



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MAYARA DOS SANTOS RODRIGUES MENDES

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: A TORTURA INSTITUCIONAL.

FORTALEZA
2014

MAYARA DOS SANTOS RODRIGUES MENDES

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: A TORTURA INSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor M.Sc.**Márcio Ferreira Rodrigues Pereira.**

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

M538r Mendes, Mayara dos Santos Rodrigues.
Regime disciplinar diferenciado: a tortura institucional / Mayara dos Santos Rodrigues
Mendes. – 2014.
76 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direitos Humanos.

Orientação: Prof. Me. Márcio Ferreira Rodrigues Pereira.

1. Pena (Direito) - Brasil. 2. Criminologia. 3. Direito penal – Brasil. I. Pereira, Márcio Ferreira
Rodrigues (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.8

MAYARA DOS SANTOS RODRIGUES MENDES

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: A TORTURA INSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre **Márcio Ferreira Rodrigues Pereira.**

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.Sc. Márcio Ferreira Rodrigues Pereira (Orientador).
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. M.Sc. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará - UFC

Doutorando M.Sc. Álisson José Maia Melo
Universidade Federal do Ceará - UFC

À meu querido e amado pai, **Mauro Mendes**,
a quem devo a honra de ser filha, amiga e fã.
“E nos seus olhos era tanto brilho que mais
que seu filho, eu virei seu fã”.

AGRADECIMENTOS

“Todas as cartas de amor são ridículas. Não seriam cartas de amor se não fossem ridículas”, já dizia o Pessoa. Não que os agradecimentos ao final de um trabalho monográfico seja, verdadeiramente, uma carta de amor, não é. Mas, se olharmos com calma, acaba sendo um pouco. Tenho algumas linhas para AGRADECER àqueles que, de uma forma ou de outra, me ajudaram nesta pequena fase da minha vida: a graduação.

Agradeço a **Deus** e a sua infinita bondade. Ao amor divino que inunda o coração humano, que transborda, vira cachoeira, reclama e grita como um louco: preciso amar o outro para não me entorpecer de mim mesma. Minha fé não reconhece nenhuma instituição humana. Creio no “essencial, no que é invisível aos olhos” (Antoine de Saint-Exupéry).

Agradeço à toda minha família, meu porto-seguro. À meu pai, verdadeira condição de possibilidade da minha existência e verdadeira condicionante formadora do meu ser. À minha mãe, **Mariana**, pelo carinho, pela espontaneidade e pela alegria. Às minhas irmãs, **Mayrine** e **Marina**: “ter um irmão é ter, pra sempre, uma infância lembrada com segurança em outro coração” (Tati B.). À minha querida prima e afilhada Talita, que Deus te abençoe neste difícil momento. À todos os meus primos e primas, tios e tias.

Agradeço à minha grande amiga **Tayana Gouveia**, pessoa que quero muito bem. Muito obrigada por ser minha amiga e minha confidente. Foi amizade à primeira vista. A primeira sacada sutil (piada) foi certeira: deu vontade de rir e a gente riu com olhos e dentes. De lá pra cá, eu nunca mais consegui ficar longe da tua ironia lépida e fagueira, do teu senso de humor, da tua alegria e autenticidade. Deleuze para você, minha linda: "Tenho uma hipótese: cada um de nós está apto a entender um determinado tipo de charme. Ninguém consegue entender todos os tipos ao mesmo tempo. Há uma percepção do charme. [...] um gesto, um pensamento de alguém, mesmo antes que este seja significativo, um pudor de alguém são fontes de charme que têm tanto a ver com a vida, que vão até as raízes vitais que é assim que se torna amigo de alguém. Vejamos o exemplo de frases! Há frases que só podem ser ditas se a pessoa que as diz for muito vulgar ou abjeta. Seria preciso pensar em exemplos e não temos tempo. Mas cada um de nós, ao ouvir uma frase deste nível, pensa: "O que acabei de ouvir? Que imundície é essa?" Não pense que pode soltar uma frase destas e tentar voltar atrás, não dá mais. O contrário também vale para o charme. Há frases insignificantes que têm tanto charme e mostram tanta delicadeza que, imediatamente, você acha que aquela pessoa é sua, não no sentido de propriedade, mas é sua e você espera ser dela. Neste momento nasce a

amizade. Há de fato uma questão de percepção. Perceber algo que lhe convém, que ensina, que abre e revela alguma coisa".

Agradeço ao meu grande amigo **Rafael Barros** por me presentear com sua existência. Indício de amizade (evidências): "o fato de uma pessoa conseguir ficar em silêncio do lado da outra sem que isso vire um problema, sem que você fique procurando algo para dizer para acabar com a quietude do momento. O silêncio entre ambos não indica neste caso uma falta de assunto, mas um excesso de cumplicidade. Eles estão ali, estão próximos, às vezes tem várias coisas para compartilhar, mas por algum motivo o silêncio passou a reinar entre eles, e isso em nada incomoda os presentes. Quando o fato de ficar em silêncio se torna insuportável ao outro, a meu ver, é sinal de que a amizade ainda não alcançou aquele lugar tão almejado. Falta ainda um patamar, talvez o último patamar. Talvez uma amizade verdadeira seja uma grande iniciação ao silêncio. Mas um silêncio de cúmplices e não um silêncio de incomodados" (Fabiano Veliq). Meu bem, quero ouvir o teu silêncio, o nosso silêncio, quero atingir o último patamar.

Agradeço aos queridos amigos **Fernando Firmeza** (o Firme!), **Isaac Rodrigues** (meu companheiro de revolta e de enxame!), **Raphael Franco** e **Diogo Portela**. Vocês despertaram em mim a militância estudantil e também foram, por um tempo, o meu referencial. Como forma de agradecer, quero dividir com vocês o poema "Nosso Tempo", do Drummond. Ao Fernando, pela firmeza de caráter eu dedico este verso do poema: "Meu nome é tumulto e escreve-se na pedra". Ao literato boêmio Diogo e ao Rafa, eu ofereço: "As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis". Ao Isaac, como não poderia deixar de ser: "São tão fortes as coisas! Mas eu não sou as coisas e me revolto".

Agradeço a minha querida amiga **Rebecca Lira**. Admiro muito: essa é das minhas!!! Sei que vou levar para o resto da vida, não tem jeito: nossos signos combinam!!! (kkkkkkkkkkkk).

Agradeço aos amigos que fiz durante o tempo de CACB: **Rebecca, Walessa, Thiago, Matheus, Kilvia, Firmeza, Saullo, Edson, Leandro, João Victor, Diogo, Gabriela, Marwil, Ricardo** e **Florence**. Foi bom estar com vocês! Se eu não tivesse participado do CA e não tivesse conhecido vocês, faltaria alguma coisa nessa trajetória. Se eu não tivesse participado do CA, não teria 'perdido' alguns sábados e domingos indo para Faculdade. Se eu não tivesse participado do CA, certamente teria tido mais tempo para estudar. Se eu não tivesse participado do CA, não teria ido a tantas reuniões. Ainda bem que vocês me salvaram da angústia e da pobreza do "se". Seria muito medíocre ir para faculdade, responder a chamada e voltar para casa. "Há quem passe pelo bosque e só veja lenha para

fogueira” (Leon Tolstói). Obrigada a cada um por ter me ajudado a ver (e reparar) o bosque todo! Tudo valeu a pena: as reuniões, as discussões, os bares, as piadas e as histórias!

Agradeço aos meus queridos amigos, companheiros nos bares da vida, **Jacy Luz, Breno Cachaça, Breno Modesto, Julianne Melo, Raiane Pinheiro** e a **Nicole Vasconcelos**. Muito bom estar perto de vocês. Prepare a cerveja, o violão e a poesia que estamos chegando.

Agradeço aos amigos que fiz em sala de aula **Hernandes, Lara, Samatha, Amélia, Acácia, Kamyllé, Naime, Remo, Jaime, Marquim, Rafael, Roberval, Lívia, Pedro, Nilson, Thiago David, Ésquilo, Judith, Renan, Caio, Juliana, Enderson**.

Agradeço ao grande mestre **Oswaldo**, pessoa que tenho muita admiração. Nunca vou esquecer o seu olhar acolhedor no meu primeiro dia de Faculdade. Muito especial, não cabe nem em palavras.

Agradeço ao professor **William**, à **Tainah**, à **Cecília** e ao **Álison** pelo aprendizado que tive durante o ano que participei do CEDIC.

Agradeço ao **Seu Moura** pela alegria e solitudes de sempre: “que ninguém se engane, só se consegue a simplicidade através de muito trabalho” (Lispector).

Agradeço a querida **Laryssa Ramos**, amiga de todas as horas.

Agradeço ao querido **Victor Mota** pelas discussões no curso deste trabalho.

Agradeço aos amigos e amigas que fiz durante o período de estágio: **Ivone, Ellen, Sérgio, Cris, Nilton, Dani, Roberta, Augusto, Adelize, Paulo, Luciana, Franco, Jhonny, Cristian, Marquim e Felipe**.

Agradeço ao meu orientador, **Márcio Pereira**, esta pessoa linda que admiro bastante. Muito bom saber que a Faculdade de Direito ganhou novos ares com a sua chegada! O seu sendo crítico e a sua dedicação à docência fazem de você fonte de inspiração. “Se você é capaz de tremer de indignação a cada vez que se comete uma injustiça no mundo, então somos companheiros” (Che). Muito obrigada por tudo, companheiro!

Agradeço aos demais membros da banca: Prof. **Raul Nepomuceno** e **Álison Melo**.

Cinco anos passei na Faculdade de Direito da UFC e melhor seria dizer: cinco anos nas Faculdades de Direito da UFC. O que dizer? Rauzito me ajuda: “Há tantos caminhos, tantas portas, mas somente um tem coração”.

“Só uma coisa a favor de mim posso dizer: nunca feri de propósito. E também me dói quando percebo que feri. Mas tantos defeitos tenho. Sou inquieta, ciumenta, áspera, desesperançosa. Embora amor dentro de mim não falte”(Clarice Lispector).

RESUMO

O estudo busca analisar o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), instituído pela Lei nº 10.792/2003, sob vários aspectos: histórico, jurídico, político e sociológico. Impende asseverar que o RDD é uma medida disciplinar que estabelece o isolamento quase absoluto do recluso, por um longo período de tempo. A medida tem como finalidade declarada desarticular as organizações criminosas, por meio do isolamento de seus líderes. A pesquisa segue uma lógica crescente de abstração, de modo que a perquirição se dá desde a entrada do instituto no ordenamento jurídico, passando pela análise de sua constitucionalidade, até, ao final, analisar a correlação existente entre o RDD e a teoria do Direito Penal do Inimigo, sistematizada por Gunther Jakobs. No primeiro capítulo, analisa-se o contexto histórico e social que forjou o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado, bem como seus aspectos jurídicos. No segundo capítulo, analisa-se a (in)compatibilidade do RDD com a Constituição Federal de 1988, bem como o aspecto simbólico da medida. No terceiro capítulo, analisa-se a teoria do Direito Penal do Inimigo e a sua incompatibilidade com Estado Democrático de Direito, demonstrando-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é um produto da teoria sistematizada por Jakobs. Diante da pública demonstração de incompetência, o Estado, baseado na lógica do Direito Penal simbólico, criou o instituto ora estudado, forjando um verdadeiro Estado de polícia dentro do Estado de Direito.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado. Legislação do terror. Inconstitucionalidade. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT

The study investigates the Differentiated Disciplinary Regime , established by Law No. 10.792/2003 in various aspects : historical, legal, political and sociological . Incumbent asserting that RDD is a disciplinary measure establishing the almost complete isolation of the prisoner, for a long period of time . As stated purpose is to disrupt criminal organizations , by isolating their leaders . The research followed a growing logic of abstraction , so that the perquisition occurred since the entry of the institute in the legal system , through the analysis of their constitutionality , even at the end , analyze the correlation between the RDD and the Theory of the Criminal Law enemy, systematized by Gunther Jakobs . The first chapter analyzes the historical and social context which shaped the emergence of the Differentiated Disciplinary Regime and its legal aspects . In the second chapter, we analyze the (in) compatibility of RDD with the Federal Constitution of 1988 and the symbolic aspect of the measure . The third chapter analyzes the theory of the Criminal Law of the Enemy and incompatible with a democratic state , demonstrating that the Differentiated Disciplinary Regime is a product of systematic theory Jakobs.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime. Terror legislation.Unconstitutional.Criminal Law of the Enemy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: DA RESOLUÇÃO Nº 26/2001 À LEI Nº 10.792/2003.....	16
2.1 Megarrebelião de 2001: a panela de pressão explodiu.....	16
2.2 A resposta: Resolução nº 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo e o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado.	19
2.3 Análise da (in)constitucionalidade e da (i)legalidade da Res. nº 26/2001 da SAP-SP.	21
2.4 A mídia como instrumento do discurso “legitimador” da resolução nº 26/01.....	25
2.5 A Lei nº 10.792/2003: aspectos legislativos do Regime Disciplinar Diferenciado.	26
3 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGISLAÇÃO ESPETÁCULO E A INEFETIVIDADE DA MEDIDA.	31
3.1 RDD à luz dos Direitos Fundamentais	31
3.2 RDD: reforma pontual que frustrou os objetivos da Lei de Execução Penal. E o objetivo ressocializador?.....	40
3.3 O duplo simbolismo do RDD	45
4 RDD: A LEGISLAÇÃO DO TERROR	53
4.1 Direito Penal do Inimigo e (ou) Estado Democrático de Direito.	53
4.2 O Regime Disciplinar Diferenciado como fruto da legislação do terror.	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário, como um todo, há muito apresenta sinais de decadência. Superlotação, falta de higiene, prisões que não oferecem o mínimo de condições para uma vida digna e que não conseguem assegurar um mínimo de segurança aos custodiados, denunciam a falência do sistema prisional brasileiro.

Pode-se dizer, sem exagero, que a pena privativa de liberdade imposta se converte em privativa de dignidade, dada a aviltante situação a que o detento é submetido. A histórica negligência com a questão carcerária e a falta de investimentos no setor contribuíram decisivamente para o surgimento de um novo fenômeno da dinâmica prisional: as organizações criminosas.

A criminalidade organizada atuante no seio das prisões cada vez mais demonstra seu poder de ação e de articulação. Em 2001, a administração penitenciária do Estado de São Paulo foi surpreendida com uma megarrebelião, envolvendo 29 (vinte e nove) unidades prisionais. A insurgência foi imputada ao Primeiro Comando da Capital (PCC), facção criminosa que domina os presídios paulistas.

A megarrebelião de 2001 denuncia uma nova faceta das rebeliões brasileiras: agora, as organizações criminosas, de modo extremamente coeso, utilizam as rebeliões como instrumento de pressão do crime organizado em face do Estado, demonstrando uma atuação quase que política destas organizações.

Neste contexto, o Regime Disciplinar Diferenciado surgiu inicialmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Resolução nº 26/2001, da administração penitenciária de São Paulo. A medida foi, na verdade, uma resposta emergencial ao caos instaurado com a megarrebelião de 2001. O RDD surgiu com o objetivo desarticular as organizações criminosas, por meio do isolamento de seus líderes. Posteriormente, o RDD foi regulamentado a nível nacional pela Lei nº 10.792/2003.

Vale asseverar que o RDD tem natureza jurídica de sanção disciplinar. O preso submetido à medida fica em isolamento quase absoluto, por um período de até 360 (trezentos e sessenta) dias ou de 1/6 (um sexto) da pena. Durante a submissão ao RDD, o preso somente pode sair de sua cela individual por 2 (duas) horas diárias para banho de sol.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar, sob variados enfoques, o RDD. Busca-se perquirir se a medida está em conformidade com a Constituição Federal de 1988, a qual tem a dignidade da pessoa humana como princípio material. Analisa-se o impacto da medida na dinâmica do sistema prisional, almejando averiguar a efetividade da medida, ou

seja: o RDD consegue alcançar os seus objetivos declarados? Por fim, analisa-se a possível correlação existente entre a medida e a teoria do Direito Penal do Inimigo e a naturalização do estado de exceção.

