de um ente superior, que estabeleça as regras de convívio social e que, ao mesmo tempo, represente a vontade de todo povo, buscando a paz social.

⁵ Para Nilo Batista, "a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social" é habitualmente chamada de controle social. (BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 21.).

⁷ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 54-55.

Assim, surge o Estado “para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem-estar e progresso”.⁸ Este, por meio da criação de leis, impõe à sociedade limites de condutas e comportamentos. Nessa seara, Queiroz assegura que “as funções do direito e do Estado são, em última análise, uma só e mesma função: possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência”.⁹

O controle social, desempenhado por este ente superior, pode ser exercido "por meios mais ou menos 'difusos' e encobertos até meios específicos e explícitos, como é o sistema penal".¹⁰ Zaffaroni e Pierangeli, desse modo, classificam o controle social como difuso ou institucionalizado, conforme os meios empregados para atingi-lo¹¹. Segundo eles, "o sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo".¹²

O Direito Penal, por seu turno, ocupa um lugar, ainda que limitado¹³, dentro do sistema penal, de tal forma que também exerce o controle social. O Estado protege a sociedade dos conflitos e afasta a insegurança e o medo por meio do seu

⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 314.

⁹ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.115.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.

¹¹ Segundo T. B. Bottomore, há uma diferença entre os "tipos" de controle social e seus meios e agências (veículos do controle social). Exemplifica: "Os principais tipos de controle social são (...) o costume e a opinião, a lei, a religião, a moral e a educação (conhecimento, ciência). O sistema educacional figura como agência de controle social, juntamente com o sistema político, igrejas e outros órgãos religiosos, a família (onde a socialização inicial tem lugar), e muitas outras organizações especializadas". (BOTTOMORE, T.B. **Introdução à Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra e Patrick Burglin. 9ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987. p. 199.).

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.69.

poder subjetivo e exclusivo de punir. Assim, pode-se dizer que o sistema criminal e o Direito Penal constituem "o centro gravitacional do controle social"¹⁴, haja vista que

a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo.¹⁵

Zaffaroni e Pierangeli, ao discorrerem sobre o caráter diferenciador do direito penal, concluíram:

o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador.¹⁶

O Direito Penal é, portanto, o meio mais violento de controle social, tendo em vista o seu caráter punitivo, que provoca "um grau de certeza no comportamento humano que não pode ser alcançado através de outros tipos de controle social".¹⁷

¹⁴ Nesse mesmo sentido, discorre Fragoso: "O sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão de normas. A incriminação de certos comportamentos destina-se a proteger determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição da sanção e de sua efetiva execução evitar que esses comportamentos se realizem. O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, à defesa social na forma em que essa defesa é entendida pelos que têm o poder de fazer as leis. Esse sistema opera através da mais grave sanção jurídica, que é a pena, juntamente com a medida de segurança, em casos especiais." (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 343.). Da mesma forma entende Bitencourt: "Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens". (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.).

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 09.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

¹⁷ BOTTOMORE, T.B. **Introdução à Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra e Patrick Burglin. 9ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987. p. 242.

Em outras palavras, o Estado utiliza do seu poder de punir para controlar a sociedade com maior eficiência.

2.2 DIREITO PENAL, CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado, que detém o poder político da sociedade, monopoliza o uso da força física de cada indivíduo, de tal forma que se afasta o individualismo selvagem, possibilitando a vida em sociedade.

Contudo, esse poder de atuação estatal perante todos os indivíduos não é absoluto, nem ilimitado. Um Estado Democrático de Direito deve buscar sempre atender os interesses de seu povo por meio da criação de uma Constituição, capaz de garantir direitos individuais, limitando o poder do Estado. Nesse sentido, Canotilho entende que “é a constituição que justifica ou dá legitimação ao ‘poder de mando’, ou, para utilizarmos uma formulação clássica, é a constituição que confere legitimação ao exercício da ‘coação física legítima’”.¹⁸

Conseqüentemente, o controle social, desempenhado pelo Direito Penal e exercido pelo Estado por meio da coerção penal,¹⁹ também sofre limitações impostas pela Constituição. Galvão da Rocha explica:

¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. Ed. Ver. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. P. 1422.

¹⁹ Segundo Zaffaroni e Pierangeli, “a pena é a manifestação da coerção penal, se falamos de “coerção penal” *stricto sensu*. Ao invés, quando falamos de “coerção penal” *lato sensu*, incluindo todas as conseqüências jurídicas que se acham previstas no Código Penal – deixando de lado sua verdadeira natureza jurídica -, abarcamos neste conceito as medidas de internação de incapazes psíquicos”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 95.).

O Direito Penal, como qualquer outro ramo do Direito, tem suas raízes de legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição. A ideologia acolhida pela Constituição condiciona a atividade repressiva estatal (fixa com precisão seus limites e objetivos) de modo a estabelecer o alcance da intervenção punitiva e as modalidades em que se exercitará o *ius puniendi*.²⁰

No mesmo sentido, Noronha discorre sobre a relação do Direito Penal com o Direito Constitucional:

Subordina-se, evidentemente, ao Constitucional, já que um Código Penal não pode fugir à índole da Constituição. Se esta é liberal, liberal também será ele. Tal dependência é tão íntima que leva Asúa a dizer que toda nova Constituição requer um novo Código Penal.²¹

O Estado utiliza o Direito Penal como meio para a realização dos fins que lhe são constitucionalmente assinalados, ou seja, ele é usado como um instrumento político social que visa a assegurar “a vigência dos valores constitucionais fundamentais”.²² Nas palavras de Prado, cabe ao Direito Penal

a proteção de bens e valores essenciais à livre convivência e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, inculpidos na Lei Fundamental, em determinada época e espaço territorial. A relação entre a Constituição e o subsistema penal é tão estreita que o bem jurídico-penal tem naquela suas raízes materiais.²³

Ressalta-se que não são todos e quaisquer bens jurídicos que receberão a tutela penal, mas sim aqueles que forem indispensáveis para o convívio em

²⁰ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso Completo.** parte geral. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 55.

²¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal:** introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v. p. 12.

²² QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal.** 2ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.116.

²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.38.

sociedade.²⁴ Nessa linha, Hassemer considera como objeto do Direito Penal “os conflitos desviantes com grande relevância social”, os quais constituem “agressões aos interesses humanos fundamentais”.²⁵

Sendo assim, “não se pode associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada”.²⁶ Em outras palavras, o Direito Penal, como o meio mais violento de controle social exercido pelo Estado, deve ser somente utilizado em casos extremos, em que, sem a sua atuação, a segurança da sociedade é colocada em risco. Entretanto, Bitencourt adverte:

O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.²⁷

Ademais, o Estado somente pode se valer da pena criminal “quando não houver no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito”.²⁸

²⁴ Para Bitencourt, são considerados bens jurídicos os “bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.08).

²⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2005. p.415.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.92.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.05-06.

²⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.67.

Tais perspectivas caracterizam o modelo do direito penal mínimo, que constitui, na visão de Queiroz, “a formulação mais condizente com a Constituição, brasileira”.²⁹

Nota-se que “o perfil do direito penal – autoritário ou democrático – depende da conformação político-constitucional que se lhe dá (ao Estado)”.³⁰ Em outras palavras, segundo Galvão da Rocha, “dependerá sempre de qual sociedade ou qual Estado utiliza-se do Direito Penal para saber qual argumento discursivo é acolhido para legitimar a reprimenda penal”.³¹

Da análise da Constituição brasileira, é possível extrair o modelo de Estado de Direito adotado pelo Brasil. O artigo 1º da Constituição da República dispõe que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, cujo objetivo primordial é a efetiva participação popular. O fundamento de sua legitimação encontra-se na sua “função de garantia dos direitos humanos fundamentais”.³²

Como o caráter democrático do Estado também se estende a todos os seus elementos constitutivos, inclusive à ordem jurídica,³³ a norma jurídico-penal, conseqüentemente, “só adquire legitimidade quando orientada pela finalidade protetiva aos direitos humanos fundamentais, pois tais direitos institucionalizam as condições comunicativas para a formação da vontade política racional”.³⁴ Assim,

²⁹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.118.

³⁰ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.114.

³¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso Completo**. parte geral. 2ª ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 56.

³² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso Completo**. parte geral. 2ª ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 59.

³³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso Completo**. parte geral. 2ª ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 58-59.

³⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso Completo**. parte geral. 2ª ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 60.

pode-se dizer que a observância aos direitos fundamentais é o sinal que caracteriza o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático.³⁵

Portanto, a atuação punitiva do Estado, inserido este em um modelo democrático, encontra-se limitada pela Constituição, a qual estabelece diretrizes para a aplicação da sanção penal, através do reconhecimento de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

2.3 *JUS PUNIENDI*

Como visto, uma sociedade somente se desenvolve quando existem meios de controle social capazes de assegurar um convívio harmonioso entre os indivíduos. E, conseqüentemente, um grupo social não suportaria a inexistência “de uma reprimenda àquele que infringe a lei lesando bens essenciais de alguém ou do próprio Estado, cuja preservação se visa a promover por meio da ameaça penal”.³⁶

Ressalta-se, contudo, que “a ameaça penal e a execução da pena não são fenômenos isolados”,³⁷ ou seja, elas atuam em um campo com diversos instrumentos e processos de controle social, e dependem deles para que alcancem a sua eficácia.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.09.

³⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.16.

³⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2005. p. 413.

Cabe ao Estado aplicar o Direito Penal e executar as sanções decorrentes da aplicação concreta deste para garantir “a tutela da ordem pública e a persecução do bem-comum”.³⁸ Trata-se do chamado poder de punir³⁹ – *ius puniendi*.

Segundo Beccaria, esse poder se originou da necessidade dos homens, agrupados em uma sociedade e em meio aos temores da época, em ceder uma parcela de sua liberdade ao soberano (Estado) para usufruir do restante com maior segurança. Assim, concluiu que

a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.⁴⁰

Sendo o poder de punir essencial para a vida em sociedade, “o *ius puniendi* não pode ser encarado como simples faculdade ou poder, e sim como uma obrigação oriunda da própria organização e fins estabelecidos pelo Estado”.⁴¹ Nesse mesmo sentido, Lopes assegura:⁴²

³⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. Aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.34.

³⁹ Entende Reale Junior que se trata de um poder e não de um mero direito de punir. Segundo ele é um “poder que não cabe deixar de atuar, para assegurar a harmonia social, não deixando ao talante dos particulares a sua efetividade, pois do contrário haveria, de um lado, uma *capitis diminutio*, com fragilização da soberania e, de outro, instalar-se-ia uma profunda insegurança jurídica para a sociedade, pois dependeria a eficácia da norma do interesse da vítima ou de sua família, e insegurança para o infrator, pois o Estado se autolimita a aplicar o ditame da lei, enquanto o ofendido entregar-se-ia a todos os excessos”. (REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.16.)

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p.15.

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. Aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.34.

⁴² Também é o entendimento de Reale Júnior: “O Estado não tem a liberdade de exercer ou não a aplicação e execução da lei penal. Tem o Estado, por meio de seus órgãos dotados de autoridade, Ministério Público e Judiciário, o poder e um dever público de agir contra aquele que deixou de se motivar pela ameaça contida na lei penal. Não há direito de executar o direito frente ao infrator, mas um dever de exercitar o poder de punir”. (REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.15.)

O Estado, para assegurar a paz social, proporcionando condições adequadas à coexistência humana, dispõe de um verdadeiro poder-dever, que não lhe é lícito deixar de exercer, por não ser uma mera faculdade, mas um imperativo indeclinável, cujo descumprimento gera a insegurança e o sentimento de injustiça, capazes de provocar a deterioração da autoridade e, conseqüentemente, a desordem social.⁴³

Ademais, a doutrina caracteriza esse poder punitivo como o Direito Penal Subjetivo do Estado, o qual decorre do próprio Direito Penal Objetivo, que é “o conjunto das normas jurídicas que traduzem as necessidades e os interesses da comunidade, dos indivíduos e do Estado, sob a forma de preceitos coercitivos”.⁴⁴ Em outras palavras, Bitencourt afirma que o direito penal é o direito positivo propriamente dito:

O poder de criar ou de reconhecer eficácia a tais normas é um atributo da soberania, e sua positividade depende de um ato valorativo da vontade soberana, que garante seu cumprimento coercitivamente. O Direito Positivo recebe esse nome exatamente pelo fato de que é “posto” pelo poder político. Nesses termos, evidentemente que o Direito Penal é Direito Positivo, na medida em que a sua obrigatoriedade não depende da anuência dos destinatários, mas da vontade estatal soberana que impõe, e o seu cumprimento está garantido pela coerção, aliás, com a sua forma mais eloqüente, que é a pena.⁴⁵

Assim, pode-se dizer que o *ius puniendi* legitima o Estado para exercer a coerção penal,⁴⁶ como forma de prover a segurança jurídica e garantir a paz social,

⁴³ LOPES, Jair Leonardo. **Curso De Direito Penal: parte geral**. 2.ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 1996. p. 24.

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.50.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.05.

⁴⁶ Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, “a coerção penal se distingue do resto da coerção jurídica porque – como dissemos- procura evitar novos delitos com a prevenção especial ou a reparação extraordinária”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.).

tanto que Beccaria entende que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”.⁴⁷

Esse poder-dever de punir encontra seus limites no próprio Direito Penal Objetivo e no “direito de liberdade assegurado constitucionalmente a todos os indivíduos”,⁴⁸ bem como em todas as garantias diretas⁴⁹ previstas na Constituição. A imposição desse limites se explica, segundo Reale Júnior, por se tratar de um Estado de Direito, em que “o exercício legítimo da força só se justifica se houver limites, e em especial limites materiais, ou seja, na defesa de interesses mais relevantes da vida social”.⁵⁰

Portanto, o Estado tem a legitimidade de exercer seu poder punitivo, como “manifestação de seu poder de império”,⁵¹ desde que respeite os direitos e garantias do indivíduo, uma vez que se trata de um Estado Democrático de Direito. A partir do momento em que se faz uso irracional e abusivo de seu poder, o Estado caminha para a sua deslegitimação, perdendo, assim, força e credibilidade na sua atuação perante a sociedade.

⁴⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p.15.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.05.

⁴⁹ Barbosa entende ser mais adequada a utilização da palavra “garantia” do que “direito”, pois, segundo ele, “é que sendo o direito penal “um direito de garantia”, por sua própria natureza, que visa, com seu sistema, a garantir o cidadão perante o Estado, no confronto punitivo quando se pretende aplicar o “jus puniendi” pela via jurisdicional penal, única possível num Estado de Direito, a expressão garantia é mais adequada, até para exprimir eventuais direitos implícitos”. (BARBOSA, Marcelo Forte. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993. p. 58-59.).

⁵⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.20.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.05.

3 TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA

No Brasil, o sistema de política criminal⁵² gira em torno da pena, como a única resposta social imposta pelo Estado quando alguém viola um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

A existência da pena é justificada pela sua necessidade,⁵³ por passar a impressão de que sem a pena não seria possível a convivência dos homens em sociedade.⁵⁴ Isso porque, nos dizeres de Agnes Heller:

Quando normas e regras sociais são infringidas, punição é a sanção social efetuada de acordo com essas normas e regras. As sanções impõem dor, para que o ofensor pague sua "dívida" e por sua vez isso reforça a validade das normas e regras. A justiça social é, portanto, restaurada.⁵⁵

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli também entendem que a punição, exercida através da pena criminal, assegura as "existências simultâneas", ou seja, a

⁵² Cirino dos Santos explica por que se deve utilizar o termo "política penal" no lugar de "política criminal": "No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares (...)". (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 453.).

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 80.

⁵⁴ Pierangeli reforça essa idéia ao dizer que: "exsurge a pena com o seu conteúdo retributivo como algo indispensável para a conservação de uma sociedade política e juridicamente organizada". (PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1992. p. 208.). Tal conteúdo retributivo será mais para frente conceituado.

⁵⁵ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p.216.

existência de uma sociedade, "com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil)".⁵⁶ Ressalta, ainda, Noronha:

O Estado tem como finalidade a consecução do bem coletivo, que não pode ser alcançado sem preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade, e, portanto, quando se acham em jogo direitos relevantes e fundamentais para o indivíduo, como para ele próprio, Estado, e as outras sanções são insuficientes ou falhas, intervém ele com *jus puniendi*, com pena, que é a sanção mais enérgica que existe, pois pode implicar até a supressão da vida do delinqüente.⁵⁷

A pena criminal torna-se um mecanismo de punição por implicar, segundo René Dotti, a "perda ou restrição de bens jurídicos"⁵⁸, como por exemplo, perda da liberdade quando a pena consistir na prisão. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, "esta privação de bens jurídicos do autor deve ter por objeto garantir os bens jurídicos do resto dos integrantes da comunidade jurídica".⁵⁹

Sendo assim, a pena deve ser proporcional ao delito, de tal forma que a pena atribuída aos crimes deve ser mais grave quanto mais o delito for contrário ao bem público. É, pois, desta forma que os crimes mais prejudiciais à sociedade são evitados. Caso não fosse assim, Beccaria assegura:

Se o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador pôs como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo de recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 94.

⁵⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: introdução e parte geral**. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v. p. 226.

⁵⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 433.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 94.

desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram sofrer.⁶⁰

Em um breve conceito de Noronha, "pena é a retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É a expiação".⁶¹ No entanto, não se pode concluir com isso que a função da pena criminal é a retributiva, uma vez que, de acordo com Bitencourt, ao citar Mir Puig, uma coisa é o conceito da pena e outra, sua função.⁶² Assim, atribuir à pena a natureza compensatória ou expiatória não implica dizer que a função dela seja a retribuição.

É certo que a pena visa a atingir a segurança jurídica, cuja função é proteger os bens jurídicos como forma de assegurar a coexistência.⁶³ No entanto, a doutrina vem procurando explicar mais especificamente a função da pena através de teorias. Ferrajoli dividiu em duas grandes categorias as teorias justificacionistas:

teorias denominadas de absolutas e teorias rotuladas como relativas. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como 'castigo', 'reação', 'reparação' ou, ainda, 'retribuição' do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, 'relativas' todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinqüente, e doutrinas da prevenção geral, que ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral. Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p. 69.

⁶¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v. p. 225.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 81.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 94.

aquela entre doutrinas de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, dependendo do fato da prevenção - especial ou geral - realizar-se positivamente, por meio da correção do delinqüente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou, negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes.⁶⁴

Pode-se dizer, assim, que, originariamente, duas teorias foram desenvolvidas: a teoria absoluta e a teoria relativa. Cada qual com o seu fundamento. Porém, com o decorrer do tempo, suas explicações foram ultrapassadas, gerando discussões e críticas, que fizeram surgir outras teorias.

3.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

As teorias absolutas ou retributivas fundam-se na justa retribuição de um mal.⁶⁵ A pena "representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito, segundo a conhecida fórmula de SENECA: *punitur, quia peccatum est*".⁶⁶ A justificação dessa teoria "não

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 236.

⁶⁵ Numa visão crítica, Cirino dos Santos, ao discorrer sobre a teoria materialista/dialética da pena criminal, atribui a ela a função de retribuição equivalente, que é muito diferente daquelas que atribuem o sentido expiatório e compensatório. Segundo ele, "a função de retribuição equivalente da pena criminal corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado, porque existe como forma de "equivalência jurídica" fundada nas relações de produção das sociedades capitalistas contemporâneas". Deste modo, sustenta que toda a estrutura material de uma sociedade capitalista funda-se no princípio da retribuição equivalente, numa relação semelhante entre o trabalho e o salário, a mercadoria e o preço. No âmbito do Direito Penal, "a retribuição equivalente é instituída sob a forma da pena privativa de liberdade, como valor de troca do crime medido pelo tempo de liberdade suprimida". (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 470-476.).

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 455-456.

se depreende de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma idéia: a justiça".⁶⁷ A respeito disso, Agnes Heller explica:

O único princípio de punição que vale para os seres humanos é aquele de retribuição. Do ponto de vista desse princípio, o homem é sempre tratado como "o próprio fim" e o indivíduo é visto como responsável pela obra, como um mediador livre e racional. Uma pessoa que ofende normas (e viola a lei) deve responder pela ofensa, pagando a dívida contraída e, assim, restaurar a justiça. Uma vez o débito pago, a ofensa paga, a pessoa não é mais culpada.⁶⁸

Assim, a pena criminal, vista como um castigo, "encontra em si mesma a sua justificação".⁶⁹ Não se trata de vingança, uma vez que "o Direito Penal não tem como objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos".⁷⁰ Porém, "é imanente em todos nós o sentimento de retribuição do mal feito pelo delinqüente", como "demonstração de que o direito postergado protesta e reage, não apenas em função do indivíduo, mas também da sociedade".⁷¹

Foi na Idade Moderna, mais especificamente, durante o Iluminismo, que as teorias absolutas se desenvolveram⁷², principalmente através dos filósofos Kant e Hegel, cujas teses podem ser assim sintetizadas:

⁶⁷ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p. 16.

⁶⁸ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p.233.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 120.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 457.

⁷¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v. p. 226.

⁷² Importante destacar que a pena como retribuição do crime já existia muito antes da Idade Moderna. Tal justificativa retributivista rememora, segundo Salo de Carvalho, "modelos penais da Antiguidade, cujos resquícios são encontrados no Velho Testamento - violação por violação, olho por olho, dente por dente; assim como ele causou uma injúria a um homem, assim será feito contra ele - e no primeiro decreto do Código de Hamurábi - se um homem lança uma maldição contra outro homem, sem justificação, aquele que a lança deverá ser condenado à morte". (CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 120.).

a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o Direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que restabeleça o ordenamento legal violado.⁷³

Assim sendo, com razão, Bitencourt assinala que "é notória uma particular diferença entre uma e outra formulação: enquanto em Kant a fundamentação é de ordem ética, em Hegel é de ordem jurídica".⁷⁴

A teoria de Kant, apresentada em sua obra "A Metafísica dos Costumes", sustenta que a lei penal é um imperativo categórico que deve ser respeitado.⁷⁵ E, por isso, é obrigação do soberano castigar aquele que descumpriu a lei.

Na concepção kantiana, "a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei"⁷⁶, objetivando, com isso, realizar a Justiça, uma vez que, quando esta desaparece, não há mais razão dos homens viverem na Terra.

Deste modo, a pena não tem outro fim, senão o de alcançar a justiça, sob o ponto de vista kantiano. Nesse sentido, bem explica Salo de Carvalho:

O modelo penalógico de Kant é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou seja, o fim utilitário seria ilegítimo. Se o direito utilizasse a pena como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o homem, tornando-a

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 205.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

⁷⁵ Roxin menciona o exemplo conhecido de Kant, ao citar um trecho de Naucke, para explicar a teoria retributiva na visão kantiana: "Mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se (v.g., o povo que vive numa ilha decidia separar-se e dispersar-se por todo o mundo), teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus actos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo". (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p. 16.).