2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: DA RESOLUÇÃO Nº 26/2001 À LEI Nº 10.792/2003.

“Brilhante ideia de uma cabeça nervosa grafitando outro muro de raiva; Eles já sabiam, mas deixaram a sina guiar a sorte”.
(O Rappa – Monstro invisível¹).

2.1 Megarrebelião de 2001: a panela de pressão explodiu.

No domingo do dia 18 de fevereiro de 2001, a administração penitenciária do Estado de São Paulo foi surpreendida com uma megarrebelião envolvendo 25 (vinte e cinco) unidades prisionais e 4 (quatro) cadeias públicas, sob a responsabilidade da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, segundo dados fornecidos pela assessoria de imprensa da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado² - SAP.

A data escolhida não foi por acaso. Era dia de visitas e muitos familiares se encontravam no interior dos estabelecimentos prisionais, o que exigia do Estado uma atuação mais cautelosa, sem violência.

A megarrebelião foi imputada à facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC). Os motivos que ensejaram a insurgência dos detentos relacionam-se com a transferência e o isolamento de presos apontados como líderes de organizações criminosas³ para os presídios do interior do Estado (Anexo da Casa de Custódia de Taubaté).

As reclamações contra as péssimas condições carcerárias sempre foram a tônica das rebeliões nos presídios brasileiros. Todavia, na megarrebelião de 2001, pelo menos em um primeiro momento, não constava na pauta das reivindicações denúncias contra as insalubres condições dos presídios, o que somente foi apontado em momento posterior.

¹ Disponível em: <http://letras.mus.br/o-rappa/1289032/>.

² Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

³ “Em fevereiro de 2001, a Casa de Custódia estava reformada e os presos retornaram para a unidade. **Dez líderes, no entanto, foram isolados em outras unidades prisionais.** Em resposta ao endurecimento do regime, em 18 de fevereiro de 2001 aconteceu a maior rebelião que se tem notícia. A megarrebelião envolveu 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 4 (quatro) cadeias públicas, sob a responsabilidade da Secretaria da Segurança Pública do Estado”. (grifo nosso). Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

O objetivo da insurgência era pressionar a administração penitenciária, ante a tentativa de desarticulação das organizações criminosas atuantes no seio das prisões. Neste sentido, aduziu Salo de Carvalho⁴:

Diferentemente dos conflitos carcerários identificados até aquela data, a motivação que gerou a megarrebelião não se restringiu à simples denúncia das deficiências do sistema carcerário, mas, sobre forte influência de grupos organizados, surgiu como resposta às ações governamentais que tentavam dissuadir o Primeiro Comando da Capital (PCC) ao transferir seus principais líderes para locais distantes da capital do Estado.

A sublevação ocorrida em 2001 inaugura novo colorido aos conflitos carcerários. Se antes estes conflitos findavam dentro da própria prisão e tinham como motivos básicos a melhoria das precárias condições carcerárias, a partir do período retromencionado, as rebeliões passam a, também, ser utilizadas como instrumento de pressão do crime organizado exercido em face da administração penitenciária.

Fernando Salla⁵ aponta que as rebeliões no Brasil podem ser divididas em três períodos. Em cada um deles, determinadas características deste tipo de conflito se sobrepõem, sem, contudo, eliminar as demais.

O primeiro período remonta às origens das prisões brasileiras e vai até meados dos anos oitenta, do século passado. Neste lapso temporal, as rebeliões têm como característica marcante a reivindicação por melhores condições carcerárias. A motivação básica liga-se a questões de higiene, alimentação, assistência, salubridade, reclamações quanto a superlotação.

As reivindicações por melhores condições estruturais sempre estiveram presentes nas rebeliões, revelando a histórica negligência com a questão carcerária. Esta demanda ainda se faz presente durante estes conflitos, afinal, as condições indignas ainda são a regra no sistema penitenciário brasileiro. Não obstante, o estudioso observa que, por mais que a luta por melhores condições ainda esteja na pauta das reivindicações, as rebeliões ganharam novo colorido durante as últimas décadas.

O segundo período coincide com a transição do regime autoritário para o democrático. Assentada no valor dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 significou profunda alteração paradigmática nos institutos jurídicos. No que se refere ao

⁴CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 272.

⁵SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira**. Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014.

sistema carcerário, a Carta Política estabeleceu vários direitos fundamentais da pessoa presa (art. 5º, XLVIII, XLIX e L), colocando-a como verdadeiro sujeito de direitos.

Neste sentido, o pesquisador aponta que a política de humanização dos presídios encontrou forte resistência das instâncias administrativas de controle, as quais sempre foram refratárias a qualquer tipo de mudança e de fiscalização externa, o que resultou em inúmeros conflitos, com atuação extremamente violenta do Estado. Confira-se⁶:

O segundo período compreende a década de 80 e culmina com o Massacre do Carandiru, na Casa de Detenção em São Paulo, em outubro de 1992, quando o país saía do regime autoritário e a democratização provocava uma política de humanização dos presídios, que enfrentou forte resistência dentro das administrações penitenciárias e policiais.

O terceiro período, inaugurado com a megarrebelião de 2001, demonstra uma atuação quase que política dos grupos organizados, os quais demonstram grande poder de coesão e de atuação estratégica. Este período “é fortemente marcado pela incapacidade ou omissão do Estado em gerenciar o sistema prisional de modo a conter a atuação de grupos criminosos”, nas próprias palavras do pesquisador.

A megarrebelião de 2001, envolvendo 29 (vinte e nove) unidades prisionais sob o comando da facção criminosa (PCC), comprova que a “panela de pressão” explodiu, repercutindo para além dos muros das prisões. A partir daí, as rebeliões passam a, também, ser utilizadas como estratégia política dos grupos organizados, na tênue relação que estes grupos mantêm com a administração penitenciária.

Não se pode negar que a organização de grupos criminosos no seio das prisões é fruto da incompetência do Estado na gestão do sistema prisional. Tal sistema cria e alimenta seus próprios “monstros”⁷.

A ausência sistêmica do Estado no interior das prisões, ante a falta de estrutura física e de pessoal, dá margem ao surgimento de grupos criminosos no interior destes estabelecimentos. Há muito, o Estado não consegue gerenciar a ordem e a disciplina internas nas prisões, de modo que a massa da população carcerária fica à mercê destes grupos. O dia-a-dia dos custodiados é regido por estas organizações. O Estado, quando muito, divide espaço

⁶SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014.

⁷SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307: “Assim, além de denunciarem condições precárias de encarceramento que continuam a predominar no Brasil, as rebeliões têm revelado uma baixa capacidade do Estado em controlar a dinâmica prisional, em fazer valer os princípios fundamentais de respeito à integridade física dos indivíduos presos, permitindo que grupos criminosos imponham uma ordem interna sobre a massa de presos”. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014.

com os grupos criminosos no gerenciamento do cumprimento da pena. Neste diapasão, Fernando Salla⁸ obtempera:

Dois ou três agentes de segurança são responsáveis por 500, 600 ou mais presos, numa evidente demonstração que não dispõe de qualquer meio para impor as regras estabelecidas pela administração prisional. As massas carcerárias ficam, assim, à disposição das lideranças dos grupos mais organizados que ali se encontram.

O histórico descaso do Estado com a questão carcerária, a falta de investimento e de planejamento neste setor, relegou os presos à sua própria sorte, criando condições ideais para o surgimento de lideranças criminosas no interior dos presídios, as quais se organizam em grupos cada vez mais coesos e atuantes dentro e fora das prisões. Mais uma vez, Salla⁹:

Embora as facções criminosas mais antigas e poderosas que atuam nas prisões se tenham formado nos Estados do Rio de Janeiro (Comando Vermelho, Amigos dos Amigos, Terceiro Comando) e São Paulo (Primeiro Comando da Capital, Comando Democrático da Liberdade, Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade), por todo o Brasil esses grupos têm surgidos nas prisões. É o caso de estados como o Rio Grande do Sul (Manos e Brasas), Mato Grosso do Sul (Primeiro Comando da Liberdade), Minas Gerais (Primeiro Comando Mineiro, Comando Mineiro de Operações Criminosas), Paraná (Primeiro Comando do Paraná), Pernambuco (Comando Norte/Nordeste), entre outros. É provável que esses grupos não tenham ainda a mesma consistência dos existentes no Rio e em São Paulo, mas não é difícil prever que a sua atuação encontra condições favoráveis para se expandir.

A crise do sistema carcerário brasileiro atesta a absoluta impotência do Estado para impor a ordem dentro das prisões. A megarebelião de 2001 demonstra o surgimento de um novo fenômeno na dinâmica do sistema prisional: o surgimento de grupos criminosos organizados. As rebeliões mostram os presos enquanto força política em oposição à administração penitenciária. As prisões tornaram-se fábricas de criminosos.

2.2 A resposta: Resolução nº 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo e o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado.

A crise do sistema penitenciário e o caos instaurado no seio das prisões nunca foram segredos para ninguém. Todavia, para o Estado e para a sociedade civil, de um modo geral, era muito cômodo fazer vista grossa a esta problemática, já que os conflitos carcerários, até então, eram pontuais, finando do seio das próprias prisões. As rebeliões pouco

⁸SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014.

⁹SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014

incomodavam a sociedade extramuros, a qual enxergava estes conflitos como algo muito distante de si.

No entanto, os conflitos carcerários ganharam proporções nunca antes vistas. Não foi possível ignorar a megarrebelião de 2001, a qual representou o rompimento da ordem posta. O grande poder de coesão e de articulação do Primeiro Comando da Capital determinando atuações dentro e fora dos presídios assustou a sociedade civil e alardeou a histórica e, até então, abafada ineficiência estatal no controle do sistema penitenciário.

Abalada a credibilidade do sistema penitenciário do Estado de São Paulo, em face da demonstração do poder de organização e de articulação do PCC, a Secretaria de Administração Penitenciária do referido Estado editou a Resolução nº 26/2001 instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A medida surge com a declarada proposta de dissuadir a organização criminosa (PCC), no afã de resgatar a desgastada imagem da administração penitenciária perante a sociedade civil.

A referida resolução previa a aplicação do RDD aos presos apontados como líderes e integrantes de organizações criminosas. O ato normativo estabelecia o isolamento celular por um período de 23 (vinte e três) horas diárias, com a saída para banho de sol de, no mínimo, 1 (uma) hora por dia, pelo tempo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias de permanência, nos termos do art. 1º c/c art. 5º, II do mencionado ato normativo¹⁰.

O RDD surgiu com escopo de conter, de modo emergencial, a criminalidade organizada, forjada pelas precárias condições de segurança dos estabelecimentos penitenciários. O seu objetivo principal era neutralizar, por meio do isolamento, os presos apontados como líderes de organizações criminosas.

Nesta conjuntura, verifica-se que RDD foi uma resposta simplista e imediatista do Estado de São Paulo ao caos instaurado no seio das penitenciárias, corroborando a sua impotência em lidar com tais conflitos. Nesta senda, pontua Camila Dias¹¹:

O Estado, ao mesmo tempo em que reconhece sua fragilidade e fraqueza revendo os objetivos de suas instituições e tornado-as mais factíveis – no caso da prisão, não mais reabilitar, mas simplesmente manter o criminoso imóvel, tenta esconder seu

¹⁰Artigo 1º - O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), **aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas**, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, é próprio do Anexo de Taubaté, das unidades I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau, Iaras e de outras designadas pela Administração.

Artigo 5º - Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras: II - **Saída celsa para banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia.** (grifado). Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

¹¹DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional.** Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 3, Edição 5, Ago/set 2009. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/revista_fbsp_05_artigo_3_0.pdf. Acesso em 01 de março de 2014.

fracasso como garantidor da segurança pública, empregando uma força punitiva excessiva, como demonstração de sua capacidade de punir.

O combate ao crime organizado foi o principal argumento que embasou a resolução nº 26/2001, argumento que foi fortemente propalado pela mídia corporativa. Neste sentido, obtempera Salo de Carvalho¹²:

A inflexão do discurso estabelece clara dicotomia entre as lideranças opressoras e os criminosos ocasionais e eventuais, de escassa periculosidade. Com base neste pressuposto, confere caráter redentor à punição disciplinar que, por meio do isolamento dos ‘opressores’, supostamente asseguraria ao restante da massa carcerária ‘oprimida’ a proteção desejada.

Na mesma toada, a administração penitenciária do Estado do Rio de Janeiro também editou a resolução Res. nº 59/2002, nos moldes da legislação paulista, instituindo o Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES), em resposta a uma rebelião ocorrida no ano de 2002, no presídio fluminense Bangu I, sob o eventual comando de Fernandinho Beira-Mar¹³. Inicialmente, o instituto era aplicado somente em determinadas unidades prisionais do Estado de São Paulo¹⁴ e do Rio de Janeiro.

2.3 Análise da (in)constitucionalidade e da (i)legalidade da Res. nº 26/2001 da SAP-SP.

Verifica-se que o Regime Disciplinar Diferenciado se inseriu no ordenamento jurídico brasileiro de forma totalmente irregular o que, de certa forma, é fruto do seu contexto de surgimento – uma legislação de emergência. Por meio de resolução administrativa, criou-se uma nova espécie de sanção disciplinar extremamente gravosa ao cumprimento da pena privativa de liberdade imposta.

¹²CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 275.

¹³CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 274: “No Estado do Rio de Janeiro, a primeira experiência análoga ao RDD ocorreu em dezembro de 2002, quando da rebelião no Presídio de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar. Imediatamente após o término do movimento, os líderes foram isolados e o restante dos participantes foram colocados em Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES)”.

¹⁴Em um primeiro momento o regime foi adotado em cinco unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré. Ao longo do ano as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o regime e um novo estabelecimento, o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, foi inaugurado (2/4/02) exclusivamente para tal finalidade. Hoje (6/8/03) três unidades recebem os internos em regime disciplinar diferenciado: o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, com capacidade para 160 presos, abriga 54; a Penitenciária I de Avaré, com 450 vagas, abriga 392 e o Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, com 160 vagas, abriga 69 mulheres presas. Resumindo de uma população carcerária de 94.561 presos, 515 internos estão em regime RDD.

A ausência de lei ordinária instituindo a medida disciplinar fez letra morta ao princípio da legalidade, direito fundamental, insculpido no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Neste sentido, Baratta¹⁵:

A pena, especialmente em suas manifestações mais drásticas, que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e da incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional, isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo e do poder de fato em uma sociedade.

No âmbito penal, norteado pelo princípio da intervenção mínima, o princípio da legalidade estrita é uma garantia do cidadão e, ao mesmo tempo, uma limitação ao poder do Estado. Aqui, o termo lei há de ser compreendido em sentido formal e material, pois não há pena sem lei certa, prévia, restrita e escrita, forjada por autoridade competente. O que se justifica pela ínsita violência que toda resposta penal contém. Com efeito, Bitencourt¹⁶:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

Nestas perspectivas, uma sanção disciplinar tão gravosa quanto o RDD não poderia, jamais, ser instituída por meio de um ato do poder executivo. Sem adentrar, por enquanto, na (in)constitucionalidade material do instituto, ver-se que, no que diz respeito ao aspecto formal, somente lei ordinária federal poderia dispor sobre este tipo de sanção.

Toda história do Estado Democrático de Direito é a história da limitação do poder. Esta premissa incide com toda ênfase na seara penal, já que aqui intervenção estatal projeta-se sobre a própria liberdade ambulatorial do indivíduo, o que, em um primeiro momento, parece colidir com fundamento do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. Consoante Ingo Sarlet¹⁷, o princípio da dignidade da pessoa humana confere unidade axiológica ao ordenamento jurídico brasileiro:

Dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento

¹⁵BARATTA, Alessandro. **Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria e prática nas ciências criminais.** Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** Vol. I. 15 Edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2010. Pág. 40.