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

imoral. Logo, a penalidade teria como *telos* a imposição de um mal decorrente da violação do dever-jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção.⁷⁷

Hegel, por sua vez, em "Princípios da Filosofia do Direito", numa concepção dialética⁷⁸, entende que o crime é a negação do direito e a pena é a negação da negação do Direito, ou seja, "o crime é negado do direito e é anulado pela pena como negação do crime e restabelecimento do direito".⁷⁹

A pena, assim, encontra sua razão "na necessidade de restabelecer a vigência da 'vontade geral', simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinqüente".⁸⁰ Em outras palavras, a pena visa a restabelecer a ordem jurídica perturbada, aniquilando o delito pelo sofrimento da pena.

Os alicerces de Kant e Hegel, entretanto, são vistos como insatisfatórios pela hodierna cultura penalista. Roxin apresenta três argumentos que vão contra a teoria absoluta.

O primeiro deles diz respeito à falta de pressupostos que autorizem o Estado a compensar determinada culpa. Segundo o mesmo autor, a teoria da retribuição "fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado". O segundo está relacionado com a não demonstrabilidade real da liberdade de vontade, o que impede de saber se o indivíduo poderia ter atuado de

⁷⁷ CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 122.

⁷⁸ De acordo com Bitencourt, "é evidente a aplicação de seu método dialético, tanto que podemos dizer, neste caso, que a 'tese' está representada pela vontade geral, ou, se se preferir, pela ordem jurídica; a 'antítese' resume-se no delito como negação do mencionado ordenamento jurídico, e, por último, a 'síntese' vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito".(BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87.).

⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 344.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 86.

um outro modo na situação em que se encontrava. Assim, afirma que "o legislador justifica a pena apenas com uma hipótese que, mesmo não sendo refutada, tão-pouco é comprovável". E, por fim, o terceiro argumento trata da própria idéia de retribuição compensadora, que só se faz plausível "mediante um ato de fé", uma vez que "não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena".⁸¹

Ante as fundamentadas críticas às teorias absolutas, abriu-se espaço às teorias relativas ou preventivas, as quais atribuem funções utilitaristas à pena, ao contrário, portanto, daquelas que a fundamentam como compensação ou expiação do crime.

3.2 TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS OU UTILITARISTAS

Para as teorias relativas ou preventivas, a pena não objetiva retribuir o mal pelo mal⁸², e sim prevenir a prática de novos delitos. Através da ameaça penal, o Estado busca "coagir psicologicamente todas as pessoas que vivem sob o império da lei", revelando "o empenho de inibir as tendências para o delito".⁸³ Entende Beccaria, no mesmo sentido, que "os castigos têm por finalidade única obstar o

⁸¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p. 16-19.

⁸² Na realidade, a pena, vista como um meio utilitário, é, também, "entendida como um mal, mas à diferença dos ideais absolutistas este mal se entende como 'necessário' à manutenção da ordem social e prevenção da criminalidade", uma vez que, através dela, o Estado atua psiquicamente sobre a sociedade, impedindo que os indivíduos cometam novos delitos. (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 215.).

⁸³ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1998. p. 226.

culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime".⁸⁴ Resumidamente, Noronha explica:

O crime não é a causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na idéia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinqüiu, mas advertir aos delinqüentes em potência que não cometam crime. Conseqüentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.⁸⁵

Assim, a função preventiva da pena pode ser dividida em duas direções bem definidas: prevenção geral e prevenção especial, as quais serão analisadas a seguir.

3.2.1 Prevenção Geral

A prevenção geral, na forma mais tradicional, consiste na própria intimidação penal⁸⁶. Por meio da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, busca-se amedrontar aqueles que já executaram uma conduta proibida, e atemorizar os possíveis delinqüentes, evitando, com isso, crimes futuros.⁸⁷ Trata-se do "fenômeno da coação psicológica",⁸⁸ tratado por Feuerbach, cuja teoria, segundo Bitencourt,

⁸⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p. 49.

⁸⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v. p. 225.

⁸⁶ Para Agnes Heller, "intimidação é proposta como um princípio alternativo de punição. Sanções preventivas com a intenção de deter são formas de punição em situações onde não há nada a punir. Crimes previstos, não crimes cometidos, são parte desse princípio". (HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p.226.).

⁸⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 344.

⁸⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 434.

sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contras as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.⁸⁹

A teoria da prevenção geral parte do pressuposto de que a ameaça penal motiva o indivíduo a não cometer crimes, na medida em que as vantagens da realização do crime se mostram inferiores a desvantagem, qual seja, a pena. Exerce-se, assim, uma coerção psicológica.

O Estado utiliza-se do medo manifestante no homem para intimidá-lo a não praticar condutas que violem a norma jurídica. Nesse sentido, com razão, Bitencourt afirma que:

A prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas: a idéia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. Essa teoria valeu-se dessas idéias fundamentais para não cair no terror e no totalitarismo absoluto. Teve, necessariamente, de reconhecer, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem - (...) -, e, por outro lado, um Estado absolutamente racional em seus objetivos, (...).⁹⁰

Figueiredo Dias ressalta que a prevenção geral assume duas dimensões diferentes, subdividindo-se em duas teorias - teoria relativa negativa e teoria relativa positiva:

A pena pode ser concebida, por uma parte, como forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do mal que com ela se faz sofrer ao delinqüente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais: fala-se então, a este propósito, de *prevenção geral negativa ou de intimidação*. Mas a pena pode ser concebida, por outra parte, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico penal; como

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 86.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90.

instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar: neste sentido fala-se hoje de uma *prevenção geral positiva ou de integração*.⁹¹

No entanto, ambas as teorias estão sujeitas às críticas jurídicas. A primeira, a prevenção geral negativa, parece não atingir o seu objetivo intimidador, tendo em vista que a mera ameaça de imposição de pena não intimida todos os membros de uma sociedade. Pode-se até aceitar que "o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena", porém não se pode supor o mesmo de outros indivíduos como "os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais".⁹²

Ademais, essa teoria desconsidera a confiança do delincente em não ser descoberto da prática do delito.⁹³ Por isso, Cirino dos Santos assegura que "não seria a gravidade da pena - ou o rigor da execução penal -, mas a certeza (ou a probabilidade, ou o risco) da punição que desestimularia o outro de praticar crimes".⁹⁴

Esse mesmo autor destaca mais dois obstáculos insuperáveis da prevenção geral negativa:

primeiro, a falta de critério limitador da pena transforma a prevenção geral negativa em verdadeiro terrorismo estatal - como indica, por exemplo, a lei de crimes hediondos, essa frustrada inovação do legislador brasileiro; segundo, a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade da pessoa humana, porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais, ou seja,

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revistadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 99.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 461.

umenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.⁹⁵

As críticas à teoria da prevenção geral positiva, por sua vez, residem exatamente no fato de que a pena, como "reforçador da confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)", estaria deslegitimando o objeto de proteção jurídico penal⁹⁶, qual seja, o bem jurídico, tendo em vista que "o sistema seria o único bem jurídico realmente protegido; o delito não seria um conflito que lesiona bens jurídicos, ou apenas o seria à medida que fosse um signo da lesão à confiança no sistema, embora afetasse os direitos de ninguém".⁹⁷ Nesse sentido, discorrem Busato e Huapaya:

Castiga-se, então, pelo fato de revelar-se contra a norma em vez da ofensa a um bem jurídico. O que sucede logo é que quando se defende a norma independente de seu conteúdo não há nenhuma segurança jurídica. A norma em si mesma pode adquirir qualquer conteúdo, qualquer valor. Pode estar refletindo um Estado democrático ou ocultando um Estado totalitário. Daí a necessidade do elemento referencial ao bem jurídico que evidencia ou põe a descoberto o que realmente se protege com o Direito.⁹⁸

Em razão das críticas às teorias da prevenção geral, tanto em sua dimensão negativa quanto positiva, a pena não pode ser vista como uma ameaça penal, seja

⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 461.

⁹⁶ Ao contrário, para Figueiredo Dias, a teoria da prevenção geral, na vertente positiva, "oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado no problema dos fins das penas; e, também, um entendimento susceptível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos e para o qual, por conseguinte, não se encontra ainda hoje alternativa viável". Isso porque "em primeiro lugar, este critério permite que à sua luz se encontre uma pena (não um pena exata, mas em todo o caso um espaço ou uma moldura punitivos) que, em princípio, se revelará também uma pena justa e adequada à culpabilidade do delinqüente. Em segundo lugar, não está dito que a medida concreta da pena a aplicar a um delinqüente, sendo embora fruto exclusivo de considerações de prevenção geral positiva, não deva ter limites inultrapassáveis ditados pela culpabilidade, que assim se inscrevem na vertente liberal do Estado de Direito e se erguem justamente em nome da inviolável dignidade pessoal". (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revistadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.).

⁹⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: Teoria geral do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 121 e 123.

⁹⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 242-243.

para intimidar os membros de uma sociedade, ou seja para integrar um grupo social por meio da estabilização social normativa.

Caso contrário, estar-se-ia admitindo uma sociedade extremamente punitiva, tendo em vista as conseqüências sociais produzidas pela prevenção geral - as quais não diferem de uma dimensão para outra : "quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema".⁹⁹ Disso, possivelmente, resultaria em um verdadeiro terrorismo estatal.¹⁰⁰

3.2.2 Prevenção Especial

A teoria da prevenção especial, por sua vez, é dirigida, exclusivamente, a pessoa do delinqüente, com o fim de evitar que este cometa novos crimes no futuro. Essa teoria não visa à retribuição do fato praticado, nem à intimidação do grupo social ou à restauração da ordem jurídica, busca-se, na verdade "proporcionar ao condenado, através da execução da pena, caminhos opostos à reincidência".¹⁰¹

⁹⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: Teoria geral do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.

¹⁰⁰ Destaca-se o fato de que Garcez Ramos já considera a nossa sociedade como punitiva, ao dizer que a violência "se encontra institucionalizada e é praticada pelo Estado, precisamente através do 'Direito Penal do Terror'". (RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"**. Curitiba: Juruá Editora, 1991. p. 34.).

¹⁰¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 434.

A pena é vista como uma medida¹⁰² imposta ao autor do crime, cujo objetivo é corrigir e ressocializar o criminoso. Por isso dizer que "a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente".¹⁰³ A respeito disso, Noronha entende que não se pode admitir a sanção como exclusivamente retributiva (o mal da pena ao mal do crime), deve-se ter "em vista a finalidade utilitária, que é a reeducação do indivíduo e sua recuperação".¹⁰⁴

Segundo Cirino dos Santos, a função de prevenção especial da pena criminal é exercida em duas dimensões simultâneas, com as quais o Estado pretende evitar crimes futuros:

por um lado, a prevenção especial *negativa* de segurança social através da *neutralização* (ou da *inocuidade*) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial *positiva* de *correção* (ou de *ressocialização*, ou de *reeducação* etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena - segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur*.¹⁰⁵

Esse mesmo autor entende que a prevenção especial negativa de neutralização do criminoso "constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora do limite da prisão", e, sendo assim, "a neutralização

¹⁰² Bitencourt ressalta que os partidários dessa teoria preferem falar de medidas e não de penas, uma vez que "a pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já a medida supõe que o delinqüente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade", e, portanto, "como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende é corrigir, ressocializar ou inocuidar". (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.).

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

¹⁰⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v. p. 226.

¹⁰⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 7.

do condenado seria uma das funções manifestas ou declaradas cumpridas pela pena criminal".¹⁰⁶

No entanto, quanto à perspectiva positiva, a prevenção especial é severamente criticada pela doutrina em razão da própria idéia de ressocialização, e (até mesmo) do vago conceito atribuído ao termo "ressocialização".