¹⁷SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4ª Edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006. Págs. 77 a 80.

que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. Impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

Toda espécie de restrição à liberdade do indivíduo, para se legitimar neste modelo de Estado, precisa, necessariamente, obedecer ao princípio da legalidade e o da proporcionalidade. Assim, as sanções disciplinares aplicadas no bojo da execução penal têm de se submeter ao princípio da legalidade e a todas as suas implicações, conforme preceitua Wiecko V. de Castilho¹⁸ em lição lapidar, a qual não excede a transcrição:

Na concepção de Estado de Direito Social, não pode haver espaços juridicamente vazios, todos devem ser fundamentados na lei e na Constituição. Nesse contexto o conceito de relação especial de poder perde sentido. O campo da discricionariedade da Administração diminui. O condenado, o recluso, possui um 'status' que engloba direitos e deveres, é um sujeito na relação com o Estado. De qualquer forma, porém, em todos os países em que vigora essa concepção política, ocorreu um atraso na efetivação desses postulados. O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidos de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob a reserva legal, evitando-se uso de conceitos abertos.

Do exposto, não é difícil concluir que a Resolução nº 26/01 da SAP/SP padecia da eiva de ilegalidade, bem como da pecha de inconstitucionalidade formal. A ilegalidade do ato reside no fato de ter extrapolado, em muito, os estreitos limites conferidos às espécies normativas forjadas pelo executivo, as quais, salva raras exceções previstas na Constituição Federal, não lhes são conferidas inovar no ordenamento jurídico, visto que tal atribuição compete ao Poder Legislativo. A inconstitucionalidade formal reside na invasão de competência da União, já que, nos termos do art. 22, I, da CRFB/88, compete a este ente federativo legislar sobre Direito Penal e Processual Penal.

Ademais, ressalte-se que a decisão sobre a submissão do preso ao Regime Disciplinar Diferenciado caberia, de acordo com a Resolução nº 26 da SAP-SP, exclusivamente à autoridade administrativa, prescindindo de qualquer interferência do Poder Judiciário, confira-se:

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

¹⁸CASTILHO, Wiecko V. de. **Controle da Legalidade na Execução Penal**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1988, p. 25.

A ausência de controle judicial na aplicação do instituto, relegando esta drástica decisão ao exclusivo alvedrio da autoridade penitenciária, foi de encontro ao princípio da jurisdicionalização da execução penal, segundo o qual toda a execução da pena deverá ser regida pelo Poder Judiciário, respeitadas as garantias do devido processo legal. Neste sentido, Alexis Couto¹⁹:

A conseqüência natural do distanciamento do Judiciário da execução é a completa discricionariedade do administrador prisional, o que levou ao subterrâneo o reconhecimento da dignidade da pessoa presa, tratada por vezes como um *non cives*. [...] A execução penal brasileira é eminentemente judicial. O processo é conduzido pelo Judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referentes a um processo penal como a ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência.

As relações travadas entre o Estado e os indivíduos têm o traço da verticalidade, com uma clara posição de vantagem daquele em relação a estes. O Estado detém o monopólio da violência “legítima”, seus atos gozam de presunção de veracidade. Deste modo, as garantias fundamentais surgiram para conter (ou pelo menos tentar) o poderio do Estado, objetivando-se o equilíbrio nestas relações. Equilíbrio este que não é possível concretizar-se, valendo mesmo a tentativa.

A legitimidade do Poder Judiciário advém da motivação racional de seus julgados (art. 93, IX, da CRFB/88), o que, de certa forma, confere mais segurança contra o arbítrio estatal. Neste sentido, a execução da pena deve ser efetuada sob a estrita observância do Poder Judiciário. E não poderia ser de outra forma, pois que no cumprimento da pena privativa de liberdade o indivíduo está sob a integral tutela do Estado e, portanto, a sua vulnerabilidade está mais exacerbada.

A presença de um órgão externo e imparcial (Poder Judiciário) fiscalizando as ações praticadas pela Administração Penitenciária é imprescindível para salvaguarda dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa presa.

Some-se a tudo isso a violação a vedação de júízo ou tribunal de exceção – art. 5º, XXXVII, da CRFB/88 - que a resolução representava, conforme bem pontuou o Parecer exarado, à época, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²⁰ a respeito do RDD, *in verbis*:

Fica evidenciada a ausência da intervenção do Poder Judiciário na alteração do processo de execução da pena, o que, por si só, demonstra grave incoerência jurídica nos termos do que aponta. Esta ausência do Poder Judiciário adentra no perigoso terreno das "exceções" na atividade de julgar, tão combatidas pelo constituinte de 1988. Assim, quando o Estado hodierno permite que a autoridade administrativa

¹⁹BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27/ 28.

²⁰ Disponível em: file:///C:/Users/Mayrine/Downloads/Parecer%20RDE.pdf. Acesso em 05 de março de 2014.

escolha presos e elabore lista punitiva, de conformidade com seus próprios critérios, observa-se que, pela via oblíqua, ou ao menos de forma análoga, institui-se um tribunal de exceção para os problemas da execução penal.

Nesta senda, a decisão sobre a submissão do preso ao RDD não poderia ficar sob a exclusiva apreciação da administração penitenciária, conforme previa o art. 2º da Res. nº 26 da SAP/SP.

Vê-se que às críticas as resoluções²¹ que instituíram o RDD não foram poucas, nem sem razão de ser. A medida disciplinar apareceu no ordenamento jurídico brasileiro de forma contingencial, verdadeira legislação de emergência, com objetivo declarado de combater à criminalidade organizada, mal que deveria ser combatido a qualquer custo, mesmo a revelia de princípios e de garantias tão caros ao Estado Democrático de Direito.

2.4 A mídia como instrumento do discurso “legitimador” da resolução nº 26/01.

Apesar da gravíssima violação ao princípio da legalidade que a Resolução nº 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária representava, o RDD obteve forte apoio da mídia e da população em geral. O instituto, ainda sobre a roupagem de resolução, também não encontrou fortes resistências no Judiciário e no Ministério Público. A Resolução nº 26/2001 teve, inclusive, sua constitucionalidade confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²² (!).

Não é possível desconsiderar o papel que a mídia exerce na expansão do Direito Penal²³. Muitas vezes e de forma irresponsável, certos setores dos meios de comunicação apresentam o recrudescimento do aparato repressivo estatal como solução para sensação de impunidade, a qual, não raro, é fomentada pela própria mídia.

²¹Sobre a Resolução nº 26 da SAP-SP, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em Parecer, relatoria de Paulo Sérgio dos Santos, concluiu: “Entendo que são válidas, para as Resoluções SAP-59/2002 e SAP-091/2003 da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, as mesmas considerações de ordem jurídica, teórica e política já aprovadas pelo CNPCP em relação ao RDD, a saber: Que tais resoluções: violam a Constituição Federal; Violam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário; Violam as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Prisioneiros; Que tais resoluções: Ressaltam um caráter vingativo do Estado através de tratamento desumano e cruel aplicado aos presos, em contraposição aos diplomas legais acima mencionados”. Disponível em: file:///C:/Users/Mayrine/Downloads/Parecer%20RDE.pdf. Acesso em 05 de março de 2014.

²²MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72: “Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta grave a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la. Porém, chamado a intervir, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, ao argumento de que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislar sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88)”.

²³Confira-se: VICENTE, L.M.D e RIBEIRO, W.R. **O papel da mídia na expansão do sistema penal**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4189.pdf>. Acesso em 06 de março de 2014.

Neste contexto, o RDD foi “vendido” como salvador da pátria. A imagem que se buscava passar era a de que o instituto traria segurança, restabelecendo a ordem pública abalada pelos conflitos de 2001. A Resolução nº 26/2001 da SAP/SP é um genuíno exemplo da denominada legislação simbólica.

Alguma coisa deveria ser feita para aplacar o sentimento de insegurança que se abateu sobre a sociedade civil, sedenta por uma resposta, ainda que simbólica e pouco eficaz, de toda forma; uma resposta urgia. A Res. nº 26/2001 da SAP cumpriu este papel.

O discurso que legitima o fortalecimento e expansão do Direito Penal, olvidando-se de sua característica principal: a excepcionalidade, e, ao mesmo tempo, insinua a diminuição das garantias e dos direitos fundamentais da pessoa presa, é falacioso, perverso e ilusório.

O discurso punitivista, legitimador do Estado policalesco, contém o germe da sua própria destruição. Ao mesmo tempo em que, falaciosamente, prega o recrudescimento do aparato repressivo estatal como “solução” para crescente violência, este discurso parece esquecer que as prisões brasileiras são verdadeiras fábricas produtoras de criminalidade.

Vê-se, claramente, que a política de encarceramento a todo custo, a banalização da prisão, tornando-a regra e não exceção, sem que concorram, para isso, as mínimas condições físicas e estruturais para o acolhimento da crescente população carcerária dão margem ao fortalecimento de grupos criminosos no seio das prisões, uma vez que as precárias condições somadas à ausência do Estado nesses estabelecimentos criam as condições ideais para atuação da criminalidade organizada, a qual comanda a massa carcerária.

2.5A Lei nº 10.792/2003: aspectos legislativos do Regime Disciplinar Diferenciado.

Com objetivo de sufocar as críticas sobre a duvidosa constitucionalidade do RDD, instituído, como visto, por meio de resolução, e tendo como estopim a morte de dois juízes de execução penal, um Projeto de Lei, sob o nº 7.503/2001, foi proposto pelo chefe do Executivo com a finalidade de regular, em todo território nacional, a aplicação do RDD. Sobre o ponto, Adeildo Nunes²⁴ assevera:

A morte de dois Juízes de Execuções Penal, no mês de março de 2003, em São Paulo e Espírito Santo, fez ressurgir no âmbito do Congresso Nacional o Projeto de Lei 7.053, enviado em 2001 pela Presidência da República. Em 26-03-2003 o PL foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, agora modificando vários dispositivos da Lei de Execução Penal, criando, com força de Lei, o Regime Disciplinar Diferenciado.

²⁴Nunes, Adeildo. **O regime disciplinar na prisão**. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 28-7-2003.

Concomitante a tramitação do Projeto de Lei nº 7.503/2001, abalizada doutrina, juntamente com pesquisadores, estudiosos e instituições²⁵ preocupadas com a salvaguarda dos direitos fundamentais ante o crescimento da sanha punitiva do Estado, criaram o Movimento Antiterror (MAT) com objetivo de persuadir a população, a comunidade acadêmica e o próprio Legislativo sobre os perigos e o retrocesso que tal legislação representava ao Direito Penal democrático, comprometido com o princípio da dignidade da pessoa humana. Os próprios idealizadores afirmaram que o objetivo do Movimento Antiterror (MAT) era:

Sensibilizar os poderes do Estado, os administradores e trabalhadores da justiça penal, os meios de comunicação, as universidades, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos de um modo geral, para a gravidade humana e social representada por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação do pânico.²⁶

Não obstante o esforço empregado, o projeto converteu-se na Lei Ordinária nº 10.792/2003, alterando o art. 52 da LEP – Lei nº 7.210/84 – e disciplinando a aplicação do RDD em todo território nacional.

Antes de analisar as hipóteses de cabimento do RDD, urge esclarecer a natureza jurídica do instituto. Apesar da nomenclatura, o Regime Disciplinar Diferenciado não é propriamente de um regime de cumprimento de pena, tal qual o regime fechado, semiaberto ou aberto.

Tecnicamente, o instituto é uma medida disciplinar. Embora, na prática, o instituto se aproxime mais a um regime de cumprimento de pena ultra-fechado do que a uma sanção, tal a severidade e o lapso temporal que a medida encerra.

O preso submetido ao RDD fica recolhido em cela individual, durante vinte e duas horas por dia e tem direito a sair da cela por duas horas diárias para banho de sol. As visitas são semanais, no limite de duas pessoas (sem contar as crianças), com duração de duas horas. O tempo máximo de submissão à sanção é de 360 (trezentos e sessenta dias), sem prejuízo de

²⁵CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 269: “Integrantes dos principais institutos brasileiros de estudos da violência institucional – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (TEC), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais (ICP/MG) -, mobilizassem suas instituições para a criação do Movimento Antiterror (MAT)”.

²⁶CARVALHO, Salo de e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 269.

repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada²⁷. Em resumo, tem-se:

- Isolamento celular individual de 22 (vinte e duas) horas por dia;
- Visitas semanais: 2 (duas) pessoas (sem contar as crianças), por 2 (duas) horas;
- 2 (duas) horas diárias de banho de sol;
- Máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias com possibilidade de repetição da sanção, respeitado o limite máximo de um sexto da pena aplicada.

Com efeito, são três as situações que dão azo a multicitada sanção, nos termos do art. 52, §§ 1º e 2º da LEP, a saber: **a)** a prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão à ordem ou disciplina internas, por preso provisório ou condenado; **b)** preso, provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro que represente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e, por fim, **c)** preso provisório ou condenado, sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Na primeira hipótese, os requisitos são cumulativos. Não basta a prática de fato tipificado como crime doloso para aplicação do RDD, tal fato deverá ocasionar subversão à ordem ou disciplina internas. Nesse sentido, para que o preso sofra a medida disciplinar ora em comento é imprescindível que o crime cause desarmonia, desequilíbrio no interior do estabelecimento prisional.

Na segunda hipótese de cabimento, vê-se que não há a pressuposição de cometimento de qualquer fato. A norma prevê a aplicação de tão gravosa sanção ao preso que represente alto risco a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou à sociedade. Todavia, o que significa alto risco? A indeterminação e a maleabilidade do conceito dão margem a arbitrariedades, na aplicação da sanção. Aqui o juízo é de periculosidade e não de culpabilidade, em odioso regresso ao direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato.

²⁷Lei de Execução Penal (nº 7.210/84) 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.

Na terceira e última hipótese, verifica-se que, também, não existe previsão de prática de um fato determinado. A simples suposição de envolvimento, a qualquer título, em organização, quadrilha ou bando dá ensejo à aplicação do RDD. O juízo aqui é de mera suposição, prescindindo de certeza, em flagrante mácula ao princípio do *in dubio pro reo*, norteador do Direito Penal democrático. Verifica-se, pois, a penalização da mera suspeita.

Os conceitos de quadrilha e de bando amoldam-se ao art. 288 do CP - Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. O conceito de organização criminosa foi recentemente delimitado pela Lei nº 12.850/2013 - Art. 1º, § 1º: considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Das três hipóteses de cabimento do RDD, verifica-se que somente uma prevê um fato concreto e delimitado para aplicação de tão severa punição. As outras duas possibilidades de cabimento baseiam-se única e exclusivamente em suposições e conjecturas, voltando-se mais para a personalidade do preso do que pela prática de um fato em si. A este respeito Carvalho²⁸ observa que:

Em sentido diametralmente oposto à concretização do princípio da legalidade, que imporia pela taxatividade o fechamento destes tipos abertos, a Lei 10.792/03 incluiu categorias altamente dúbias, gerando duplo efeito. [...] Deflagra efeito normativo no que tange à interpretação das faltas, sobretudo as graves. Assim, se anteriormente a falta de precisão decorrente de ambigüidade terminológica favorecia o arbítrio administrativo, com o novo texto a tendência é a sua potencialização.

Ressalte-se que, embora o preso provisório ainda não tenha sua presunção de inocência elidida por sentença penal condenatória, o mesmo poderá sofrer tal sanção, nos termos da legislação de vigência.

A submissão do preso ao RDD depende de decisão do juízo da execução penal competente, ouvidos, necessariamente, o Ministério Público e a defesa, nos termos do art. 54, § 2º, da LEP²⁹. Verdadeiro incidente à execução, da decisão que submete o preso ao RDD cabe agravo, no prazo de 15 (quinze) dias.

²⁸CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 278

²⁹Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. § 2º-A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

A iniciativa para submeter o preso ao regime disciplinar diferenciado deve partir da autoridade administrativa competente, de modo que o Ministério Público não tem legitimidade para formular tal pedido, do mesmo modo que não cabe ao juízo da execução aplicar, *ex officio*, a medida disciplinar – conforme art. 54, § 1º: “a autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de **requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa**”. (grifos nossos).

3 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGISLAÇÃO ESPETÁCULO E A INEFETIVIDADE DA MEDIDA.

“Até que viesse uma justiça um pouco mais doída. Uma que levasse em conta que todos temos que falar por um homem que se desesperou porque neste a fala humana já falhou, ele já é tão mudo que só o bruto grito desarticulado serve de sinalização. Uma justiça prévia que se lembrasse de que nossa grande luta é a do medo, e que um homem que mata muito é porque teve muito medo. Sobretudo uma justiça que se olhasse a si própria, e que visse que nós todos, lama viva, somos escuros, e por isso nem mesmo a maldade de um homem pode ser entregue à maldade de outro homem: para que este não possa cometer livre e aprovadamente um crime de fuzilamento. Uma justiça que não se esqueça de que nós todos somos perigosos, e que na hora em que o justiceiro mata, ele não está mais nos protegendo nem querendo eliminar um criminoso, ele está cometendo o seu crime particular, um longamente guardado. Na hora de matar um criminoso - nesse instante está sendo morto um inocente. Não, não é que eu queira o sublime, nem as coisas que foram se tornando as palavras que me fazem dormir tranqüila, mistura de perdão, de caridade vaga, nós que nos refugiamos no abstrato. O que eu quero é muito mais áspero e mais difícil: quero o terreno”. (Clarice Lispector³⁰ – Mineirinho).

3.1 Regime Disciplinar Diferenciado à luz dos Direitos Fundamentais

Com o advento da Lei nº 10.792/2003, alterando o art. 52 da Lei de Execução Penal, as críticas sobre a inconstitucionalidade formal do Regime Disciplinar Diferenciado foram aplacadas, visto que a medida passou a ser disciplinada por lei ordinária federal, em conformidade com art. 22, I, da CRFB/88³¹. Passa-se, agora, a analisar a conformidade do instituto com a Constituição Federal de 1988, no aspecto material.

Primeiramente, vale asseverar que a CRFB/88, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana, representou profunda alteração paradigmática dos institutos jurídicos, tanto públicos, quanto privados, os quais devem ser lidos em conformidade com a axiologia da mencionada Carta Política, de onde retiram o seu fundamento de validade. Para Kelsen³²:

³⁰Disponível em http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4396%3Acontogmineirinhoq-clarice-lispector&catid=409%3Aarquivo-ip&Itemid=220&lang=pt.

³¹Art. 22 da CRFB/88: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, **penal**, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 247.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta.

Desta reflexão, retira-se a premissa básica do constitucionalismo contemporâneo: o princípio da supremacia da Constituição³³, segundo o qual as normas infraconstitucionais devem compatibilizar-se com as garantias estabelecidas na carta maior, de modo que estas sejam fundamento daquelas e não o contrário.

A Constituição representa a decisão política, dotada de força normativa³⁴, de um povo a respeito da estruturação do Estado, das relações entre o Estado e os particulares e das relações dos particulares entre si. A Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico. Desse modo, mudança no fundamento de validade implica modificações em diversos institutos jurídicos, os quais devem ser repensados à luz dos valores constitucionais.

O ordenamento jurídico brasileiro, inaugurado com a CRFB/88, tem como fundamento material o respeito à dignidade da pessoa humana³⁵. Neste sentido, vale transcrever a lição de Magalhães Filho³⁶:

A pessoa humana é o valor básico da Constituição, o Uno do qual provém os direitos fundamentais não por emanção divina metafísica, mas por desdobramento histórico, ou seja, pela conquista direta do homem. Só podemos compreender os direitos fundamentais mediante o retorno à idéia de dignidade humana, pela regressão à origem.

O contexto histórico-político em que a CRFB/88 foi forjada explica muito os valores que esta carta política carrega. O período ditatorial³⁷ – 1964 a 1985– foi fortemente marcado por gravíssimas violações aos direitos humanos.

³³ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45 e 46: “[...] A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. [...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.

³⁴ HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19: “A Constituição se transforma em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral- particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder (WillezurMacht), mas também a vontade de Constituição (WillezurVerfassung)”.

³⁵ Constituição Federal de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana**. (grifo nosso).

³⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 299.

O Estado ditatorial absoluto, legitimado pela força bruta, não conhecia limites, tampouco carecia de justificações racionais. Em última análise, tal Estado era um fim em si mesmo. No modelo de Estado totalitário (o ditatorial) a pessoa é instrumentalizada, perdendo valor em si, transformando-se, em último caso, em meio para persecução dos fins estatais.

A conjuntura histórico-política do período pós-ditadura exigia uma Constituição que representasse a ânsia da sociedade civil por uma ordem democrática, norteada pelo respeito aos direitos humanos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 surgiu neste cenário e, de certa forma, cumpriu este papel histórico.

A história demonstra que é o próprio Estado o maior violador e constante ameaçador dos direitos humanos básicos. Nestas perspectivas, a teoria dos direitos fundamentais³⁸ desenvolveu-se, inicialmente, no sentido de conter o poder do Estado em face do indivíduo, assegurando a este garantias que lhe protejam contra eventuais investidas arbitrárias do poder estatal. Para Canotilho³⁹:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentadamente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Neste sentido, a CRFB/88 reconheceu inúmeros direitos fundamentais da pessoa humana e os elencou como pedra de toque do sistema jurídico, na medida em que os resguardou, inclusive, contra eventuais investidas do poder constituinte derivado reformador^{40, 41}. Trata-se dos direitos e garantias fundamentais, elencados em rol não taxativo no título II do mencionado diploma normativo.

³⁷ PAZINATO, Alceu Luiz e SENISE, Maria Helena Valente. **História Moderna e Contemporânea**. 7º Ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 392: “As ditaduras militares foram na América Latina entre o início da década de 60 e o fim dos anos 70. A perseguição política, a tortura, o desaparecimento e o assassinato de opositores marcaram a passagem dos militares pelo poder no Brasil, na Argentina, na China e em outros países latino-americanos”.

³⁸ Inicialmente, a teoria dos direitos fundamentais partia de uma postura meramente não-intervencionista do Estado (Direitos Fundamentais de primeira dimensão). Posteriormente, os direitos fundamentais ligados a questões sociais: saúde, educação, moradia etc, exigiam uma postura ativa do Estado (Direitos Fundamentais de segunda geração).

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

⁴⁰ Ao instituir as cláusulas pétreas no art. 60, § 4º, IV, o constituinte originário de 1988 impediu eventuais tentativas de supressão das garantias asseguradas, instituindo o princípio de vedação ao retrocesso. Confira-se: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.** (grifo nosso).

⁴¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 264: “Desse modo, o constituinte originário pretendeu criar uma barreira de proteção (ou garantia de eternidade em torno dessa matéria, de tal forma que nem por maioria qualificada o Congresso Nacional pode revogar determinado direito considerado fundamental. Os direitos fundamentais são, por isso mesmo, elementos integrantes da

A história do Estado Democrático de Direito é a história das lutas pela limitação do poder estatal. Na seara penal, onde a atuação do Estado se dá da forma mais drástica, as limitações do poder estatal devem ser estritamente observadas, pois “a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardecem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão”, nas palavras de Bitencourt⁴².

O Estado constitucional brasileiro tem como valor fundante a dignidade da pessoa humana, princípio que delimita a atuação estatal, e, ao mesmo tempo, impede a instrumentalização da pessoa. Para Sarlet⁴³, a dignidade da pessoa humana é:

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

Verifica-se, pois, que a República Federativa do Brasil está assentada em duas premissas básicas: é um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana⁴⁴. Neste sentido, qualquer medida que macule ou mesmo se afaste destas premissas não se legitima nesse modelo de Estado.

Voltando-se mais para os direitos fundamentais da pessoa presa, que é o interesse mais de perto ao presente objeto de estudo, vê-se que a Constituição Federal de 1988 representou profunda alteração no tocante à execução da pena, uma vez que introduziu a principiologia garantista nesta seara, judicializando, através do processo de execução, o cumprimento de pena. Sobre o ponto, Carvalho⁴⁵ observa:

A Constituição, como instrumento de reconhecimento de direitos e garantias individuais, sociais e difusos, bem como recurso de interpretação da legislação ordinária (locus hermenêutico), possibilitou verdadeiro redimensionamento na leitura dos assuntos referentes ao processo penal executório. Como em nenhum outro estatuto nacional, a Constituição de 1988 introduziu expressamente direitos ao preso, rompendo-se com a lógica belicista que tornava o sujeito condenado mero objeto nas mãos da administração pública.

identidade e da continuidade da Constituição, sendo, portanto, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los”.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2^o Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.62.

⁴⁴ SALO, de Carvalho. **Pena e Garantias**. 3^o Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 156: “Valores como dignidade da pessoa humana assumem, juntamente com o pluralismo e a tolerância, vital importância no processo de construção do modelo jurídico de garantais”.

⁴⁵ SALO, de Carvalho. **Pena e Garantias**. 3^o Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 154.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 assegurou que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); que não haverá penas cruéis (art. 5º, XLVII, 'e') e que o preso terá resguardada a sua integridade física e moral (art.5º, XLIX).Estas são as normas básicas que devem nortear o cumprimento da pena privativa de liberdade, servindo de parâmetro tanto para o legislador ordinário, o qual fica impossibilitado de criar leis que frustrem estas garantias, quanto para as instâncias administrativas, as quais têm o dever de assegurar condições materiais (físico-estruturais) de efetivo gozo dessas garantias.

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre o princípio da humanidade da pena. O Estado quando do exercício do *ius puniendi* não pode olvidar a condição de pessoa do indivíduo recluso. Durante o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta, o preso continua ostentando o *status* de sujeito de direitos e de obrigações. Sobre o princípio da humanidade da pena, arremata Bitencourt⁴⁶: “este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.

O RDD representa um retrocesso ao sistema penitenciário pensilvânico ou celular, dado o rigoroso isolamento que a medida impõe ao recluso, por um longo lapso temporal. Este sistema remonta ao século XVIII e tinha como característica principal o isolamento absoluto do recluso. A este respeito, Bitencourt⁴⁷ afirma que:

Ordenou-se, através de uma lei, a construção de um edifício celular no jardim da prisão (preventiva) de Walnut Street (construída em 1776), com o fim de aplicar o *solitaryconfinement* aos condenados. Não se aplicou, contudo, o sistema celular completo; impôs o isolamento em celas individuais somente aos mais perigosos, os outros foram mantidos em celas comuns; a estes, por sua vez, era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia. Aplicou-se a rigorosa lei do silêncio.

Verifica-se que já nesse sistema o conceito de periculosidade aparece como justificativa para o isolamento absoluto, abandonando-se o objetivo ressocializador da pena (que já se delineava nesse período), contentando-se o Estado com a mera inocuização do ente “perigoso”. Ainda no século XIX, as críticas a este sistema foram ácidas, ante os malefícios humanos que o sistema pensilvânico acarretava. Mais uma vez Bitencourt⁴⁸:

A crítica principal que se fez ao regime celular foi referente à tortura refinada que o isolamento total significava. [...] Os resultados do isolamento foram desastrosos. O

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15 º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61/62.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15 º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47

isolamento se convertia na pior tortura, com efeitos mais dolorosos que os que o castigo físico podia produzir sem que seus danos fossem evidentes e sem que aparecessem no corpo do condenado.

A Lei nº 10.792/2003 parece resgatar o falido sistema penitenciáriopensilvânico(ou celular) ao instituir o RDD que, como visto alhures, impõe ao recluso submetido a esta sanção disciplinar o absoluto isolamento individual por 22 (vinte e duas) horas diárias, por um período de até 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de nova aplicação da medida até o limite de um sexto da pena aplicada. Sobre o sistema celular e a sua correlação com o Regime Disciplinar Diferenciado, Moura⁴⁹ observa:

Longe de representar mera sanção disciplinar, a ideia posta na Lei 10.792/2003 ressuscita a época das sanções coletivas ou das que possam colocar em perigo sua integridade física, que há muito se achava superada. [...] A propósito, a abolição do isolamento celular foi sugerida na 68ª Assembleia Geral da ONU, que enunciou os princípios básicos que sustentam as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pela ONU, aceitas pelo Brasil e expressamente adotadas pela Lei 7.210/84.

O excessivo período de isolamento diário, somado ao extenso lapso temporal que a medida encerra revelam a severidade desta sanção disciplinar. O RDD é medida draconiana, cruel e desumana, pois retira do homem uma característica que lhe é inerente: a sociabilidade, atingindo, de maneira frontal, a dignidade da pessoa presa. O isolamento quase absoluto por longo período de tempo pode acarretar a alienação da própria condição humana do recluso, o qual perde a sua referência (alteridade) no outro.

Durante o cumprimento do RDD, o preso fica algemado durante as movimentações internas e externas, sujeitando-se a constante revista pessoal, bem como de sua cela, sempre que a Administração Penitenciária julgar necessária, nos termos do art. 58 do Decreto-Lei nº 6.049/07, *in verbis*:

Art.58.O cumprimento do regime disciplinar diferenciado em estabelecimento penal federal, além das características elencadas nos incisos I a VI do art. 6º, observará o que segue:

I-duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção, nos termos da lei;

II-banho de sol de duas horas diárias;

III-uso de algemas nas movimentações internas e externas, dispensadas apenas nas áreas de visita, banho de sol, atendimento assistencial e, quando houver, nas áreas de trabalho e estudo;

IV-sujeição do preso aos procedimentos de revista pessoal, de sua cela e seus pertences, sempre que for necessária sua movimentação interna e externa, sem prejuízo das inspeções periódicas; e

V-visita semanal de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas. (grifo nosso)

⁴⁹MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal.** In *Crítica à Execução Penal*, organizado por Salo de Carvalho. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 288.

Bauman⁵⁰ descreve os rigores da penitenciária de segurança máxima PelicanBay, localizada no Estado norte-americano da Califórnia:

A prisão de PelicanBay [...] é inteiramente automatizada e planejada de modo que cada interno praticamente não tem qualquer contato direto com os guardas ou outros internos. A maior parte do tempo os internos ficam em celas sem janelas, feitas de sólidos blocos de concreto e aço inoxidável... Eles não trabalham em indústrias de prisão; não tem acesso a recreação; não se misturam com outros internos. Até os guardas são trancados em guaritas de controle envidraçadas, comunicando-se com os prisioneiros através de um sistema de alto-falantes e raramente ou nunca sendo vistos por eles. A única tarefa dos guardas é cuidar para que os prisioneiros fiquem trancados em suas celas – quer dizer, incomunicáveis, sem ver e sem ser vistos.

A descrição feita pelo sociólogo polonês da penitenciária norte-americana bem poderia ser de uma penitenciária de segurança máxima brasileira, onde o Regime Disciplinar Diferenciado é aplicado. Ao final da descrição, Bauman⁵¹ sagazmente observa: “Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões”.

A segregação absoluta potencializa os efeitos deletérios da prisão, na medida em que cria condições ideais para o surgimento das chamadas psicoses carcerárias⁵². Sobre o ponto, Bitencourt⁵³ observa:

Como exemplo típico das mesmas, pode-se citar as reações histeróides ou ‘puerilismo histérico’, psicose situacional que origina delírios imensos e estados de pânico que surgem com inusitada frequência no recluso. [...] Os que sofrem a pena privativa de liberdade por um longo período apresentam uma série de quadros que evidenciam um claro matiz ‘paranóide’. Entre esses transtornos, pode-se citar o complexo de prisão, patologia psicossomática e as depressões reativas. Estas são especialmente importantes, já que, por vários motivos, os reclusos podem desenvolver um quadro depressivo clássico de indiferença, inibição, desinteresse, perda de memória ou incapacidade de usá-la, perda de apetite, bem como uma ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio.

O Decreto-Lei nº 6.049/2007, que regulamenta o sistema penitenciário federal, determina, em seu art. 24, II, que aos presos submetidos ao RDD serão assegurados atendimento psiquiátrico e psicológico, com a finalidade de acompanhar, durante o período da sanção, **os eventuais efeitos psíquicos de uma reclusão severa**, cientificando as autoridades superiores das eventuais ocorrências advindas do referido regime.

⁵⁰BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – As conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 116.

⁵¹BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – As conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 116.