Raúl Cervini critica o fato de que tal expressão não é determinada por um conteúdo concreto, e, isso impossibilita, segundo ele, o "controle racional de seu funcionamento" e a "análise de seu conteúdo". Entende que, possivelmente, "a chave de sua aceitação geral funda-se nesta mesma falta de precisão, uma vez que cada um atribui-lhe um conteúdo e finalidade distintas de acordo com sua ideologia pessoal".¹⁰⁷

Crítico é, também, Cirino dos Santos, ao discorrer contra a função ressocializadora da pena. De acordo com ele, o Estado não tem legitimidade de obrigar o condenado a se submeter a tratamentos¹⁰⁸ de correção:¹⁰⁹

os programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais voluntários, de ajuda à

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 7-8.

¹⁰⁷ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Elianna Granja. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.

¹⁰⁸ Dotti explica que "quando se fala em tratamento do delinqüente não se pretende, é curial, conduzir tal processo à imagem e semelhança de um tratamento médico, vendo na pessoa do condenado um doente: localizado o mal deve ser isolado o seu portador. Trata-se de uma abstração que leva ao chamado mito médico, responsável pela idéia de um *homo criminalis* com suas taras e desvios inatos". (DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1998. p. 230.).

¹⁰⁹ Ferrajoli é partidário do mesmo entendimento: "as ideologias correccionalistas são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana: destas, aquelas da emenda, mesmos nas suas variantes mais atuais e edificantes da "reeducação", ou "ressocialização", ou "reabilitação" ou, ainda, "recuperação social do réu", contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia da consciência". (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 253.).

disposição de auto-ajuda do encarcerado: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável.¹¹⁰

Ademais, Fragoso entende, igualmente, que a ressocialização não pode constituir fundamento da pena, uma vez que a teoria da prevenção especial positiva admite penas indeterminadas. Explica ele:

Há delinqüentes que não carecem de ressocialização alguma, em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não reincidência. A prevenção especial não permite estabelecer a pena a ser aplicada e conduz à idéia de pena indeterminada, a ser aplicada como uma espécie de tratamento, que deve cessar com a cura do enfermo. A experiência com a pena indeterminada é negativa.¹¹¹

No mesmo sentido, conclui Roxin:

a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.¹¹²

Entender que "a pena tem a função única de defender a sociedade de elementos que perturbam a sua orgânica" através da segregação de indivíduos socialmente perigosos ou da correção dos delinqüentes corrigíveis¹¹³, é ignorar o fato de que o tratamento ressocializador, como meio de impor a ordem na sociedade, não atinge o seu fim. Isso porque "o sistema penitenciário é

¹¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 8.

¹¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 345.

¹¹² ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p. 22.

¹¹³ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 49.

absolutamente ineficaz no que toca à dita reeducação do presidiário e, muito ao contrário do pretexto de regeneração, só faz por destruir e desmoralizar a personalidade humana".¹¹⁴ Não é à toa que se fala em "mito da ressocialização", por ser, atualmente, "uma 'utopia' ou um 'eufemismo'".¹¹⁵

As críticas construtivas acerca da idéia finalística da sanção vertida para a ressocialização do infrator afastam, portanto, a adoção das teorias de prevenção especial. Surgem, assim, novas teorias que apontam a função da pena, não mais como um instrumento retributivo, ou ressocializador.

3.3 TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS DA PENA. TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.

Diante da falência dos fundamentos preconizados pelas teorias absolutas e relativas, surgiram as teorias mistas da pena criminal, as quais "representam uma combinação das teorias isoladas, realizada com o objetivo de superar as deficiências de cada teoria, mediante a fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal".¹¹⁶ Nesse

¹¹⁴ MAIOR NETO, Olympio de Sá Satto. Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do Direito Penal. **Ciência Penal. Coletânea de Estudos**. Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999. p. 325.

¹¹⁵ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Elianna Granja. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 463-464.

sentido também discorre Fragoso ao dizer que "a pena é a retribuição, mas deve, por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial".¹¹⁷

Apesar de sua predominância na legislação e na literatura penal, as teorias mistas são insatisfatórias. Roxin entende que a unificação das teorias

tem forçosamente de fracassar, já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável, como muito grave do ponto de vista do Estado de Direito.

Igualmente crítico é Cirino dos Santos, ao sintetizar o argumento da crítica em duas razões:

primeiro, o feixe de funções conflitantes das teorias unificadas não permite superar as debilidades específicas de cada função declarada ou manifesta da pena criminal - ao contrário, as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes.¹¹⁸

Ante ao descontentamento doutrinário em relação à teoria unificadora, a doutrina buscou teorizar novos ideais sobre os fins da pena. Foi elaborada, assim, a teoria da prevenção geral positiva, "fruto das pesquisas que resultaram da insatisfação das antinomias"¹¹⁹ retributivas e preventivas. Esta se subdivide em duas outras teorias: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

¹¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 345.

¹¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 486-487.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

A primeira, teoria da prevenção geral fundamentadora, é representada por Welzel e Jakobs, cujos ideais são, ao mesmo tempo, semelhantes e distintos.

Para Welzel, "o Direito Penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção dos bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica". Sob esse prisma, diz-se que é a através do Direito Penal que os valores, conforme o juízo ético-social de cada membro da sociedade, continuam vigendo, fortalecendo, dessa forma, a atitude permanente dos cidadãos de fidelidade ao Direito.¹²⁰ É o que chamou Kaufmann de "socialização dirigida a uma atitude fiel ao Direito".¹²¹

Já Jakobs, atribui, ao Direito Penal, a função orientadora das normas jurídicas. Entende ele que "as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as expectativas sociais", e o Direito Penal serve "como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais". Assegura que a norma, ainda que tenha sido violada, continua a existir¹²², e a pena criminal, nesse contexto, realiza a função positiva de afirmar a validade da norma ao negar sua violação.¹²³

No entanto, não faltaram críticas quanto à teoria fundamentadora. Bitencourt, assim, as resume:

a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

¹²¹ MIR PUIG, Santiago. **Función fundamentadora de la prevención general positiva**. Barcelona, ADPC, 1986. p. 52-53 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

¹²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 463.

do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.¹²⁴

A teoria da prevenção geral positiva limitadora, por sua vez, em contraposição a teoria fundamentadora, baseia-se na limitação do poder punitivo do Estado. O Direito Penal, aqui, visto como "mais um meio de controle social", "caracteriza-se pela sua formalização", uma vez que a pena criminal, obrigatoriamente, submete-se a pressupostos e limitações, de tal forma que se mantém dentro dos limites penais, e, também, por somente poder ser "imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais".¹²⁵

Tal formalização visa a limitar a intervenção estatal em proteção aos direitos individuais do homem. O Estado somente pode atuar de forma punitiva quando for estritamente necessário, ou seja, quando outras formas de resposta à infração se mostrarem ineficazes. Deve-se, no entanto, sempre respeitar os limites materialmente impostos pelos princípios, tais como o da proporcionalidade, da intervenção mínima, da culpabilidade, etc.

Nota-se que todas as teorias, acima analisadas, não divergem quanto à aplicação da pena criminal, como o único meio a ser empregado na sociedade para alcançar a ordem social. Contudo, em contrapartida a esse entendimento, desenvolveram-se as teorias abolicionistas.

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100.

3.4 TEORIAS ABOLICIONISTAS

As correntes abolicionistas sustentam, de uma forma geral, "que o Direito Penal evidencia sua incapacidade como instrumento de controle social, e que, pelo contrário, constitui um instrumento criminalizador".¹²⁶ Nas palavras de Ferrajoli, as doutrinas abolicionistas:

não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constrictão que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais.¹²⁷

No entanto, existem diferentes abolicionismos penais, seja em virtude das teorias diferenciadas adotadas, ou seja pela postura ético-cultural seguida. Todos eles, porém, possuem a mesma característica, qual seja, "a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a deviação".¹²⁸

De um lado, estão os abolicionistas mais radicais, os quais "não apenas não justificam as penas, como também as proibições em si e os julgamentos penais", deslegitimando "incondicionalmente qualquer tipo de constrictão ou coerção, penal ou social", e do outro, estão os abolicionistas considerados como moderados por se

¹²⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 234.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 231.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 232.

limitarem a "reivindicar a supressão da pena enquanto medida jurídica aflitiva e coercitiva, e, quiçá, a abolição do direito penal, sem, contudo, sustentar a abolição de toda e qualquer forma de controle social".¹²⁹

Entretanto, o abolicionismo, visto como "a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos",¹³⁰ é alvo de várias críticas. A começar pelo seu "caráter utópico e insuficiente, pouco significativo e demasiado limitado para sustentar-se dentro da criminalidade violenta".¹³¹

Para Ferrajoli, a ausência de um poder estatal punitivo resultaria numa sociedade sem regras, abandonada ao *bellum omnium contra omnes*, em que os indivíduos utilizariam a vingança privada e arbitrária para solucionar as lides, e, conseqüentemente, para proteger seus interesses particulares.¹³² Falsa é a idéia de que o direito natural prevaleceria numa sociedade como essa, ou seja, de que uma moral superior seria capaz de regulamentar a vida social entre os homens. Isso, segundo o autor, somente iria regredir a sociedade para um patamar primitivo, em que imperaria a lei do mais forte.

Zaffaroni, ao contrário, parece acreditar nos fundamentos e nas soluções apresentados pela teoria abolicionista, quando critica a posição ferrajoliana quanto à impossibilidade de resolver os conflitos sem a imposição de um sistema penal:

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 232.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 98.

¹³¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 236.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 234.

o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente.¹³³

Todavia, não há como negar "o positivo que resulta a assunção do monopólio do *jus puniendi*, por parte do Estado, neutralizando a vítima e sua vingança privada".¹³⁴ É, por isso, que, alternativamente, propõe-se o Direito Penal mínimo, como o "remédio último" para a solução de conflitos, "cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade".¹³⁵

Zaffaroni, com razão, sustenta que o direito penal mínimo apresenta-se "como um momento do caminho abolicionista":

o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; (...) ¹³⁶

A teoria abolicionista, baseada na deslegitimação do direito penal¹³⁷ e, conseqüentemente, do sistema penal¹³⁸ como meio de controle social, apresenta-se,

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 104.

¹³⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal.** Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 237.

¹³⁵ LUISI, Luiz. **O princípio constitucional penal da intervenção mínima.** Ciência Penal. Coletânea de Estudos. Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999. p. 270.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 106.

¹³⁷ Zaffaroni cita as três razões, apontadas por Hulsman, que justificam a total deslegitimação do sistema penal: "as mortes, privações de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos

hoje, inviável numa sociedade pós-moderna, seja pela reação vingativa descontrolada dos indivíduos para solucionar a lide, ou seja pela prevalência de um disciplinarismo social, em que as regras seriam regidas pelos membros mais fortes da sociedade.

Fato é, no entanto, que o abolicionismo penal não pode ser ignorado. Deve, ao menos, ser discutido e analisado como meio de construção de novas teorias, cujos ideais sejam compatíveis com os direitos e garantias fundamentais do homem, de forma que os indivíduos não sofram desnecessariamente com o poder estatal punitivo injusto e ilegítimo.

3.5 FUNÇÕES PREPONDERANTES DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

gravíssimos por parte dos integrantes do órgãos penais". (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 108.).

¹³⁸ Segundo Zaffaroni, "é evidente que não se pode pretender abolir unicamente o 'direito penal', sem advogar a abolição de todo o 'sistema penal', pois o desaparecimento apenas do primeiro, que nada mais é do que o discurso de justificação e a pauta do órgão judicial, implicaria somente o cancelamento do poder dos juristas e a liberação total dos conflitos ao poder dos outros órgãos do sistema penal. em outros termos, traduziria apenas uma nova ilusão, muito mais infantil ainda: a de confundir o discurso racionalizador do exercício do poder dos sistema penal com este exercício de poder ou de suprimir o já limitado exercício de poder do único órgão que pode gerar uma contradição limitadora e, principalmente, afiançadora dentro dos sistemas vigentes". (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 105-106.).

A Constituição brasileira não estabelece expressamente as funções ou fundamentos da pena criminal, apenas traça limites ao poder punitivo estatal.¹³⁹ Nesse sentido, Carvalho afirma que “o delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com ‘fins, funções ou justificativas’, indicando apenas ‘meios’ para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado”.¹⁴⁰

Código Penal brasileiro vigente, contudo, parece adotar a Teoria Mista ou Unificadora da Pena, uma vez que estabelece, em seu artigo 59, que a pena será aplicada “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Cirino dos Santos explica:

a *reprovação* exprime a idéia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.¹⁴¹

No entanto, a Lei de Execução Penal (LEP), por sua vez, em seu artigo 1º, determinou que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, adotando a prevenção especial.

Diante desse impasse, Gomes conclui que a pena, no sistema penal brasileiro, cumpre funções diferentes conforme momento em que se encontre o processo penal:

No momento da sentença, como se vê, a pena deve ser aplicada com o sentido retributivo e preventivo. No momento da execução, firmou-se a

¹³⁹ GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no direito penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>.

¹⁴⁰ CARVALHO, Salo de. Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos. **Boletim IBCrim**, ano 13, n. 156, Nov. 2005. p. 14.

¹⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 465.

orientação primordial da integração social (prevenção especial). De qualquer modo, o sentido da pena em um determinado momento (da sentença) não se exclui quando ela passa para a fase seguinte (executiva).¹⁴²

Entretanto, insta ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, a pena criminal jamais poderia ser revestida apenas da função retributiva, uma vez que a sanção penal não pode ser vista como uma arma contra os cidadãos. O Estado, como titular do *jus puniendi*, não tem legitimidade para impor um mal ao agente a fim expiar a sua culpa.

Além disso, vale acrescentar que, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerado por Galvão da Rocha “o ponto de partida para a compreensão do modelo constitucional de responsabilização no Estado Democrático de Direito”,¹⁴³ “de modo algum, por exemplo, pode o autor de um crime ser tomado como ‘bode expiatório’, como ‘paradigma’ (‘exemplo’) para a sociedade, como meio para se alcançar a finalidade da prevenção geral”.¹⁴⁴

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli entendem que a prevenção geral intimidatória é vista como uma função simbólica da pena, ou seja, ela não constitui função nem fundamento da pena criminal, mas sim uma consequência da aplicação da sanção penal.¹⁴⁵ Sendo assim, quando a pena só cumpre tal função simbólica, ela se torna “irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em

¹⁴² GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no direito penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>.

¹⁴³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso Completo**. parte geral. 2ª ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 61.

¹⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no direito penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 98.

si, 'coisifica' um homem", violando "princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos".¹⁴⁶

Diferentemente, na fase de execução, prepondera a prevenção especial positiva, que preza pela ressocialização do criminoso. Nas palavras de Nucci, na fase executiva da pena "objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se quando for o caso, o delinqüente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas)".¹⁴⁷

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro está em conformidade com o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 5º, §6º, o qual prevê que "as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados".

Dessa forma, conclui-se que a função preponderante da pena, no momento de seu cumprimento, é a prevenção especial positiva, uma vez que se busca, por meio dela, ressocializar o criminoso, de forma com que ele possa ser reinserido na sociedade.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 98.

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 943-944.

4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

4.1 CONTEXTO DA PROMULGAÇÃO DA LEI 10.792/03

No dia 1º de dezembro de 2003, a Lei 10.792/03 passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, alterando alguns dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Dentre as novidades trazidas por essa lei, destaca-se a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), com a conseqüente restrição das garantias e direitos de alguns presos.

A Lei 10.792/03 teve como base a Resolução SAP 26/01, criada pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, quando o quadro das penitenciárias estaduais encontrava-se em um estado caótico, em que, cada vez mais, multiplicavam-se as rebeliões dentro dos presídios.

Pretendeu-se, com isso, como solução emergencial, implementar unidades de segurança máxima, com fim de isolar os presos e, conseqüentemente, diminuir o contato destes com o mundo externo. Foi criado, assim, o polêmico Regime Disciplinar Diferenciado.

No âmbito federal, o governo tentou instituir o RDD por meio da Medida Provisória 28/02. Contudo, o Congresso Nacional não a aprovou, argumentando ser inconstitucional em vários aspectos, principalmente no que tange a impossibilidade de se legislar sobre a matéria penal por meio de medida provisória.

Entretanto, com a morte de dois juízes de Execução Penal, nos Estados de São Paulo e Espírito Santo, e pressionado pela sociedade, o governo federal

apresentou o Projeto de Lei nº 5.073/01, que acabou sendo convertido na Lei nº 10.792/03, que instituiu, finalmente, o RDD em âmbito nacional.

Como se pode perceber, a lei foi criada às pressas, como forma de restabelecer a ordem social e de suprir o sentimento de insegurança da sociedade.¹⁴⁸ Nesse sentido, esclarece Nucci:

o RDD foi infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos.¹⁴⁹

Nota-se que houve, de certa forma, uma banalização em relação ao uso da coerção penal. A sociedade, ao se deparar com qualquer sensação de insegurança, exige do Estado uma resposta imediata. E, este, por sua vez, encontra no Direito Penal a solução para os seus problemas. Na explicação de Silva Sánchez, isso ocorre porque “a *segurança* se converteu em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”.¹⁵⁰

A consequência disso é a assunção crescente de medidas punitivas pelo Estado, como é o caso do regime disciplinar diferenciado. Para Freire, o poder punitivo estatal foi, visivelmente, ampliado:

¹⁴⁸ Silva Sánchez entende que a “nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como sociedade do medo)”. Isso porque “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança”. (SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industrial**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.)

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 958.

¹⁵⁰ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industrial**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

A velocidade como marca a sociedade contemporânea, os contingentes de riscos, o rompimento das tradicionais redes de segurança, o desemprego estrutural, a cultura do medo, a insegurança difundida incessantemente pelas campanhas de combate à violência proporcionaram um terreno fértil para o reincremento dos mecanismos de controle social, substancialmente no que tange à ampliação do poder punitivo.¹⁵¹

Dessa forma, pode-se dizer que o Direito Penal vem assumindo a condição de *prima ratio*, violando, assim, o modelo punitivo do Estado Democrático de Direito, qual seja, o do direito penal mínimo. Nesse sentido, Sica afirma:

O notável aumento do intervencionismo estatal nas últimas décadas sob o pretexto de repressão à criminalidade acarretou a expansão desmedida do aparelho punitivo em busca de sua eficiência. Essa emergência repressiva colocou o sistema penal no caminho do autoritarismo, configurando-o como forma de controle própria dos Estados absolutos ou totalitários e avessa ao Estado de Direito.¹⁵²

O Estado, frente à tamanha violência social, procura meios para proporcionar à sociedade a sensação de segurança, ainda que seja de forma ilusória. Nessa pressão de busca pela paz social, viu-se como medida necessária “a neutralização e a eliminação de tudo aquilo que pareça desestabilizar ou mesmo destoante do suposto equilíbrio social”.¹⁵³ Ou seja, prefere-se eliminar fisicamente os criminosos, encarcerando-os, a buscar a origem do problema.

Ademais, o sentimento de insegurança e o medo são agravados pelos meios de comunicação, os quais procuram, sempre que possível, impressionar a população. Nesse sentido, Silva Sánchez afirma que “reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam

¹⁵¹ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo IBCCRIM, 2005. p. 110.

¹⁵² SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

¹⁵³ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo IBCCRIM, 2005. p. 117.

como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo”.¹⁵⁴

Assim, em virtude dessas campanhas midiáticas, que promovem um certo grau de sensacionalismo quando se trata de violência, surgem instrumentos punitivos meramente simbólicos, com intuito de afastar a angústia social. Nessa seara, Freire afirma que “a incessante difusão de imagens do terror propicia a implementação de políticas violentas de controle social”, e conclui que “o medo é o ingrediente infalível para a legitimação das medidas de excesso punitivo”.¹⁵⁵

O contexto em que foi criada a Lei 10.792/03 se enquadra exatamente nessa perspectiva do Direito Penal. Diante das megarebeliões que estavam ocorrendo dentro das penitenciárias, a sociedade, angustiada pela insegurança social, exigiu do Estado uma resposta rápida. Este, por sua vez, pressionado pela situação de emergência em que se encontrava a população e pelo sensacionalismo proporcionado pela mídia, criou um instrumento meramente simbólico e punitivo - o Regime Disciplinar Diferenciado -, devolvendo, falsamente, para a sociedade o sentimento de segurança, o qual é, hoje, a principal pretensão aspirada por ela.

Vê-se, com isso, o revigoramento das instituições penitenciárias e a relevância da pena privativa de liberdade como principal instrumento de controle social.

Ressalta-se, contudo, que a idéia e o fundamento de neutralização e de eliminação, em que se tem baseado a prisão dos criminosos, põem em risco a função ressocializadora da pena preponderante na fase de execução penal. Em

¹⁵⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industrial. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

¹⁵⁵ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário contemporâneo**: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo IBCCRIM, 2005. p. 120.

conseqüência disso, questiona-se também se o RDD, aplicado durante o cumprimento da pena criminal, cumpre com essa função, questão esta que será analisada no decorrer do presente trabalho.

4.2 CARACTERÍSTICAS DO RDD

A Lei 10.792/03 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Contudo, para os fins desse trabalho, serão analisadas somente as inovações instituídas quanto ao regime disciplinar de diferenciado.

Antes de tudo, cumpre destacar a natureza jurídica do RDD, que, erroneamente, vem sendo tratado como um novo regime de cumprimento de pena. Trata-se, na verdade, de um regime especial aplicado dentro do regime fechado. Nesse sentido, discorreu Mirabete:

O regime disciplinar diferenciado não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.¹⁵⁶

Pronuncio-se, também, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

O regime disciplinar diferenciado não constitui uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou, um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes já existentes (fechado, semi-aberto e aberto). (...) o RDD nada mais é do que um regime de disciplina carcerária

¹⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. – rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 149.

especial, dentro do regime fechado, que tem como característica um maior grau de isolamento do preso com o mundo exterior, inclusive com o bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos.¹⁵⁷

Esclarecido que o RDD não constitui um novo regime, mas tão-somente um regime diferenciado de cumprimento de pena, passa-se a análise deste como uma inovação acrescida à LEP pela Lei 10.792/03, em seu art. 52, o qual dispõe:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

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

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Serão submetidos ao RDD os presos que praticarem “fatos previstos como crime doloso”. Nucci esclarece que a lei exige somente “fato previsto como crime e não crime, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus**, processo: 2006.04.00.034761-0, UF: RS, Desembargador Relator Néfi Cordeiro, da ta da decisão: 30/10/2006, Órgão Julgador: Sétima Turma. Fonte: DJU. Data: 07.11.2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1498009&hash=e400bf1c16d8bc9f9797c551f69a84e7>.

do Poder Judiciário, em razão da presunção da inocência o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige”.¹⁵⁸

A falta grave, fator incidente do RDD, configura-se quando o fato está previsto como crime doloso e quando há ocorrência de subversão da ordem ou da disciplina do estabelecimento penal.¹⁵⁹ São, portanto, pressupostos cumulativos para a inclusão no RDD.

A lei traz três hipóteses em que se aplica o RDD:

1ª) prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art.52, caput); 2ª) presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§1º); e, finalmente, 3ª) quando houver fundadas suspeitas de envolvimento de participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.¹⁶⁰

Em análise ao referido artigo, a doutrina vem dividindo o instituto em duas espécies: o RDD punitivo e o RDD cautelar.