⁵²BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 175: “O interesse específico pela relação entre reclusão e dano psicológico inicia-se, de maneira definitiva, a partir da implantação do regime celular”.

⁵³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 176/177- 180.

Esta norma revela que o Estado reconhece a severidade da medida, bem como a alta probabilidade de desenvolvimento de distúrbios psicológicos nos detentos submetidos ao RDD. O Estado, portanto, assume declaradamente o risco de desenvolvimento destas doenças, em detrimento da garantia insculpida no art. 5º, XLIX, da CRFB/ 88, segundo a qual é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Vê-se, portanto, que o Regime Disciplinar Diferenciado é medida cruel, atingindo a própria constituição física do enclausurado.

Em última análise, o RDD representa um inaceitável retrocesso penal no atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, uma vez que a sanção recai, ainda que de maneira reflexa, sobre o próprio corpo do condenado, fazendo-se atual a crítica de Foucault⁵⁴ as penas aplicadas no século XVIII:

O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”.

Embora o RDD não tenha por objetivo primordial a expiação do condenado, visto que a medida surgiu, como visto, com o escopo de isolar os presos integrantes de organizações criminosas, no afã de desarticulá-las, o Estado parece não se importar com o inevitável sofrimento (intenso) que a medida enseja, baseando-se na lógica utilitarista de que os fins justificam os meios. Ou seja, se o Estado precisa desarticular as organizações criminosas, ele pode utilizar qualquer meio para persecução deste fim, ainda que isso represente a violação de direitos básicos do condenado.

Esta lógica utilitarista acaba por “coisificar” a pessoa humana, instrumentalizando-a (meio) para persecução de um objetivo (fim). Ocorre que esta instrumentalização viola acintosamente o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que não encontra fundamento de validade na CRFB/88.

Na aplicação do RDD, não há qualquer função “elevada” na sanção, pois ela não objetiva a ressocialização, a educação ou coisa do tipo. Esta sanção é completamente destituída de qualquer finalidade ética. Nunes⁵⁵ observa que “no RDD os processos de individualização e exclusão não visam normalizar ou corrigir os indivíduos, mas, simplesmente, segregá-los e incapacitá-los”.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – história da violência nas prisões**. 36ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 16.

⁵⁵ DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n2/v23n2a09.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2014.

Em suma, o Regime Disciplinar Diferenciado tem por objetivo tão somente neutralizar o preso, por meio do isolamento, ainda que para isto tenha que sacrificar a própria constituição físico-psíquica da pessoa aprisionada. Neste sentido, Carvalho⁵⁶ observa que:

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

Nessas perspectivas, verifica-se que o RDD subverteu totalmente a lógica humanista estabelecida pela Constituição Federal de 1988, visto que a medida vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, é uma pena desumana e cruel e, além de tudo isso, vulnera a integridade física do condenado. Não seria exagero considerar o RDD uma espécie de tortura institucional, promovida pelo próprio Estado.

O Estado brasileiro é Democrático de Direito e tem a dignidade da pessoa humana como valor fundante. Nesse sentido, a medida não encontra fundamento de validade neste modelo de Estado, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003 é medida que se impõe, sob pena de subversão da pirâmide normativa, na qual lei ordinária faz letra morta às garantias constitucionais.

Além de tudo o que foi acima exposto, não excede pontuar que o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado pode ter o seu direito à visita íntima⁵⁷ suspenso⁵⁸. A repressão do instinto sexual, inerente ao ser humano, macula, mais uma vez, o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia da integridade física e moral do recluso.

O sexo é uma necessidade afetiva e ao mesmo tempo fisiológica. Apesar do enorme tabu que o assunto enfrenta, a questão sexual nas prisões não é de somenos importância. Sobre o ponto, Bitencourt⁵⁹:

A repressão do instinto sexual propicia a perversão da esfera sexual e da personalidade do indivíduo. Enfim, é impossível falar de ressocialização em um meio carcerário que deforma e desnatura um dos instintos fundamentais do homem. [...] O problema sexual carcerário surge a partir do momento em que se reprime o instinto sexual, contrariando não só as leis da natureza, mas a própria vontade do atingido.

⁵⁶CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 279.

⁵⁷ Decreto-Lei 6.049/07, Art.95.A visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares do preso e será regulamentada pelo Ministério da Justiça.

⁵⁸ Portaria 1.190 de 19 de junho de 2008, Art. 4º A visita íntima poderá ser **suspensa ou restringida**, por tempo determinado, quando: I- do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, apurada mediante processo administrativo disciplinar, **que ensejar isolamento celular**. (grifo nosso).

⁵⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 184 e 185.

Para o recluso integrante de entidade familiar, o problema da ausência de visita íntima durante o Regime Disciplinar Diferenciado é acentuado, visto que envolve o(a) parceira(o) desencarcerado, interferindo de maneira acintosa na vida afetiva do condenado e do(a) parceiro(a) livre. O que parece conflitar com o art. 226 da CF/88, segundo o qual a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Com a severa medida do RDD, o Estado parece promover, ou mesmo potencializar, o desmembramento do núcleo familiar, em razão dos problemas que ausência de sexo entre o casal pode ocasionar.

Em suma, a Lei nº 10.792/2003, que instituiu o RDD, viola inúmeros artigos da CRFB/88, portanto, não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico pátrio.

3.2 Regime Disciplinar Diferenciado: reforma pontual que frustrou os objetivos da Lei de Execução Penal. E o objetivo ressocializador?

A LEP (Lei nº 7.210/1984) foi forjada em consonância com a principiologia garantista da Constituição Federal de 1988. Idealizada por juristas de escol, a LEP representa um verdadeiro divisor de águas no que se refere à execução da pena⁶⁰. Antes do advento desta lei, a execução penal era eminentemente gerenciada pelas instâncias administrativas (administração penitenciária). Era como se o Poder Judiciário encerrasse a sua participação com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para Brito⁶¹:

A execução penal, em um passado não tão distante, sempre foi relegada aos órgãos administrativos. A função do juiz era apenas a de calcular a pena. A partir daí a tarefa era entregue ao Estado em sua função executiva, que cuidava de executar a pena em todos os seus limites, resolvendo sobre seus incidentes. As progressões e regressões, bem como os benefícios e indultos eram concedidos pelo chefe do executivo ou diretor do estabelecimento penal.

A ausência de fiscalização e de controle do Poder Judiciário no cumprimento da pena privativa de liberdade imposta vulnerava ainda mais a situação do apenado, pois que a instância administrativa é fortemente marcada pelo cunho inquisitivo, o que, somada à ausência de controle externo, tornava as prisões terrenos férteis para o cometimento de abusos e de opressões.

Como visto, a CRFB/88 assegurou aos presos inúmeros direitos fundamentais durante o cumprimento da pena, tornando-os verdadeiros sujeitos de direitos e de deveres. Imbuída do mesmo espírito democrático, a LEP assegurou ao encarcerado garantias a serem

⁶⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 541: “A Lei de Execução Penal anunciava como uma verdadeira revolução no sistema penitenciário brasileiro”.

⁶¹BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

exercidas em face da Administração Penitenciária, jurisdicionalizando o cumprimento da pena.

A partir de então, a execução da pena passa a ser exercida através da regular instauração de um processo, onde são asseguradas todas as garantias do devido processo legal: contraditório, ampla defesa, princípio da legalidade e tantos outros. Mais uma vez, Brito⁶²:

A evolução da execução puramente administrativa para um processo jurisdicional passou a garantir a observância de direitos, mantendo a situação de cidadão do recluso. Portanto, é certo que atualmente o condenado que recolhido à prisão cumpre sua pena não só tem deveres, mas é também sujeito de direitos que terão que ser reconhecidos e amparados pelo Estado. [...] O recluso não é um alieni júris, não está fora do direito, mas sim em uma relação de direito público com o Estado e, descontados os direitos perdidos ou limitados pela condenação, sua condição jurídica é igual a das pessoas não condenadas.

Logo em seu art. 1º, a LEP (Lei nº 7.210/84) estabeleceu como seu objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Em seu art. 41, o mencionado diploma normativo dispõe sobre os direitos do apenado, dentre os quais se destacam: alimentação suficiente e vestuário; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; chamamento nominal; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direitos.

Evidentemente que apenas a prolação de uma legislação, por mais democrática e progressista que seja, não tem o condão de modificar a dura realidade do sistema carcerário brasileiro. Em que pese os direitos e as garantias assegurados pela LEP, ainda predomina as precárias e indignas condições nas prisões brasileiras.

Não seria exagero afirmar que no Brasil, via de regra, a pena privativa de liberdade se converte em pena privativa de dignidade, dada a aviltante situação a que o ser humano é submetido quando recolhido a uma penitenciária brasileira. Sobre o ponto, Wacquant⁶³:

O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação, negação de acesso à assistências jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada.

⁶²BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

⁶³ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 11.

A falta de investimentos, bem como a ausência de políticas sérias voltadas para questão carcerária fazem letra morta às garantias constitucionais e aos direitos estabelecidos na LEP. Sobre a ineficácia das normas constitucionais, principalmente as que demandam investimentos por parte do Poder Público, como é o caso das garantias estabelecidas em prol do encarcerado, Streck⁶⁴ observa que:

A simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos.

Não obstante a ineficácia da LEP, não se pode negar o avanço que esta legislação representa em meio a calamitosa questão carcerária. Por mais que estes direitos não sejam efetivados na prática, a positivação deles cria mecanismos de controle e de cobrança para com o Poder Público, que se vê na incumbência de concretizá-los.

Ante o progresso que a Lei de Execução Penal representa e reclama, não tardou quem advogasse a reforma desta lei para que mesma se “adequasse” a realidade carcerária. Ao invés de lutar pela efetivação dos direitos assegurados pela LEP, setores reacionários defendem a reforma para pior desta legislação, assim “o Poder Público não seria mais criticado por descumprir os direitos do cidadão condenado. Ao invés de o governo melhorar a sua política penitenciária, para adéqua-se aos preceitos legais, adota a posição inversa”, denuncia Bitencourt⁶⁵.

O RDD, instituído pela Lei nº 10.792/2003, está inserido nesta lógica reacionária e representa uma reforma pontual que frustra, em muitos aspectos, os objetivos da LEP, conforme se passa a demonstrar.

No que se refere mais de perto ao cumprimento da pena privativa de liberdade, a legislação penal estabelece o sistema progressivo de desencarceramento, de modo que o apenado começa no regime fechado, passando pelo regime semi-aberto, finalizando o

⁶⁴STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.28.

⁶⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15 ° Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 541.

cumprimento de sua pena no regime aberto⁶⁶. A progressão de regime⁶⁷ se dá de acordo com critérios objetivos e subjetivos, levando-se em conta o bom comportamento⁶⁸ do apenado.

O sistema progressivo objetiva restabelecer a liberdade do condenado de maneira gradual, de modo que o a penadose sinta estimulado a lutar por sua liberdade, responsabilizando-se pelo cumprimento de pena que lhe foi imposta. De acordo com Bitencourt⁶⁹:

O regime progressivo significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável. Ao contrário dos regimesauburniano e filadélfico, deu importância à própria vontade do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade.

Sabe-se que, do ponto de vista técnico, o Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção disciplinar. Todavia, na prática e como o próprio nome do instituto sugere, esta medida se aproxima muito mais a um regime de cumprimento de pena ultra-fechado.

No momento em que a própria prisão enquanto resposta penal está em crise⁷⁰, o RDD surge para agravar os seus efeitos deletérios. Neste sentido, verifica-se que o RDD foi na contramão do sistema progressivo de cumprimento da pena, na medida em que submete o

⁶⁶Código Penal:Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º- Considera-se:a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.§ 2º- As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

⁶⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15 ° Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 525“[...] Um sistema progressivo de cumprimento da pena, que possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento da pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre e necessariamente a pena aplicada”.

⁶⁸Não se ignora as críticas ao sistema progressivo e as dificuldades que uma instituição total, como cárcere, de feição totalitária tem em ressocializar o apenado. Muitas vezes, este bom comportamento (requisito para progressão de regime) é ilusório, fruto da institucionalização do homem encarcerado. Aqui, não nos deteremos com maior profundidade sobre o tema, por extrapolar, em muito, o objetivo da presente pesquisa. Sobre o ponto, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15 ° Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155: “O sistema progressivo parte de um conceito retributivo. Através da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por meio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia manifestação de “boa conduta”, que muitas vezes é só aparente”.

⁶⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15 ° Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15 ° Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120: “Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise”.

condenado ao isolamento celular por um longo período de tempo, atenuando os rigores do encarceramento.

Carvalho⁷¹ afirma que o Regime Disciplinar Diferenciado representou um processo de ressignificação da disciplina. Antes da Lei nº 10.792/2003, as faltas graves eram sancionadas com recolhimento celular, por um período máximo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 58 da Lei nº 7.210/84, em sua redação original. Agora, com o RDD, o isolamento celular pode chegar a 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da medida até um sexto da pena, o que demonstra a severidade e a desproporcionalidade da medida.

A doutrina tradicional aponta a ressocialização como um dos objetivos da pena⁷². A resposta penal ao cometimento de um delito não pode ser compreendida como a expressão pura e simples de uma vingança social exercida pelo Estado (detentor da violência “legítima”) em face do criminoso. Pelo contrário, o objetivo ressocializador busca compreender as motivações do delito e, a partir daí, tenta criar mecanismos de socialização e “recuperação” do indivíduo a fim de que o mesmo seja reintegrado à sociedade e não cometa mais atos desviantes.

Com o Regime Disciplinar Diferenciado, o Estado parece abandonar o objetivo ressocializador da pena, contentando-se com a mera neutralização do apenado, por meio do isolamento. Diz-se isto porque, durante a submissão a esta medida disciplinar, o condenado fica inteiramente isolado, perdendo, inclusive, a mínima sociabilidade existente, ante a falta de convivência com os outros detentos. Consoante Carvalho⁷³, “abdica-se, pois, vez por todas, do ilusório e romântico fim ressocializador pregado no Estado Social em prol de uma administração das ‘massas inconvenientes’”.

Conforme Bauman⁷⁴ observou em relação à Penitenciária norte-americana de PelicanBay: “não importa o que os detentos fazem em suas celas solitárias, o que importa é que fiquem ali. [...] A fábrica da exclusão, a marca dos excluídos na era da compreensão

⁷¹CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 277.

⁷²Não se ignora, antes se compartilha, o entendimento segundo o qual o objetivo ressocializador não é possível em uma sociedade capitalista, onde o Direito Penal é instrumento de dominação de uma classe sobre a outra. Todavia, por extrapolar os objetivos da presente pesquisa (a qual tem um recorte eminentemente imanente – crítica dentro e consoante a CF/88), não serão tecidos maiores comentários a este respeito. Por todos, confira-se: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 3ª Ed. 2002.

⁷³CARVALHO, de Salo e FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 278.

⁷⁴BAUMAN, Zygmunt. **Globalização.– As conseqüências humanas.** Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 121.

espaço-temporal é a imobilidade”. O Regime Disciplinar Diferenciado está inserido nesta mesma lógica de exclusão e neutralização por meio do absoluto isolamento, afastando-se, portanto, de qualquer propósito reabilitador.

Pelo exposto, ver-se que o Regime Disciplinar Diferenciado instituído por meio da Lei nº 10.792 de 2003 foi uma reforma pontual que frustrou, em muitos aspectos, objetivos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). O instituto está em total dissonância com principiologia garantista e humanitária da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Execução Penal de 1984, representando um verdadeiro retrocesso social no que se refere à política criminal.

3.3 O duplo simbolismo do Regime Disciplinar Diferenciado

Conforme analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, o RDD surgiu inicialmente no ordenamento jurídico pátrio através de um ato normativo do Poder Executivo. Por meio de Resolução, a Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e do Estado Rio de Janeiro estabeleceram o isolamento celular para os detentos suspeitos de integrar organizações criminosas.