O RDD, como medida meramente sancionatória, aplica-se para punir o preso pela prática de algum ato previsto como crime dentro da prisão. Nesse sentido, afirma Maranhão que “a inclusão no regime disciplinar diferenciado por ação realizada pelo preso, somente ocorrerá no caso descrito no *caput* do artigo 52 supracitado, pois as expressões “alto risco” e “fundadas suspeitas”, presentes nos

¹⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 445.

¹⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. – rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 150.

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.476.

§§ 1º e 2º desse artigo, envolvem juízo subjetivo, que não se coaduna com o princípio da taxatividade, regente da aplicação das sanções disciplinares”.¹⁶¹

Esse tipo de RDD depende de um procedimento disciplinar, para apuração da falta grave e para que se assegure o direito de defesa, conforme o artigo 59 da LEP. E, ainda, o mesmo diploma legal, em seu artigo 54, §1º, exige requerimento¹⁶² circunstanciado da autoridade administrativa competente. Nota-se, portanto, que não é cabível ao juiz da execução penal incluir o preso no RDD de ofício. Isso porque “não poderia, de fato, o magistrado decretá-lo de ofício, não somente por fugir à sua posição de imparcialidade, mas sobretudo por desconhecer a realidade do presídio”.¹⁶³

Feito o requerimento, o Ministério Público e a defesa deverão se manifestar, para posterior prolação da sentença, a qual deverá ser fundamentada¹⁶⁴ e apresentada no prazo de 15 dias, conforme o artigo 54, §2º, da LEP.

Contudo, ressalta-se que a “autoridade administrativa poderá determinar o isolamento preventivo do preso faltoso pelo prazo de dez dias”, nos termos do artigo 60 da LEP. A inclusão preventiva do preso no regime disciplinar diferenciado somente é cabível se o interesse da disciplina e a averiguação do fato assim

¹⁶¹ HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Execução Penal**. Coordenação Luiz Régis Prado. v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 56.

¹⁶² Para Nucci, o termo mais correto a ser utilizado é “representação”, uma vez que “o diretor do estabelecimento penal não é parte na execução penal e não tem qualquer interesse pessoal no cumprimento da pena, logo, cabe-lhe expor um fato e solicitar providências, o que é típico do termo *representação*”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 453.).

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 452.

¹⁶⁴ Destaca-se que qualquer decisão, seja no RDD punitivo ou seja no RDD preventivo, deverá ser fundamentada, conforme o art. 93, IX da CF. Bittencourt, ainda, acrescenta: “a violência e a gravidade da “sanção” estão na sua essência e na sua motivação, assim, nada e ninguém poderá descaracterizar esse aspecto, salvo a sua revogação definitiva”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.477.).

determinarem, “podendo ser decretada pela própria autoridade administrativa, enquanto aguarda a decisão judicial”.¹⁶⁵ Entretanto, para Kuehne, o isolamento preventivo depende de autorização judicial, cabendo à autoridade administrativa o isolamento nos demais casos.¹⁶⁶

O RDD, como medida cautelar, por sua vez, é cabível nas hipóteses previstas no artigo 52, §§ 1º e 2º, da LEP, em que há fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do preso em organizações criminosas, quadrilha ou bando ou alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.¹⁶⁷ De acordo com Mirabette, tais situações evidenciam a inclusão cautelar do preso no RDD, pois têm como finalidade:

garantir as condições necessárias para que a pena privativa de liberdade ou a prisão provisória seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal e a ordem pública, que continuaria ameaçada se, embora custodiado, permanecesse o preso em regime comum.¹⁶⁸

Magalhães explica que embora o RDD, como medida cautelar, não esteja previsto no Código de Processo Penal, ele deve ser aplicado. Isso porque

Inegavelmente, estamos diante de instrumento que goza de previsão legal, configurando-se em verdadeira medida cautelar típica, não sendo admissível que, em plena era da globalização, da *internet* e também do afloramento de novas e criativas expressões do crime organizado, venha a

¹⁶⁵ COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_2/RegimeDisciplinarDiferenciado%28RDD%29Ummalnecess%E1rio%5B2%5D.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

¹⁶⁶ KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 161.

¹⁶⁷ Na visão de Nucci, somente há coerência na aplicação do regime disciplinar diferenciado com a união dos §§ 1º e 2º do art. 52, da LEP. Segundo ele, “o preso, embora condenado pelo crime de quadrilha ou bando, pode não representar alto risco para a ordem ou segurança do presídio para a ordem ou segurança do presídio ou da sociedade, razão pela qual não será inserido no RDD”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 452.).

¹⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. – rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 151.

se pregar a exaustividade do rol de providências cautelares relacionadas no vetusto Código de Processo Penal de 1941. Ora, mais de meio século se passou desde a edição deste diploma legal, sendo certo que o desenvolvimento da sociedade, da tecnologia e também da criminalidade impõem a aceitação de que o Estado possa fazer uso de artifícios aptos a inibir imediatamente a reiteração de práticas que afrontam, sobretudo, a ordem pública.¹⁶⁹

Quanto ao seu procedimento, não há previsão legal, “confiando ao órgão julgante a avaliação e sopesamento de sua necessidade e conveniência”.¹⁷⁰ Segundo Mirabette, a inclusão preventiva no regime diferenciado deve ser requerida pela autoridade administrativa ou pelo próprio Ministério Público ao juiz competente. Este “poderá ser, conforme a hipótese, o juiz do processo, se a inclusão for determinada no curso da prisão cautelar, ou, tratando-se de medida que visa assegurar condições para o regular cumprimento da pena privativa de liberdade, o juiz competente para a execução, previsto nas leis de organização judiciária”.¹⁷¹

Devidamente analisadas as hipóteses de cabimento do RDD, faz-se necessária a análise das características desse regime disciplinar, que impõe ao preso uma série de restrições. Estas estão previstas no artigo 52, incisos I a IV.

A primeira característica a ser comentada é a duração máxima da inclusão do preso no RDD e a sua renovação. A lei estabelece um teto máximo de 360 dias e a possibilidade de repetir a sanção quando ocorrer “nova falta grave da mesma espécie”, respeitando o limite de um sexto da pena aplicada.

Contudo, Nucci critica a fixação de tempo para a permanência do preso no referido regime especial. Segundo ele, “se a finalidade é garantir a segurança

¹⁶⁹ MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado**. Jus navigandi. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>>. Acesso em: 18/09/09.

¹⁷⁰ *Habeas Corpus*, autos n. 2001.02.01.000481-8, rel. Desembargadora Federal Liliane Roriz, por unanimidade, 2ª Turma Especializada do TRF – 2ª Região, j. em 15.02.2007.

¹⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. – rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 152.

pública e dos estabelecimentos penais não se pode mensurar, exatamente, qual será o tempo necessário para que o preso demonstre menor periculosidade, de modo a ser transferido ao regime fechado comum”.¹⁷²

Já na visão de Mirabette, a restrição quanto ao tempo máximo da inclusão do preso no RDD não se aplica nos casos em que a medida for inserida de forma preventiva e cautelar. Em suas palavras, “natureza e finalidade da medida exigem que a inclusão cautelar seja por tempo indeterminado e recomendam sua permanência enquanto persistirem a prisão e as condições de risco que justificam o regime diferenciado”.¹⁷³

Outra característica do RDD é o recolhimento em cela individual, onde o preso não tem contato com outros indivíduos. Trata-se, na realidade, de uma solitária, mas sem o emprego de cela escura, como expressamente veda o artigo 45 da LEP. Conseqüentemente, também não são permitidas celas em condições insalubres,¹⁷⁴ uma vez que violaria o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁵

A lei estabelece, ainda, outra restrição ao preso submetido ao regime disciplinar diferenciado: a regulamentação de visita. O detento tem direito a visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças.

Ressalta-se, contudo, que o legislador não foi muito claro ao utilizar a expressão “sem contar as crianças”. Há quanto a isso duas opiniões doutrinárias.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 448.

¹⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. – rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 152.

¹⁷⁴ Contudo, exigir que a cela individual para o cumprimento da pena em regime disciplinar diferenciado não seja insalubre, escura ou precária é considerado como um benefício para o preso. Segundo Nucci, “é, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 446.)

¹⁷⁵ SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 17/09/2009.

Uma delas entende que foi proibida a entrada de crianças em estabelecimentos em que o preso cumpre o regime disciplinar diferenciado, uma vez que “o local e a forma dura do RDD poderiam lhe provocar um péssimo abalo psicológico, o que contraria o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)”.¹⁷⁶ Já a outra corrente acredita que as crianças não entram no rol de duas pessoas, podendo ingressar quantas forem necessárias.

Nucci entende que essa limitação de visita tem como finalidade “o maior controle estatal sobre o preso”. Segundo ele, a visita deve ser feita com restrições, ou seja, em sala própria, para que o detento não tenha contato pessoal com os seus visitantes. Conclui que “é um sistema rigoroso, mas indispensável, mormente se voltarmos os olhos ao crime organizado, que busca transmitir informações aos seus comandados, muitas vezes situados fora do presídio”.¹⁷⁷

Além disso, no regime disciplinar diferenciado, a saída para o banho de sol é limitado em duas horas diárias. O horário para o seu cumprimento é estabelecido pelo delegado ou diretor do estabelecimento, a fim de evitar com que o detento tenha uma rotina.¹⁷⁸

Em relação a essa restrição, Nucci acredita “ser tímida essa previsão”. O dispositivo garante a possibilidade do preso de deixar a cela individual por duas horas, independente de haver sol ou chuva. O importante é levar o detento para outro ambiente, seja qual for.¹⁷⁹

¹⁷⁶ COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_2/RegimeDisciplinarDiferenciado%28RDD%29Ummalnecess%E1rio%5B2%5D.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449.

¹⁷⁸ SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 17/09/09.

¹⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449.

Assim, pode-se dizer que a Lei 10.792/03, criando o regime disciplinar diferenciado, fixou restrições provisórias ao exercício dos direitos do preso previstos no art. 41 da LEP, quando do cumprimento desse regime especial.

Contudo, a referida lei permitiu, ainda, que os Estados regulamentassem esse regime, estabelecendo outras restrições com intuito de “atender às suas peculiaridades regionais”. Pode, por exemplo, limitar o acesso aos meios de comunicação e de informação, como fez o Estado de São Paulo, sem violar, evidentemente, o princípio da vedação da incomunicabilidade do preso, previsto na Constituição Federal.¹⁸⁰

Verificadas as hipóteses de cabimento do regime disciplinar diferenciado e as suas características, cumpre agora analisar a validade desse regime especial em relação a alguns princípios constitucionais e, posteriormente, sob à luz da função ressocializadora da pena criminal.

4.3 ANÁLISE DO RDD À LUZ DA FUNÇÃO DA PENA

¹⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. – rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 150.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado com objetivo de “separar os líderes das facções criminosas do restante da população carcerária”¹⁸¹ e do mundo externo (ou seja, além dos muros das penitenciárias), isolando o preso de forma contínua em celas individuais.

A instituição de tal regime disciplinar devolveu à sociedade, ainda que falsamente, a sensação de segurança, a qual se encontrava abalada em virtude das megarebeliões que vinham ocorrendo dentro das prisões.

É certo que o RDD se originou como uma medida urgente. Contudo, foi a resposta mais rápida que o Estado encontrou para acalmar a sociedade. Buscou-se, por meio desse regime especial, dar efetividade à crescente necessidade de segurança nas penitenciárias e resguardar a ordem pública.