As resoluções que instituíram o RDD tiveram como pano de fundo a crise do sistema carcerário deflagrada com a megarrebelião de 2001, envolvendo mais de 29 (vinte e nove) unidades prisionais, sob o comando de organizações criminosas, as quais ditavam ações dentro e fora dos presídios. Posteriormente positivado através da Lei nº 10.792/03, o instituto tem como finalidade declarada combater estas organizações criminosas atuantes nos seios das prisões, desbaratando-as por meio do isolamento de seus “líderes”.

Pois bem.

O presente tópico tem por objetivo demonstrar o caráter simbólico do RDD. Faz-se isso a partir de dois recortes bem delimitados, a saber: primeiramente, analisa-se o RDD como produto de uma legislação simbólica. Em seguida, o RDD será perquirido sob um enfoque eminentemente sociológico, buscando-se compreender como a medida foi recebida da dinâmica do sistema prisional⁷⁵.

A sensação de medo forjada pela violência urbana é sentida e propagada aos quatro cantos do país. Dados alarmantes da criminalidade crescente, bem como casos chocantes de crimes cometidos com bastante violência enchem o noticiário policial,

⁷⁵Confira-se: DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional.** Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 3, Edição 5, Ago/set 2009. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/revista_fbsp_05_artigo_3_0.pdf. Acesso em 01 de março de 2014.

diuturnamente. Vive-se uma espécie de medo coletivo⁷⁶, no qual não se consegue distinguir com muita nitidez o perigo real do imaginário. Neste cenário, Leonardo Sica⁷⁷ adverte que “todos sentem-se vulneráveis, vítimas em potencial. Esse estado de catarse psicossocial, fruto da proliferação da ideia de violência, põe todos em estado de beligerância”.

Em que pese a ênfase sensacionalista de certos setores da mídia, não há como ignorar a sociedade violenta que se vivencia. Constatar que se vive em uma sociedade violenta é intuitivo, é algo vivenciado todos os dias. Essa constatação é inevitável e, crê-se, não é possível negá-la. Neste sentido, Sica⁷⁸:

Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, ‘seqüestros-relâmpagos’, chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em “cadeia nacional”, somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.

Disso, emana uma constatação: vive-se em uma sociedade violenta, produtora de violência e que responde a toda esta problemática com mais violência, a violência institucional do Estado: o Direito Penal. É neste cenário que o direito penal simbólico encontra ambiente propício para se alargar, alimentado pela lógica da máxima punitividade. Mais uma vez, Sica⁷⁹: “o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana”.

O Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, é norteado pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, de modo que a resposta penal, por ser a que carrega em si a face mais violenta do Estado, somente é utilizada quando outros setores do Direito (tal como o civil, administrativo) não conseguem contornar a contento a situação e somente é utilizado para salvaguarda dos bens jurídicos mais relevantes. Neste sentido, verifica-se que, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico.

⁷⁶ No mesmo sentido que vai no texto, confira-se: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185: “Na sociedade do risco fundada sob a égide do medo, todos os tipos de lesão, independentemente da qualificação do bem jurídico, e de conflitos, para além de sua dimensão público ou privada, acabam sendo de algum modo abarcados pelo controle penal”.

⁷⁷ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

⁷⁸ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

⁷⁹ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

Não obstante os princípios limitadores acima delineados, observa-se que o Direito Penal é cada vez mais utilizado como “antídoto” para os problemas sociais. Certos setores da mídia corporativa defendem o recrudescimento do aparato repressivo estatal como solução para a crescente violência. Soluções simplistas e imediatistas são lançadas: clamando-se por mais tipos penais (incriminando-se condutas que poderiam ser resolvidas através de soluções administrativas), leis mais duras, penas mais elevadas, redução da menoridade penal, tornando o Direito Penal a panacéia dos tempos modernos, tudo isto com forte aceitação popular. Bauman⁸⁰:

A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que ‘fazem algo’ não apenas explicitamente pela segurança individual dos governos mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. A espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações punitivas importa mais que sua eficácia, que de qualquer forma, dada a indiferença geral e a curta duração de memória pública, raramente é testada.

Consoante Zaffaroni⁸¹, no “autoritarismo *cool*” deste começo de século, a expansão do Direito Penal ganhou feições midiática e publicitária, no qual as mensagens são repassadas no formato de rótulos propagandistas, olvidando-se de qualquer reflexão mais profunda sobre a questão da violência e de suas causas, cuidando-se apenas (e muito mal!) dos seus efeitos castrotróficos. Nas próprias palavras do estudioso:

Este autoritarismo publicitário *cool* apresenta uma frontalidade grosseira. [...] ele é pobre, funciona porque é pouco inteligente, é elementar, não pensa e promove a greve de pensamento ou um pensamento nulo, porque explodiria ao menor sopro de pensamento. [...] O exercício do poder punitivo tornou-se tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, ou seja, ele não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade.

O discurso da máxima punitividade tem forte aceitação popular, o que alimenta a retórica eleitoreira de certos políticos, formando-se um ciclo vicioso que legitima o crescimento do Estado de polícia em detrimento do Estado Democrático de Direito. O senso comum, de um modo geral, crê (pois é levado a crer) que a causa da criminalidade é a impunidade, a debilidade das leis. Neste contexto medíocre e deprimente, qualquer defesa das garantias (que na verdade significa a contenção do poderio estatal) é enxergada como “conivência com a bandidagem”, assim mesmo, nestes chulos termos. Não excede trazer à colação a lúcida lição de Zaffaroni⁸²:

⁸⁰BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – As conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 127 e 128:

⁸¹ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 53 e 77.

⁸²ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 77.

O Estado enfraquecido dos países que levam a pior na globalização não pode resolver os sérios problemas sociais, seus políticos optam por fingir que os resolvem ou que sabem como fazê-lo, [...] a política passa a ser um espetáculo e o próprio o Estado se converte num espetáculo. Os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o melhor para preocupar-se apenas com o que pode ser transmitido de melhor e aumentar sua clientela eleitoral.

Neste trágico cenário, o fortalecimento do poder punitivo torna-se uma pauta da plataforma político-eleitoral a ser explorada como remédio para as mazelas sociais. A pobreza passa a ser caso de polícia. O Direito Penal é utilizado simbolicamente, no afã de propiciar uma sensação, ainda que falsa, de segurança. Como artifício simbólico, não importa muito a real eficácia das medidas tomadas. Consoante Freitas⁸³:

O Direito Penal Simbólico enquadra-se no modelo de direito penal de emergência ou de exceção, debilitando os direitos e garantias fundamentais e opondo-se ao Estado de Direito, resultado da ânsia coletiva diante de determinadas situações e do sentimento de urgência que o Estado manifesta frente ao aumento da violência social e da limitada adoção de políticas de prevenção para a proteção das pessoas. Trata-se de um fenômeno que deturpa perigosamente o Direito Penal, levando-o a abandonar as práticas preventivas e repressivas, oferecendo apenas um paliativo à questão social da criminalidade, infundindo e difundindo, na comunidade, uma falsa impressão de segurança jurídica.

O discurso legitimador da expansão da punitividade abandona totalmente o caráter fragmentário do Direito Penal, parecendo olvidar que este somente cuida das conseqüências da criminalidade, sendo totalmente impotente quanto às suas causas – a miséria, a concentração de renda, a exploração do trabalho humano como principal fonte de lucro na sociedade capitalista⁸⁴.

Neste contexto, o Direito Penal demonstra a sua face mais perversa e seletiva - instrumento de dominação e de manutenção do *status quo*, voltando-se para as classes sociais menos favorecidas -, funcionando como gestor da pobreza e das massas inconvenientes⁸⁵. Wacquant⁸⁶ preceitua que:

⁸³ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **O Direito Penal Simbólico e o Engodo da Segurança Pública. In Leituras de um realismo jurídico-penal marginal – Homenagem a Alessandro Baratta.** Org. Paulo César Corrêa Borges. São Paulo: Cultura Acadêmica (ISBN 978-85-7983-249-9), 2012, p. 82 e 83.

⁸⁴ Até mesmo as classes menos abastadas - para o qual o aparato repressivo estatal volta-se com mais ênfase (clientes preferenciais do sistema seletivo) - adotam o discurso da máxima punitividade. Sobre o ponto, Bourdieu: “O poder simbólico só exerce com a colaboração dos que lhe estão sujeitos porque contribuem para construí-lo como tal. [...] A violência simbólica é essa coerção que institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (portanto, à dominação), quando dispõe apenas, para pensá-lo e para pensar a si mesmo, ou melhor, para pensar sua relação com ele, de instrumentos de conhecimento partilhados entre si e que fazem surgir como natural, pelo fato de serem, na verdade, a forma incorporada da estrutura da relação de dominação”. In. BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalianas.** Tradução Sergio Miceli. 2º Ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2007, p. 206 e 207.

⁸⁵ Confira-se, também: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág.197: “A alternativa ao Estado-providência, portanto, passa a ser a edificação do Estado penitência, configurando máxima que parece ser a palavra de ordem na atualidade: Estado social mínimo, Estado penal máximo. Tudo porque algum lugar deve ser reservado aos inconvenientes. Constrói-se, pois, saída plausível para

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. [...] Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres*. (grifo do autor)

Nestas perspectivas, verifica-se que o RDD é um típico produto do Direito Penal Simbólico. A medida surgiu como uma resposta emergencial do Estado em face da demonstração de poder das organizações criminosas, as quais mobilizaram megarrebeliões (como a ocorrida em 2001, no Estado de São Paulo, com mais de 29 unidades prisionais, conforme visto), escandalizando incapacidade do Estado em lidar com os conflitos carcerários, ante as precárias condições a que os detentos são submetidos. De acordo com Dias⁸⁷:

Após a megarrebelião de 2001, na qual o PCC expôs as fraquezas do governo estadual na área da administração penitenciária, o Estado percebeu a necessidade de implementar medidas de grande impacto para dar uma resposta à desmoralização pública imposta pelo PCC.

O Regime Disciplinar Diferenciado pode ser enxergado como uma demonstração da sanha punitiva do Estado, o qual, ante a pública demonstração de incompetência, cria uma lei altamente severa, no afã de mostrar para sociedade civil que algo está sendo feito e que, com a enérgica medida (RDD), houve o restabelecimento da “ordem” no interior dos presídios, tranquilizando, ainda que falsamente, os ânimos populares. Para Garland⁸⁸:

Emprega-se uma demonstração de força punitiva contra o indivíduo condenado para recalcar toda confissão da incapacidade do Estado de controlar o crime – no caso em questão o poder das organizações criminosas no seio das prisões brasileiras. A pressa em condenar a penas pesadas alguns indivíduos esconde, na verdade, o fracasso da busca da segurança do conjunto da população.

A medida disciplinar tem como objetivo declarado promover a desarticulação das organizações criminosas, por meio do isolamento absoluto de seus principais líderes. Todavia, como artefato simbólico que é, não consegue alcançar, nem de longe, o seu principal objetivo, servindo apenas de álibi estatal.

aqueles que foram destituídos ou que nunca chegaram a ter cidadania: a marginalização social potencializada pelo incremento da máquina de controle penal, sobretudo carcerária”.

⁸⁶WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 7 e 10.

⁸⁷DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n2/v23n2a09.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2014.

⁸⁸ GARLAND, David. **As Contradições da “Sociedade Punitiva”**: O Caso Britânico. **Discursos Sediciosos** (12). Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003, p. 61.

Conforme exaustivamente visto, o RDD surgiu inicialmente sob a forma de resolução administrativa, a qual teve como pano de fundo a megarrebelião de 2001 (29 unidades prisionais). Em 2003, a medida foi regulamentada por meio da Lei Federal nº 10.792/03 aplicando-se em todo território nacional. Pois bem.

No ano de 2006, o Primeiro Comando da Capital (PCC) articulou uma megarrebelião muito superior à ocorrida em 2001, envolvendo 73 (setenta e três) unidades prisionais do Estado de São Paulo⁸⁹. Ou seja, com 6 (seis) anos de aplicação, entre resolução e lei, o RDD não foi capaz de impedir esta segunda crise do sistema carcerário paulista⁹⁰, evitando o rompimento da ordem. Sobre o ponto, a socióloga Dias⁹¹ obtempera:

O RDD, criado com objetivo de isolar os líderes de facções criminosas e impedir sua comunicação, a fim de desarticular e enfraquecer esses grupos, nunca foi capaz de atingir minimamente esse objetivo – o que ficou evidente em maio de 2006 e fica patente para quem adentrar uma instituição prisional de São Paulo.

Seria até inocente acreditar que o RDD tem o condão de desarticular as organizações criminosas, vez que a medida volta-se exclusivamente para os líderes destas organizações. Contudo, evidentemente, tais organizações não se constituem apenas de líderes⁹², de modo que retirar de ação as lideranças do grupo pode até enfraquecer as organizações, mas não tem a capacidade de desarticulá-las, o que reafirma o caráter alegórico do instituto, visto que não tem a mínima condição de alcançar os seus objetivos declarados.

Paradoxalmente, estudos empíricos apontam que o RDD produz o efeito contrário ao pretendido. Explica-se. A medida tem por objetivo desfazer a autoridade das lideranças que

⁸⁹ Sobre o ponto, confira-se: SALLA, Fernando e ADORNO, Sérgio. **Criminalidade Organizada nas prisões e os ataques do PCC**. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down167.pdf>, acesso em 28 de abril de 2014.

⁹⁰ Mais uma vez: DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 3, Edição 5, Ago/set 2009. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/revista_fbsp_05_artigo_3_0.pdf. Acesso em 01 de março de 2014: “O RDD não constitui fator de dissuasão dos atos que visa reprimir, haja vista que, embora tal regime tenha sido criado em 2001, em 2006 o PCC produziu uma crise incomparavelmente maior na segurança pública paulista, sem precedentes. E, como afirma Marcola, quem vai para o RDD retorna para lá várias vezes, indicando a ineficácia do mesmo para desestimular as práticas que, oficialmente, ele visa reprimir”.

⁹¹ DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n2/v23n2a09.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2014.

⁹² A socióloga Camila Dias aponta que, com o RDD, as organizações criminosas, particularmente o PCC, estão sofrendo uma espécie de impessoalização do poder, de modo que muitas ações são associadas diretamente à organização criminosa. Os membros do grupo (‘os irmãos’) agem cada vez mais em nome do PCC. Está ocorrendo uma espécie de dissimulação das lideranças, inclusive com a utilização de ‘laranjas’, buscando-se evitar a transferência dos reais líderes para o RDD. Sobre a organização e a hierarquia do PCC, a estudiosa aponta que: “Os irmãos do PCC são distribuídos de forma que em cada cela permaneça um deles, no mínimo, que, em geral, é o responsável pela manutenção da ordem no local, o que expressa a capilaridade do poder”. DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Da guerra à gestão: a trajetória do Primeiro Comando da Capital (PCC) nas prisões de São Paulo**. Disponível em <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/tertulias/files/2012/09/Da-guerra-%C3%A0-gest%C3%A3o-a-trajet%C3%B3ria-do-Primeiro-Comando-da-Capital-PCC-nas-pris%C3%B5es-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2014.

são isoladas, por meio da sanção disciplinar, perante as organizações criminosas, enfraquecendo o seu poder de comando.

Não obstante, a ida do “chefe” da organização criminosa ao Regime Disciplinar Diferenciado acaba consolidando a sua liderança, imprimindo-lhe mais respeito e autoridade dentro do grupo. Neste sentido, o sociólogo Fernando Salla⁹³ observou que: “a passagem de presos por estes estabelecimentos de regime severo os investe de maior respeito e prestígio junto à massa carcerária, empoderando ainda mais as lideranças do crime organizado”.

Dias⁹⁴ sagazmente observa que:

O sujeito que sofre a punição de ser removido para o RDD encarna a imagem exemplar da insubmissão às regras oficiais do Estado, o que lhe confere ainda mais legitimidade para ocupar a posição de líder de uma organização que se pauta justamente por esta oposição. Além disso, suportar as agruras de um regime tão duro de cumprimento de pena de prisão não é para poucos, tanto que a Penitenciária de Presidente Venceslau II e o CRP de Presidente Bernardes, onde são aplicados os regimes mais rigorosos, são chamados pela população carcerária de ‘parque dos monstros’, ou seja, criminoso nato, destemido e perigoso. Neste sentido, o RDD acaba contribuindo para a construção de figuras ‘míticas’ no imaginário dessa população, como é o caso do preso Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido pelo apelido Marcola.