Em verdade, o Estado criou o RDD sob a luz do princípio da proporcionalidade, uma vez que preferiu garantir a segurança da sociedade em detrimento da liberdade individual. No entanto, Gomes assegura:

O Estado constitucional, democrático e garantista de Direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado.¹⁸²

No entanto, não se pode negar que o governo buscou uma solução imediata para o cessamento dos conflitos. Vê-se, com isso, que “o Poder Público cada vez

¹⁸¹ COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_2/RegimeDisciplinarDiferenciado%28RDD%29Ummalnecess%E1rio%5B2%5D.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio. **RDD e regime de segurança máxima**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9061>>. Acesso em: 11/10/2009.

mais recorre ao apelo simbólico das leis de ocasião para entorpecer a sociedade civil com respostas ineptas”.¹⁸³

O contexto em que o RDD foi criado parece demonstrar que se trata de uma medida irracional, uma vez que o Estado não pesou as conseqüências de sua aplicação. Em virtude disso, esse regime diferenciado afronta diversos princípios constitucionais, questionado-se, pois, a validade dessa sanção disciplinar.

As críticas ao regime disciplinar diferenciado já se iniciam a partir da “falta da diferenciação no trato dispensado aos distintos tipos de presos”,¹⁸⁴ contrariando o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até que assim seja reconhecido judicialmente, por meio de sentença condenatória transitada em julgado. Esse princípio acompanha o acusado desde a investigação criminal até a fase de execução penal.

A Lei 10.792/03, ao determinar que estarão submetidos tanto os presos provisórios quanto os definitivos (ou seja, os condenados), viola o princípio em questão. Nas palavras de Freire e Raya, “uma pessoa ainda não condenada, e portanto inocente, poderá ser isolada durante todo o tempo que se atrase a Justiça na conclusão do seu processo”.¹⁸⁵ É completamente inviável a aplicação de uma sanção disciplinar tão rigorosa a um indivíduo que ainda está acobertado pelo estado de inocência.

¹⁸³ CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de tântalo: a lei nº 10792/03 e a consolidação da política criminal do terror. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 11, n. 134, p. 6, jan. 2004.

¹⁸⁴ FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **RBCCRIM**. ano 12, nº 49, p. 258, julho-agosto de 2004.

¹⁸⁵ FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **RBCCRIM**. ano 12, nº 49, p. 258, julho-agosto de 2004.

Contudo, ressalta-se que é perfeitamente cabível a inserção de um preso provisório no regime disciplinar diferenciado como medida cautelar. Por vezes, é necessário isolar um preso, ainda que provisório, que esteja perturbando a ordem do presídio e colocando em risco a segurança da sociedade. Em situação como essa não é possível dizer que se ofende o princípio da presunção da inocência, uma vez que a medida se torna indispensável para a preservação da paz social. Critica-se, portanto, a aplicação do regime diferenciado em questão como medida de caráter disciplinar.

Além disso, o já mencionado artigo 52 e seus parágrafos trazem termos vagos ao determinarem as hipóteses de inclusão no regime disciplinar diferenciado, de forma com que a delimitação da abrangência das expressões utilizadas pelo legislador, como preso de “alto risco”, “ordem e segurança”, e “suspeitas de envolvimento ou participação”, torna-se impossível. Ofende-se, assim, o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Nas palavras de Isa,

Salta aos olhos a malícia da técnica legislativa empregada na construção dos tipos infracionais. Socorreu-se o legislador de cláusulas excessivamente amplas, sem definir com precisão os contornos da conduta proibida. Com sinceridade intelectual não é possível captar o que realmente é proibido, não há como negar que as cláusulas são dotadas de gigantesca capacidade de expansão interpretativa.¹⁸⁶

O Conselho do Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária (CNPCP) – também constatou a inobservância ao princípio da legalidade em relação à instituição do RDD:

A textura aberta das hipóteses para a aplicação do RDD viola o princípio constitucional da legalidade penal – expressamente encampada pelo art. 45

¹⁸⁶ ISA, Carlos Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado: o custo ultrapassa o benefício. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 12, n. 141, p. 4, ago. 2004.

da LEP no tocante à aplicação da sanção disciplinar -, o que não pode ser tratado de maneira meramente formal. A tipicidade legal exige que a norma contenha uma previsão hipotética de comportamento de razoável precisão, sem o que se deixa ao aplicador (em geral funcionário do sistema carcerário) o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma dada conduta. Somente um sistema criminal que primasse pelo arbítrio poderia admitir tipos tão imprecisos quanto o “alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal”, sem que se explicitasse qual e quais condutas implicariam o referido “alto risco”.¹⁸⁷

Um Estado, submetido a um modelo Democrático de Direito, encontra seus limites na própria lei. E, uma vez desrespeitado o princípio da legalidade, amplia-se visivelmente o poder estatal, abrindo a possibilidade de agir de forma arbitrária. O RDD, sob essa perspectiva, não deixa de ser mais um instrumento utilizado pelo Estado para controlar toda a sociedade e sustentar o seu poder diante de grupos marginalizados. Não é à toa que o regime disciplinar diferenciado é visto como um “método de aniquilamento de personalidades”.¹⁸⁸

Ademais, ao se analisarem as características desse regime especial, percebe-se que a sua instituição viola também o princípio da humanidade das penas. Em relação a esse princípio, Dotti leciona:

A humanização das penas é outro princípio básico ao Direito Penal Moderno. Ela arranca do sentimento comum aos homens de boa formação ética pois, embora se admita a necessidade da punição, repugna à consciência de todos a inflicção de castigos cruéis e ofensivos à dignidade que sempre permanece, em maior ou menor escala, até o pior delinqüente.¹⁸⁹

A Constituição Federal, nesse contexto, determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, da

¹⁸⁷ PARECER SOBRE O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, de 10 de agosto de 2004. Disponível em: < <http://www.mj.gov.br/cnppc>> (site oficial). Acesso em 21/09/2009.

¹⁸⁸ BARROS, Carmen Silva de. **O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) é um acinte**. Disponível em: < <http://www.processocriminalpsf.com.br/rdd.htm>>. Acesso em: 21/09/2009.

¹⁸⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1998. p. 222.

CF/88). Entretanto, “isolar uma pessoa durante 360 dias, limitando sua liberdade de movimentos, restringindo extremamente suas comunicações e seus vínculos com o exterior e endurecendo, em geral, todas as suas condições de vida, configura um tratamento degradante”, o que aumenta “desnecessariamente a humilhação que já sofre uma pessoa submetida a uma pena privativa de liberdade”.¹⁹⁰

Além disso, o isolamento celular prolongado do preso configura, ainda, uma pena cruel, uma vez que esse tipo de regime disciplinar “promove a destruição moral, física e psicológica do preso”, causando “depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis”.¹⁹¹ Nesse sentido, Carvalho e Freire também entendem:

O isolamento celular prolongado previsto no RDD, em face dos efeitos destrutivos para a saúde física e mental dos condenados, assume feição de pena cruel, reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício de vingança social. Tem-se, assim, não apenas uma ressignificação da disciplina, mas dos próprios suplícios, em um sistema (ideológico) integrado de maxipunitividade.¹⁹²

Ao mesmo tempo em que viola o preceito constitucional da vedação da aplicação de penas cruéis, inobserva, igualmente, a integridade física e moral, assegurada ao preso pela Constituição Federal (art. 5º, XLIX).

Admitir a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado é aceitar “transformá-lo em um verdadeiro animal, um doente mental ou alguém muito pior”.¹⁹³

¹⁹⁰ FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **RBCCRIM**. ano 12, nº 49, p. 273, julho-agosto de 2004.

¹⁹¹ PARECER SOBRE O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, de 10 de agosto de 2004. Disponível em: < <http://www.mj.gov.br/cnppc>> (site oficial). Acesso em 21/09/2009.

¹⁹² CARVALHO, Salo. FREIRE, Christiane Russomano. **O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. Disponível em: <https://www.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/305/273>. Acesso em: 21/09/2009.

¹⁹³ DELMANTO, Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado ou pena cruel? **Boletim IBCCRIM**. ano 11, nº 134, p. 05, janeiro de 2004.

Pode-se dizer, portanto, que o uso do RDD, como sanção disciplinar, é “uma forma absolutamente desumana de apartação de pessoa presa, rotulada como ‘ameaça à segurança social’”,¹⁹⁴ violando o princípio da humanidade das penas.

Questiona-se, assim, se o regime disciplinar diferenciado, uma sanção cruel e desumana, é capaz de cumprir com a função ressocializadora da pena, que é, como visto anteriormente, a função preponderante na fase de execução penal, conforme previsto no artigo 1º da LEP.

Antes de adentrar nessa questão, oportuno se faz analisar a falência da prisão, como a rainha das penas criminais. Insta ressaltar que o sistema de justiça criminal afasta o delinqüente da sociedade, encarcerando-o e neutralizando-o. A prisão, assim, aparece como a principal resposta penológica do Estado contra o ato criminoso. Segundo Cirino dos Santos, "a prisão, justificada pelo discurso penal de retribuição e de prevenção do crime, é um mecanismo expiatório que realiza a troca jurídica do crime em tempo de liberdade suprimida, acoplado a um projeto técnico corretivo de transformação individual".¹⁹⁵

No entanto, indaga-se, hodiernamente, se a pena de prisão serve como "instrumento de retificação do caráter, para correção da personalidade delinqüente, através de processo de reeducação sistemática".¹⁹⁶ De acordo com Baratta, a prisão não cumpre com a sua função ressocializadora e de reinserção social:

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio

¹⁹⁴ CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de tântalo: a lei nº 10792/03 e a consolidação da política criminal do terror. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 11, n. 134, p. 6, jan. 2004.

¹⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 13.

¹⁹⁶ PIMENTEL, Manuel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1983. p. 147-148.

modelo. As características deste modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais), são opostos de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.¹⁹⁷

A pena privativa de liberdade, "em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade",¹⁹⁸ a exemplo disso é os altos índices de reincidência.¹⁹⁹ O fracasso do sistema carcerário é, assim, entendido por Cirino dos Santos:

a crítica científica à ineficácia dos princípios da ideologia punitiva (correção, trabalho, educação penitenciária, modulação da pena, controle técnico da correção etc) costuma indicar que a prisão não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece a organização de criminosos. De fato, a história do projeto "técnico-corretivo" do sistema carcerário é a história simultânea de seu fracasso: o "poder penitenciário" se caracteriza por uma "eficácia invertida", através da produção da reincidência criminal, e pelo "isomorfismo reformista", com a reproposição do mesmo projeto fracassado em cada constatação histórica de seu fracasso.²⁰⁰

O mesmo autor sustenta que a prisão, como aparelho jurídico-penal, possui dois objetivos distintos, os ideológicos (aparentes) e os reais:

¹⁹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 183-184.

¹⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 157.

¹⁹⁹ Conforme Bitencourt: "Um dos dados freqüentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador". (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.).

²⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 81.

Os objetivos ideológicos do aparelho penal se resumem nas metas de repressão da criminalidade e de controle/redução do crime. Os objetivos reais do aparelho penal consistem numa dupla reprodução: reprodução da criminalidade pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados (com exclusão da criminalidade das classes e grupos sociais dominantes) e reprodução das relações sociais, porque a repressão daquela criminalidade funciona como "tática de submissão ao poder" empregada pelas classes dominantes. Assim, a explicação da justiça penal não reside nos objetivos aparentes, de repressão da criminalidade e controle do crime, mas nos objetivos ocultos do sistema carcerário, de reprodução da criminalidade e reprodução das relações sociais, através do controle diferencial do crime.²⁰¹

Dessa forma, pode-se afirmar que o sistema retributivo, alicerçado na prisão como o principal castigo na sociedade capitalista,²⁰² foi um fracasso, se levada em conta, somente, a função declarada da pena, pois não se pode falar que o objetivo real não foi atingido.

Se, inicialmente, "o legislador brasileiro viu na prisão uma forma de reação penal condizente com os estágios de desenvolvimento cultural e político do próprio sistema",²⁰³ hoje, percebe-se que a pena privativa de liberdade não se apresenta como a sanção mais justa, digna e humana na sociedade contemporânea.

Na visão de Freire, as prisões, nos países periféricos, nunca possuíram o caráter disciplinar, capazes de reeducar e, conseqüentemente, reinserir o delinqüente na sociedade. Na realidade, segundo a autora

o traço definidor destas instituições sempre foi seu conteúdo de eliminação (dos criminosos como sinônimo de selvagens ou vice-versa), não somente no que tange à individualidade e à subjetividade dos sujeitos encarcerados, mas, sobretudo, à eliminação física propriamente dita que, por meio de torturas e execuções, condenou à morte um amplo setor da população carcerária.²⁰⁴

²⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 81-82.

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 71.

²⁰³ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1998. p. 109.

²⁰⁴ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo IBCCRIM, 2005. p. 113.

Dessa forma, pode-se dizer que a prisão "não surtiu o efeito que se esperava quanto à emenda do sentenciado",²⁰⁵ mas, pelo contrário, serviu apenas como instrumento segregador.

Assim, levando em conta a falência da pena privativa de liberdade, pergunta-se: se a própria pena privativa de liberdade não alcança o fim ressocializador da pena, como o regime disciplinar diferenciado, inserido em uma medida criminal já em decadência, conseguirá cumprir com a função sua ressocializadora, preconizada na própria Lei de Execução Penal? As conseqüências, por óbvio, não são diferentes. Nas palavras de Freire:

o regime disciplinar diferenciado é um revelador sem nuances do intento inabilitador conferido à sanção penal, pois além de garantir o efetivo isolamento dos sujeitos, ainda dificulta ao máximo o seu rompimento com a rede do sistema. Logo, não há nada mais inabilitador do que a rigorosa submissão às técnicas de deterioração físico-psíquica engendradas pelo sistema penal. A cela fechada do isolamento celular assume nítida feição de sepulcro provisório.²⁰⁶

Uma sanção disciplinar, como o RDD, que viola garantias fundamentais asseguradas ao indivíduo, certamente, não é capaz de reeducar o criminoso. A adoção do isolamento do preso, como forma de ressocialização, apenas conduz e/ou manipula a sua personalidade, impondo uma forma de tratamento e, conseqüentemente, afetando "a consciência e a escala de valores do preso".²⁰⁷

Assim, o regime disciplinar diferenciado, como medida meramente disciplinar, pode ser visto como um mero "exercício de vingança social", uma vez que a inclusão do preso nesse regime visa apenas a punir o criminoso faltoso, isolando-o em celas

²⁰⁵ PIMENTEL, Manuel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1983. p. 147.

²⁰⁶ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo IBCCRIM, 2005. p. 140.

²⁰⁷ FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **RBCCRIM**. ano 12, nº 49, p. 276, julho-agosto de 2004.

individuais. Nesse sentido foi o parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária:

O cumprimento de pena em que apenas é exercido o castigo, sem que o isolamento social contribua, de alguma forma, para que o sentenciado retorne à sociedade de forma produtiva e harmônica, é o exercício puro e simples de vinagça social, o qual não mais é admitido pelo ordenamento jurídico, revelando a crueldade da aplicação penal.²⁰⁸

Insta ressaltar, contudo, que, no Estado Democrático de Direito, “a pena cumpre dois papéis: retribuir o mal causado pela prática do crime e ressocializar o agente, readaptando-o à vida social, por meio de serviços e oportunidade colocados a sua disposição”.²⁰⁹ Sendo assim, “qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, o castigo e a reintegração social, com a observância apenas no primeiro, mostra-se ilegal e contrário a Constituição Federal”.²¹⁰

Entretanto, como medida cautelar, não há que se falar em ressocialização. O que se busca com a aplicação do RDD, na realidade, é neutralizar o preso, de tal forma que ele fique isolado do mundo externo, visando, com isso, a garantir a segurança social. Tal medida, por vezes, mostra-se necessária para restabelecer a ordem. E, sob essa perspectiva, é possível afirmar que esse regime diferenciado cumpre a função de prevenção especial negativa, até mesmo porque o objetivo pelo

²⁰⁸ PARECER SOBRE O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, de 10 de agosto de 2004. Disponível em: < <http://www.mj.gov.br/cnppc>> (site oficial). Acesso em 21/09/2009.

²⁰⁹ COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_2/RegimeDisciplinarDiferenciado%28RDD%29Ummalnecess%E1rio%5B2%5D.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

²¹⁰ PARECER SOBRE O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, de 10 de agosto de 2004. Disponível em: < <http://www.mj.gov.br/cnppc>> (site oficial). Acesso em 21/09/2009.

qual o RDD foi criado foi exatamente esse, ou seja, impossibilitar que o preso tivesse contato com as suas facções criminosas.

Nota-se, portanto, que a aplicação do RDD de forma punitiva não alcança o fim ressocializador pretendida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ela acaba exercendo a mesma função que a medida cautelar, qual seja, neutralizar o preso. Nessa seara, Gomes afirma que, “na prática, o que se cumpre é a função preventiva negativa da inocuização (mero enclausuramento, sem nenhum tipo de assistência ao recluso, sem oferta das condições propícias a sua reinserção social)”.²¹¹

As características do RDD, portanto, mostram-se incapazes de reeducar e reinserir o preso no meio social. Isso porque o isolamento celular contínuo do preso produz diversos efeitos negativos em todos os sentidos, psicológicos, físicos e mentais; além de violar, de uma vez só, preceitos fundamentais, como o princípio da legalidade, da presunção de inocência, da vedação às penas cruéis e degradantes.

Diante disso, o regime disciplinar diferenciado, como medida punitiva, não cumpre com a função de ressocialização do preso, mas sim com a função retributiva, impondo um mal (isolamento celular) pela prática de um fato previsto como crime, e com a função de eliminar o delinqüente da sociedade, neutralizando o indivíduo como forma de proporcionar segurança social. Já quanto à inserção do preso no RDD de forma cautelar, defende-se sua aplicação, uma vez que ela se mostra imprescindível em algumas situações, em que se exigem o isolamento do preso do mundo externo de forma urgente.

²¹¹ GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no direito penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>.

5 CONCLUSÃO

1ª CONCLUSÃO: Viver em sociedade exige a determinação de regras de conduta e comportamento para que os indivíduos possam se relacionar de forma harmoniosa. No entanto, para que isso ocorra, faz-se necessária a existência de um Estado, que imponha ordem na sociedade. Para tanto, este se utiliza de diversos meios de controle social, dentre eles o sistema penal, o qual é visto como o instrumento mais violento e mais rigoroso deste tipo de controle, em virtude de sua resposta punitiva contra o crime.

2ª CONCLUSÃO: O modelo punitivo adotado pelo Estado está diretamente relacionado com a conformação político-constitucional que se lhe dá ao Estado. E, sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, é certo que o Direito Penal encontra seus limites nos princípios seguidos pelo Estado Democrático, cujo principal fundamento é proteger os direitos e as garantias do indivíduo.

3ª CONCLUSÃO: Defende-se, na teoria, um direito penal mínimo, prevalecendo a subsidiariedade da intervenção penal. Contudo, na prática, percebe-se que o Direito Penal tornou-se um mero instrumento de combate à criminalidade. O Estado vem utilizando as leis penais para alcançar os objetivos almejados por toda a sociedade, quais sejam, ordem e segurança, através da criação de medidas irracionais e abusivas.

4ª CONCLUSÃO: A Lei 10.792/03, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, é fruto de uma legislação de emergência, uma vez que foi criada apenas para suprir o medo e a insegurança pela qual passava a sociedade.

5ª CONCLUSÃO: O Regime Disciplinar Diferenciado tem como principal característica o isolamento contínuo do preso. Trata-se de uma pena cruel e desumana, capaz de violar a integridade física e moral do apenado. Em razão disso, pode-se dizer que esse regime especial, como medida punitiva, não exerce a função ressocializadora, preconizada na fase de execução penal, mas sim uma função meramente retributiva, pois visa a castigar o criminoso. Também, pode-se dizer que o isolamento celular do preso alcança a função declarada da pena criminal, qual seja a de neutralizar o delinqüente, uma vez que o incapacita de continuar liderando suas facções criminosas no mundo externo.

6ª CONCLUSÃO: O Regime Disciplinar Diferenciado, como medida cautelar, é imprescindível para a preservação da paz social, tendo em vista que ele cumpre com a função de prevenção especial negativa, isolando o preso, evitando que este tenha contato com outras pessoas, principalmente com organizações criminosas.

7ª CONCLUSÃO: A validade do Regime Disciplinar Diferenciado é duvidosa, o que demonstra o fracasso do Estado em atingir a paz social por meio de medidas criadas por leis no calor da emoção. São tentativas frustradas, que apenas dão a falsa sensação de dever cumprido por parte do Estado. E, a sociedade, por sua vez, finge acreditar que o problema foi resolvido, quando, na verdade, ela continua existindo. Essa ilusão somente terá fim quando o Estado conseguir, realmente, encarar a realidade e buscar resolver a real causa da existência de tantos conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARBOSA, Marcelo Forte. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993.

BARROS, Carmen Silva de. **O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) é um acinte**. Disponível em: < <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>>. Acesso em: 21/09/2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. Parte geral. 14 ed. rev.atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTOMORE, T.B. **Introdução à Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra e Patrick Burglin. 9ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus**, processo: 2006.04.00.034761-0, UF: RS, Desembargador Relator Néfi Cordeiro, da ta da decisão: 30/10/2006, Órgão Julgador: Sétima Turma. Fonte: DJU. Data: 07.11.2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1498009&hash=e400bf1c16d8bc9f9797c551f69a84e7>.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. Ed. Ver. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos. **Boletim IBCrim**, ano 13, n. 156, Nov. 2005.

_____. **Pena e Garantias**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo. FREIRE, Christiane Russomano. **O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO:**

notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Disponível em: <https://www.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/305/273>. Acesso em: 21/09/2009.

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de tântalo: a lei nº 10792/03 e a consolidação da política criminal do terror. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 11, n. 134, jan. 2004.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Elianna Granja. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário. Disponível em: <
http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_2/RegimeDisciplinarDiferenciado%28RDD%29Ummalnecess%E1rio%5B2%5D.pdf>. Acesso em 17/09/2009.

DELMANTO, Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado ou pena cruel? **Boletim IBCCRIM**. ano 11, nº 134, janeiro de 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revistas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1998.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ELIAS, Nobert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **RBCCRIM**. ano 12, nº 49, julho-agosto de 2004.

FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza. **Sociologia e sociedade**. Rio de Janeiro: LTC, 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário contemporâneo**: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo IBCCRIM, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no direito penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>.

HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Execução Penal**. Coordenação Luiz Régis Prado. v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2005.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

ISA, Carlos Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado: o custo ultrapassa o benefício. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 12, n. 141, ago. 2004.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso De Direito Penal**: parte geral. 2.ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 1996.

LUIZI, Luiz. **O princípio constitucional penal da intervenção mínima**. Ciência Penal. Coletânea de Estudos. Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado**. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>>. Acesso em: 18/09/09

MAIOR NETO, Olympio de Sá Satto. Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do Direito Penal. **Ciência Penal. Coletânea de Estudos**. Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999.

MIR PUIG, Santiago. **Función fundadora de la prevención general positiva**. Barcelona, ADPC, 1986. p. 52-53 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. – rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARECER SOBRE O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, de 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cnppcp>> (site oficial). Acesso em 21/09/2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1992.

PIMENTEL, Manuel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1983.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"**. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso Completo**. parte geral. 2ª ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. Aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 21 de junho de 2009.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industrial. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 7ª ed. rev e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.