Com o Regime Disciplinar Diferenciado, o Estado expressamente reconhece e, de certa forma, legitima a existência e o poder do crime organizado no seio das prisões. Conforme Dias⁹⁵, o RDD funciona como um elemento de barganha do Estado para com as organizações criminosas, no afã de dividir o poder com estas organizações, no limite do não rompimento da ordem posta. É como se o Estado dissesse para as organizações criminosas: “podem existir e atuar, mas não perturbem a sociedade extramuros”. Sobre o ponto Fernando Salla⁹⁶ repara que:

Um aspecto a ser ainda pesquisado é se esse regime disciplinar está sendo usado para a construção de uma nova *pax* prisional. Os governos ameaçam ou efetivamente segregam as lideranças das facções no RDD. A manutenção das lideranças nas unidades prisionais comuns significa que delas se espera que colaborem minimamente com a manutenção da ordem interna, como a redução das mortes entre presos, redução das brigas e mesmo tentativas de fuga.

⁹³SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira**. Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014.

⁹⁴DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 3, Edição 5, Ago/set 2009. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/revista_fbsp_05_artigo_3_0.pdf. Acesso em 01 de março de 2014.

⁹⁵DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 3, Edição 5, Ago/set 2009. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/revista_fbsp_05_artigo_3_0.pdf. Acesso em 01 de março de 2014.

⁹⁶SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira**. Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 03 de março de 2014.

No mesmo diapasão, Dias⁹⁷ arremata:

O poder formal do Estado e o poder informal da organização criminosa [...] tem dois pilares de sustentação: de um lado, a manutenção da aparência de ordem e do efetivo controle da população carcerária pelo governo, sendo que, para isso, são adotadas medidas que impedem a visibilidade pública do poder da facção e também as rupturas, que geram as crises que colocam em xeque sua imagem perante a sociedade; e, de outro, o interesse da organização criminosa em manter o controle efetivo sobre a população carcerária, bem como as atividades ilícitas praticadas na prisão.

Do exposto, verifica-se que o duplo simbolismo do Regime Disciplinar Diferenciado consiste no fato de a medida ser produto do Direito Penal Simbólico, funcionando como uma espécie de legislação-espetáculo, a qual tem por objetivo agradar o público espectador – platéia acrítica e, ao mesmo tempo, no fato de a medida gerar efeitos simbólicos no imaginário da população carcerária, com a criação de mitos – “os perigosos”, contraditoriamente consolidando a liderança que pretende neutralizar.

⁹⁷DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 3, Edição 5, Ago/set 2009. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/revista_fbsp_05_artigo_3_0.pdf. Acesso em 01 de março de 2014.

4 RDD: A LEGISLAÇÃO DO TERROR

“Mas eu não estou interessado em nenhuma teoria, em nenhuma fantasia, nem no algo mais. Longe o profeta do terror, que a laranja mecânica anuncia: amar e mudar as coisas me interessa mais”. (Belchior – Alucinação).

4.1 Direito Penal do Inimigo e (ou) Estado Democrático de Direito.

Este capítulo tem por objetivo analisar a relação existente entre o Regime Disciplinar Diferenciado e a teoria do Direito Penal do Inimigo, sistematizada pelo penalista alemão Gunther Jakobs. Esta teoria, por sua vez, relaciona-se a uma lógica mais ampla: o Estado de Exceção permanente.

Para isto, primeiramente, **(a)** analisa-se o que vem a ser o Direito Penal do Inimigo e a sua (in)compatibilidade com Estado Democrático de Direito. Posteriormente, **(b)** analisa-se, brevemente, os pontos de encontro entre o Direito Penal do Inimigo (Estado de exceção) e o Regime Disciplinar Diferenciado.

Passa-se à análise.

Gunther Jakobs, professor emérito da Universidade de Bonn, sistematizou a propagada teoria do Direito Penal do Inimigo, consagrando a expressão. Inicialmente, Jakobs tratou do Direito Penal do Inimigo de modo crítico, imprimindo um tom pejorativo à expressão. Posteriormente, o professor legitima o modelo de Direito Penal do Inimigo, transformando-se no principal expoente dessa teoria⁹⁸.

Para compreender o pensamento do penalista alemão, é imprescindível situar que Jakobs parte de uma concepção luhmanniano⁹⁹ – sistêmica, de sociedade e de ordenamento jurídico. Ou seja, o ordenamento jurídico¹⁰⁰, assim como a sociedade, pode ser compreendido

⁹⁸Neste sentido, Busato: “Assim, em um primeiro momento apresentando-se com uma postura de mero observador equidistante, o Prof. Jakobs sustentou ser um fato concreto da realidade moderna que muitas normas penais se revestem da característica de uma reação de combate a um inimigo. [...] Outrossim, o mesmo Jakobs, em trabalhos posteriores não tarda em defender a legitimidade de um tratamento penal de inimigo ao autor do delito de terrorismo”. In BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 185 e 187.

⁹⁹LUHMANN, Niklas. **O Conceito de Sociedade. A Nova Teoria dos Sistemas**. Org. Clarissa Neves Eva Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

¹⁰⁰Sobre a ‘vontade de sistema’ no Direito, confira-se Salo de Carvalho: “A definição dos rumos do Direito a partir de estética codificada que permite concentrar e sistematizar o universo das normas jurídicas, dando-lhes unidade e coerência aplicadas como ideais definem a necessidade de dotar o sistema jurídico de princípios interpretativos que permitam solucionar eventuais contradições e suprir eventuais lacunas. A crença na unidade e coerência dos Códigos (vontade de sistema) aponta o diagnóstico de que as falhas no ordenamento jurídico são disjunções eventuais e eminentemente metodológicas, suprimíveis através das técnicas de interpretação. O sonho iluminista é fundado na concepção da codificação como estrutura completa e harmônica, isenta de *aberturas*,

como um sistema formado por signos circunstanciais, onde um mínimo de previsibilidade comportamental reforça a validade do sistema e traz a pacificação social, na medida em que as pessoas vivem de acordo com certas expectativas comportamentais, que, caso frustradas, haverá uma reação a esta “quebra da expectativa”.

Para Luhmann¹⁰¹, a realidade fática não tem o condão de invalidar o sistema, pelo contrário, a mesma reafirma a validade sistêmica, na medida em que “algo” será feito – resposta contrafática – contra a pessoa que agiu em desconformidade com a previsibilidade comportamental esperada, restabelecendo-se a crença no cumprimento do comportamento desejado. Neste sentido, Neto Pinto¹⁰² afirma que:

A teoria dos sistemas trabalha com a ideia de complexidade das sociedades modernas, onde, para facilitar a orientação do homem no mundo, devem-se criar mecanismos que permitam a redução dessa complexidade, entre os quais figuram os sistemas sociais, demarcando o Direito os limites de configuração que dá a si mesma a sociedade. A norma jurídica gera, por isso, determinada expectativa, que é conceito contingente, pode ocorrer ou não. É preciso que existam mecanismos nesse sistema capazes de reagir a essas defraudações de expectativas.

A teoria dos sistemas, portanto, desconsidera qualquer espécie de subjetividade inerente ao comportamento humano, buscando uma unidade totalizadora de conduta. Trazendo a concepção de Luhmann para o Direito Penal, que é o que interessa mais de perto para presente pesquisa, é como se o cometimento de um delito – descumprimento da norma, realidade fática – reafirmasse a validade do sistema jurídico, visto que o infrator (elemento cognoscente) sabe que será punido – punição como reação contrafática.

Espera-se que ninguém cometa delitos, eis que é a expectativa da sociedade. Todavia, quando, por exemplo, um homem mata outro homem, frustrando a expectativa de não cometimento do delito, há uma momentânea e pontual negação da norma. O sistema jurídico, por sua vez, cuida de infligir uma resposta – no caso, a pena – ao infrator, restabelecendo, com isso, a expectativa de que não ocorrerão mais delitos, com a conseqüente reafirmação de que o sistema funciona e é válido¹⁰³. Segundo Jakobs¹⁰⁴:

incoerências ou contradições, ou seja, trata-se da expressão máxima da ratio iuris”. In CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. **O Conceito de Sociedade. A Nova Teoria dos Sistemas**. Org. Clarissa Neves Eva Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

¹⁰²PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O Rosto do Inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do Inimigo como racionalidade biopolítica**. Porto Alegre: 2007. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2008. Orientador: Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza. Disponível em <http://tardis.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1714/1/000399127-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em 06 de maio de 2014.

¹⁰³ Sobre o ponto, Pinto Neto: “[...] Dessa forma, a vigência da norma é o próprio bem jurídico. A função do Direito Penal é a manutenção da identidade normativa de uma sociedade, ou seja, as expectativas fundamentais para sua configuração. A norma é um “esquema simbólico de orientação”, de forma que o relevante não é uma “lesão externa” de uma situação valiosa, mas o significado da conduta, ao defraudar o infrator as expectativas

Pretende-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la.

Nestas perspectivas, a pena é entendida consoante a teoria retribucionista absoluta, nos moldes propostos por Kant¹⁰⁵ e Hegel. Ou seja, a pena seria tão somente uma resposta do sistema jurídico ao infrator deste sistema. A pena aqui ganha contornos de vingança social¹⁰⁶, com a declarada proposta de resgatar a validade da norma. Conforme a lição Bitencourt¹⁰⁷:

A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: *‘a pena é a negação da negação do Direito’*. A fundamentação hegeliana da pena é mais jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da ‘vontade geral’, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinqüente. [...] Na ideia hegeliana de Direito Penal, é evidente a aplicação de seu método dialético, tanto que podemos dizer, neste caso, que a ‘tese’ está representada pela vontade geral, ou, se preferir, pela ordem jurídica; a ‘antítese’ resume-se no delito como a 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.

As críticas à concepção sistêmica de sociedade não são poucas e nem sem razão de ser. A primeira grande crítica à teoria luhmanniana é que esta não questiona o sistema.

sociais em torno da vigência da norma. A lesão ao bem jurídico, por isso, é uma “infração de um papel””. In PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O Rosto do Inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do Inimigo como racionalidade biopolítica**. Porto Alegre: 2007. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2008. Orientador: Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza. Disponível em <http://tardis.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1714/1/000399127-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em 06 de maio de 2014.

¹⁰⁴JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 103: “De acordo com as reflexões kantianas, quem não cumpre as disposições legais não é digno do Direito de cidadania. Nestes termos, é obrigação do soberano castigar “impiedosamente” aquele que transgrediu a lei. Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como aquele mandamento que representasse uma ação em si mesmo, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária. Kant elabora sua concepção retributiva da pena sobre a ideia de que a lei penal é um imperativo categórico”.

¹⁰⁶ Sobre as críticas a teoria retribucionista da pena, Bitencourt obtempera: “Fica claro que uma teoria absoluta não é aceitável em um moderno Direito Penal onde os critérios de verdade e racionalidade baseiam-se, científica e teoricamente, na observação, na experimentação, prognose e planificação; uma cultura jurídica orientada empiricamente não pode aceitar uma autêntica teoria absoluta da pena nem fundamentá-la e justificá-la como instrumento de prevenção estatal. De sorte que, ao se fundamentar a pena no indemonstrável poder do indivíduo de comportar-se de outro modo, apóia-se dita fórmula em bases científicas indemonstráveis e, conseqüentemente, altamente questionável”. In BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 114.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

Parte de algo que é dado, assumindo uma postura dogmática¹⁰⁸, ou seja, na qual as premissas, no caso o sistema, não são questionadas.

O sistema acaba sendo um fim em si mesmo, onde o que mais importa é a sua manutenção. Justamente aqui, a teoria proposta por Luhmann ganha contornos totalitários, na medida em que, em última análise, possibilita a instrumentalização do sujeito a fim de manter a totalidade sistêmica. Neste sentido, Paulo Busato¹⁰⁹ observa que:

O erro central de utilização da teoria dos sistemas estava justamente em Luhmann, porque a ideia de conceber a sociedade como um sistema autopoietico leva à composição de sistemas fechados, especialmente no campo do Direito, conduzindo à impossibilidade de crítica ao próprio sistema.

A tentativa de uniformizar o comportamento humano em conformidade com um sistema - que é fornecido *a priori*, ou seja, onde não se questiona a sua validade, a sua justiça, bem como as suas condicionantes formadoras -, desconsidera a dimensão política e transformadora dos atos desviantes.

É uma proposta de manutenção da ordem posta, de previsibilidade absoluta, e totalizadora, na qual nada escapa e tudo é controlado pelo sistema, o qual tem a pretensão de abranger toda a realidade. Nos extremos, a realidade acaba sendo acessada, distorcidamente, através do sistema.

A vontade de sistema – segurança e previsibilidade – tenta aprisionar a realidade para que a mesma caiba e se amolde ao sistema. Na verdade, é uma tentativa de controle e de manutenção da ordem. Todavia, a realidade é múltipla, fluida, intersubjetiva¹¹⁰ e qualquer tentativa de aprisioná-la em modelos, arquétipos é falha, pobre e totalitária. Sobre o caráter não unitário da realidade, Deleuze e Guattari¹¹¹ afirmam que:

As multipheidades são a própria realidade, e não supõem nenhuma unidade, não entram em nenhuma totalidade e tampouco remetem a um sujeito. As subjetivações,

¹⁰⁸ DUCLERC, Elmir. **Prova e garantismo: Uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004. P. 22: “Em linhas gerais, pode-se distinguir zetética e dogmática conforme tratamento dado às premissas de que parte uma determinada pesquisa científica. Assim é que, enquanto para pesquisa de natureza zetética, as premissas estão assentadas em evidências verificáveis e comprováveis, e só são válidas enquanto não forem negadas por novas evidências, a dogmática parte de premissas inquestionáveis, não porque estejam assentadas em evidências absolutas, mas porque eles forem arbitrariamente postas como premissas”.

¹⁰⁹ BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 76.

¹¹⁰ LISPECTOR, Clarice. **A Descoberta do Mundo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 15: “Dá-me a tua mão: Vou agora te contar como entrei no inexpressivo que sempre foi a minha busca cega e secreta. De como entreinaquilo que existe entre o número um e o número dois, de como vi a linha de mistério e fogo, e que é linha sub-reptícia. Entre duas notas de música existe uma nota, entre dois fatos existe um fato, entre dois grãos de areia por mais juntos que estejam existe um intervalo de espaço, existe um sentir que é entre o sentir - nos interstícios da matéria primordial está a linha de mistério e fogo que é a respiração do mundo, e a respiração contínua do mundo é aquilo que ouvimos chamamos de silêncio”.

¹¹¹ DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. **Mil Platôs – Capitalismo e Esquizofrenia**. Vol. I. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34. 1995, p. 5.

as totalizações, as unificações são, ao contrário, processos que se produzem e aparecem nas multipheidades.

No mesmo diapasão, Foucault¹¹², ao prefaciá-lo livro de Deleuze e Guattari – o *Anti-Édipo* – critica a pretensão totalizante de sistema, que acaba dando ensejo as formas totalitárias de poder:

A arte de viver contrária a todas as formas de fascismo, que sejam elas já instaladas ou próximas de ser, é acompanhada de um certo número de princípios essenciais, que eu resumiria da seguinte maneira: libere a ação política de toda forma de paranóia unitária e totalizante; Faça crescer a ação, o pensamento e os desejos por proliferação, justaposição e disjunção, mais do que por subdivisão e hierarquização piramidal; libere-se das velhas categorias do Negativo (a lei, o limite, a castração, a falta, a lacuna), que o pensamento ocidental, por um longo tempo, sacralizou como forma do poder e modo de acesso à realidade. Prefira o que é positivo e múltiplo; a diferença à uniformidade; o fluxo às unidades; os agenciamentos móveis aos sistemas. Considere que o que é produtivo, não é sedentário, mas nômade.

Pois bem. Baseado na teoria luhmanniana dos sistemas, Jakobs¹¹³ propõe dois modelos de Direito Penal, a saber: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Naquele, o infrator é considerado como pessoa, com todas as garantias e a pena assume determinado significado. Neste, o infrator perde a sua condição de pessoa, sendo considerado mero “ente perigoso”, o qual precisa ser eliminado. Aqui, a pena como coação “não pretende significar nada, mas quer ser efetiva”¹¹⁴. Consoante Conde¹¹⁵, no Direito Penal do Inimigo:

O legislador não dialoga com seus cidadãos, mas sim ameaça aos seus inimigos, cominando seus delitos com penas draconianas muito além da ideia de proporcionalidade, recortando as garantias processuais e ampliando as possibilidades de sancionar condutas muito afastadas da lesão de um bem jurídico.

Para Jakobs, a distinção entre cidadão e inimigo – pessoa / não-pessoa – se dá de acordo com a capacidade que o indivíduo tem de assegurar uma garantia cognitiva de que agirá em conformidade com as regras do sistema. Ou seja, o conceito de pessoa, em Jakobs, relaciona-se com a capacidade que o indivíduo tem de demonstrar obediência às regras do sistema jurídico. Somente é considerado pessoa aquele que “ofereça garantia de que se conduzirá, em linhas gerais, como cidadão, quer dizer, como pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico”¹¹⁶.

¹¹²FOUCAULT, Michel. Preface in: Gilles Deleuze e Félix Guattari. **Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia**, New York, Viking Press, 1977, pp. XI-XIV. Traduzido por Wanderson flor do nascimento.

¹¹³JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹⁴JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22 e 23.

¹¹⁵ CONDE, Francisco Munoz. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 01.

¹¹⁶JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

Segundo a tese do penalista, quando um indivíduo comete um delito ele não perde o *status* de cidadão (pessoa), uma vez que receberá uma resposta do sistema (a pena) e será responsabilizado pelo prejuízo advindo de sua conduta. O desvio cometido é pontual, de modo que basta a aplicação de uma pena para restabelecer a validade da norma. Neste caso, temos o Direito Penal do Cidadão. Confira-se¹¹⁷:

O fato – no caso o delito – como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, uma ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa.

Consoante a proposta defendida por Jakobs, no Direito Penal do Cidadão, o delito cometido pelo autor não tem o condão invalidar e nem de ameaçar o sistema jurídico. Na verdade, entende-se que o sistema jurídico é encarnação da racionalidade, da vontade geral transformada em lei. Neste sentido, quando um sujeito comete um crime, age irracionalmente. Assim, a pena aplicada tem por objetivo combater e negar a irracionalidade do delito. Nestes casos, segundo Jakobs¹¹⁸:

O Estado moderno vê no autor de um fato – delito – normal, não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante a sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma.

De acordo com Jakobs, a pena aplicada ao infrator “cidadão” “significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade”.¹¹⁹ Nestes casos, a punição recai sobre fatos efetivamente cometidos e não sobre a personalidade do autor dos delitos. Aqui, o Estado deve considerar o infrator como pessoa, pois que a sua conduta não chega a ameaçar de modo contundente e reiterado o ordenamento jurídico. O seu ato, segundo a concepção adotada, é visto como uma mera irracionalidade.

Noutro giro, invertendo-se totalmente a perspectiva, o professor alemão propõe o Direito Penal do Inimigo para aqueles indivíduos que negam sistematicamente o ordenamento jurídico – como traficantes, terroristas, organizações criminosas. Para Jakobs, quem não reconhece os valores encampados pelo Estado Democrático de Direito não merece ser tratado

¹¹⁷ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22.

¹¹⁸ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32.

¹¹⁹ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22.

como pessoa por parte do Estado, tornando-se inimigo que precisa ser neutralizado e, caso necessário, eliminado. Veja-se¹²⁰:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. [...] Quem não presta segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo.

No Direito Penal do Inimigo, a relação estabelecida entre o Estado e o infrator não é uma relação de Direito, mas sim de coação, de força. O Direito Penal ganha feições de máquina de guerra – “aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo de guerra contida”¹²¹. Para Jakobs, é como se o Estado estivesse em constante estado de guerra com os ‘incorrigíveis’, vigendo um Estado de Exceção permanente – Estado de polícia - dentro do Estado Democrático de Direito.

No Direito Penal do Inimigo, a coação (pena) tem por objetivo a eliminação de um perigo e assemelha-se a uma medida de segurança, onde a “periculosidade” é o critério predominante para aplicação da sanção penal: “a função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do inimigo é a **eliminação de um perigo**”¹²². O ser humano é enxergado como um perigo a ser eliminado.

Aqui, a sanção recai sobre a personalidade do infrator, sobre o seu modo de vida. Segundo o próprio Jakobs¹²³: “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros e não à sanção de fatos cometidos”. O juízo é de periculosidade e não de culpabilidade sobre os fatos cometidos, criando-se um Direito Penal lastreado em suspeitas e presunções, no qual o modo de vida do condenado ganha mais destaque do que os fatos cometidos e os bens jurídicos lesados, transmutando-se o Direito Penal dos fatos em um odioso e perverso Direito Penal do autor.

¹²⁰JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36 e 42.

¹²¹JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

¹²²JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49.

¹²³JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

Não excede trazer à colação a contundente crítica feita por Bitencourt¹²⁴ a este respeito:

Isto remonta a Mezger, hoje conhecido colaborador do nazismo, conforme denuncia Munoz Conde, quando sugeriu a ‘culpabilidade pela condução de vida’. Considera-se como núcleo da culpabilidade, segundo esta concepção de Mezger, não o fato, mas o autor. O que importa realmente para a censura é a personalidade do agente, ou seu caráter, ou a sua conduta social, em última análise, o que ele é, e não o que faz, como faz. Uma concepção dessas, voltada exclusivamente para o autor, e perdendo de vista o fato em si, o seu aspecto objetivo, pode levar, como de fato levou, a Alemanha nazista, a um arbítrio estatal desmedido, a uma intervenção indevida no modo de ser do indivíduo.

Como visto, Jakobs propõe a existência, dentro do Estado Democrático de Direito, de dois modelos de Direito Penal: **(a)** Direito Penal do cidadão (o infrator não perde a sua condição de pessoa), no qual lhe são asseguradas todas as garantias, respeitando-se os princípios que delimitam a atuação estatal e **(b)** Direito Penal do Inimigo, no qual o infrator perde a sua condição de pessoa, sendo considerado um ‘perigo’ a ser eliminado. Aqui, não haveria uma relação jurídica propriamente dita, mas sim um exercício da força estatal sobre o indivíduo, o qual se encontra despido de qualquer garantia ou direito¹²⁵. Jakobs propõe, portanto, um Estado de Exceção permanente dentro do Estado Democrático de Direito.

Jakobs defende que, na verdade, a existência, o reconhecimento, bem como a delimitação do Direito Penal do Inimigo é uma tentativa de preservar o Direito Penal do Cidadão, visto que o terrorismo, por exemplo, é uma realidade que não se pode negar e não se sabe como agir com estas questões. O penalista parte de uma postura que pretende ser “neutra” e que é, ao mesmo tempo, fatalista. Neste sentido, Paulo Busato¹²⁶ observa em relação a Jakobs:

Rejeitando as críticas veementes e freqüentes que se direcionam contra sua teoria, sustentou que não pode compreender tais posturas críticas, já que elas equivalem ao antigo costume de matar o mensageiro que traz uma mensagem negativa. Assim, o autor se posiciona dizendo que simplesmente é um comentarista de como atua o sistema penal. Outrossim, a mera ausência de postura crítica diante deste absurdo, revela sua concordância, ou ao menos, anuência para com a proposta.

No mesmo diapasão, Zaffaroni^{127, 128} arremata com a lucidez que lhe é característica:

¹²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 542.

¹²⁵ “A vida nua”, sem direitos, sem proteção, sujeita a toda forma de opressão estatal. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Editora Boitempo, tradução de Iraci D. Poletti, 2004.

¹²⁶BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186.

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3^o Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 178.

¹²⁸ Confira-se também em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 6^o Ed. Buenos Aires: Editar, 1991, pág. 27 (tradução livre): “A identificação do ser com o dever ser não é apenas acrítica, mas também

O argumento de que muitas pessoas já estão sendo tratadas como inimigos e que isso é verificável não nos pode levar a aceitá-lo resignadamente e menos ainda a legitimá-lo, nem mesmo parcialmente. Ao fazê-lo não nos limitamos simplesmente a constatar uma realidade, mas estamos confundindo o ser com o dever ser, o ente real com o ideal, passamos da descrição à valoração positiva, da constatação à legitimação, e com isso cedemos a arma ou o instrumento orientador que é o princípio do Estado de direito.

Nessas perspectivas, verifica-se que a proposta de Jakobs é inviável. A legitimação de um Estado de Polícia dentro do Estado Democrático de Direito acaba por desfigurar este, com a crescente expansão daquele. Consoante Prittwitz¹²⁹: “o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo”.

A legitimação do Direito Penal do Inimigo transforma todas as pessoas em “inimigos em potencial”, de modo que todos os direitos e garantias que resguardam o indivíduo em face do poderio estatal estarão suspensos, até que o Estado decida quem considera inimigo (não-pessoa) ou cidadão (pessoa), o que, por si só, demonstra o absurdo da proposta. Zaffaroni¹³⁰ aduz que:

Quando os destinatários do tratamento diferenciado (os inimigos) são seres humanos não claramente identificáveis *ab initio* (um grupo com características físicas, étnicas ou culturais bem diferentes), e sim pessoas misturadas ao e confundidas com o resto da população e que só uma investigação policial ou judicial pode identificar, perguntar por um tratamento diferenciado para eles importa interrogar-se acerca da possibilidade de que o Estado de Direito possa limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos.

O Estado Democrático de Direito tem como característica historicamente delineada a limitação do poder estatal. Conforme visto, as garantias e os direitos fundamentais surgiram para limitar o poder do Estado em face do indivíduo. Deste modo, legitimar a existência de um Direito Penal excepcional, imposto como puro exercício de força, onde o indivíduo se vê despido de qualquer direito ou garantia, significa abdicar do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, visto que a limitação do poder se dará somente em alguns casos, de acordo com a conveniência e o possível e muito provável arbítrio estatal. Mais uma vez, Zaffaroni¹³¹:

O tratamento penal diferenciado dos hostis implica uma lesão aos limites do Estado com respeito ao cidadão, consistindo em um tratamento mais repressivo para todos, o que remete muito mais ao Estado absoluto do que ao Estado de Direito. [...] Isso é o que quase todo penalista e boa parte da teoria política fizeram desde que a

anticrítica, porque a partir da premissa obstrui todas as suas possibilidades: se dá por realizado o dever ser, este perde toda capacidade transformadora, esquecendo que o dever ser não passa de um ser que ainda não é”.

¹²⁹PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 12, n. 47, p. 43. mar./abr. 2004.

¹³⁰ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116 e 117.

¹³¹ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 121 e 159.

modernidade considerou – e continua considerando – compatível um incompreensível conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretense conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que, por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito.

Em suas formulações e a fim de justificar a existência do Direito Penal do Inimigo, Jakobs lança o seguinte argumento: se o indivíduo não reconhece os valores encampados pelo Estado Democrático de Direito, violando sistematicamente as normas jurídicas, então, o Estado não tem motivos para lhe considerar como pessoa portadora de direitos e de garantias.

Para o professor alemão, a partir do momento que o indivíduo não reconhece o Estado, surge para este a legítima faculdade de não o reconhecer como pessoa, retirando-lhe todos os direitos. Contrapondo-se a este pensamento, Busato¹³² sagazmente observa que:

Aquele que não se beneficia das garantias do Estado, tampouco tem porque submeter-se ao seu domínio, ou à imposição de pena por parte deste. A pena, enquanto instrumento estatal de controle social, somente pode ser aplicada àquele que cedeu parte de sua liberdade, no modelo pactual, para que o Estado fosse composto e regesse a proteção do resto de sua própria liberdade.

Jakobs parece partir de um a concepção errônea de Estado, pois que se olvida que este não é titular de nenhum direito. O Estado moderno é uma realidade instrumental que existe(pelo menos na retórica burguesa) para forjar a realização de direitos titularizados pelas pessoas. Todo poder conferido ao Estado é, na verdade, um poder-dever. Logo, ao Estado não é facultado invocar qualquer direito em face do indivíduo.

No fundo, esta concepção de Estado advém da própria noção luhmanniana de unidade sistêmica, onde, nos extremos, o sistema acaba por ter um fim em si mesmo. Jakobs parece compreender o Estado como um fim em si mesmo, como algo que tem que se preservar por si. Todavia, o Estado moderno é instrumental e tem como referencial a pessoa humana, de modo que a recíproca é necessariamente falsa, ou seja, a pessoa humana não tem que ser sacrificada em nome do Estado.

Outro ponto da teoria do Direito Penal do Inimigo que põe em xeque o Estado Democrático de Direito é o fato de que quem diz quem são os inimigos é o próprio Estado. Quem traça tênue fronteira entre “amigos” e “inimigos” é o Estado e isto, obviamente, lhe confere um poder quase que ilimitado (absoluto). Exatamente aqui se encontra o germe da destruição do Estado Democrático de Direito.

¹³² BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 197.

Nestes termos, a teoria dá margem à utilização do aparato repressivo estatal como instrumento de perseguição dos opositores, tornado-os inimigos que podem ser eliminados. Para Zaffaroni¹³³, “o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo”.

A teoria do Direito Penal do Inimigo relaciona-se com uma lógica mais ampla: o Estado de exceção permanente, visto que tenta justificar a utilização do Direito Penal como aparato de guerra. Tal teoria, ao fim e ao cabo, busca legitimar um espaço de não-Direito dentro do Estado Democrático de Direito, o que é em si um contra-sendo. Neste sentido, Agamben¹³⁴:

A instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão mostrem-se não integráveis ao sistema político. A partir de então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles ditos democráticos.

A partir do momento que Jakobs não reconhece o “inimigo” como pessoa, retirando-lhe todos os direitos e o considerando como mero ‘perigo’ a ser contido e eliminado, o professor tenta legitimar um espaço bélico no seio do Estado de Direito. Deste modo, o “inimigo” torna-se o pária da sociedade moderna, o renegado, a vida perde valor jurídico, no sentido de proteção, legitimando-se toda sorte de arbítrio e barbárie contra o condenado. Neste sentido, Munoz Conde¹³⁵ criticando a teoria preconizada por Jakobs observa: “se se trata de uma guerra, na guerra vale-tudo, com objetivo de ganhá-la. Ao inimigo não se reconhece direitos, se combate sem mais; se caça “vivo ou morto””.

O Direito Penal do Inimigo despe o homem de sua dignidade, do valor que cada ser humano carrega em si pelo simples fato de existir, tornado o “inimigo” a vida nua, preconizada por Agamben, tal qual o semita no holocausto nazista. Segundo Agamben¹³⁶: “é o fato de que à soberania do homem vivente sobre a sua vida corresponda imediatamente a fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que se cometa homicídio”. O Direito Penal do Inimigo tenta delimitar este marco, separando as pessoas em duas categorias: o ‘cidadão’ e o ‘inimigo’.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como valor fundante a dignidade da pessoa humana, conforme visto em momento

¹³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pág. 175.

¹³⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Editora Boitempo, tradução de Iraci D. Poleti, 2004.

¹³⁵ CONDE, Francisco Munoz. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 20.

¹³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I**, tradução: Henrique Burigo, 2 ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

oportuno. Nestas perspectivas, qualquer legislação que se fundamente na teoria do Direito Penal do Inimigo não encontra abrigo no ordenamento jurídico pátrio, pela ínsita contradição que esta formulação encontra com o princípio material do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

4.2 O Regime Disciplinar Diferenciado como fruto da legislação do terror.

O RDD, instituído por meio da Lei nº 10.792 de 2003, está inserido na perversa lógica do Direito Penal do Inimigo. A medida encontra muitos pontos de convergência com a teoria de Jakobs, o que revela a estreita correlação entre o RDD e a legislação do terror.

Com RDD, instituiu-se a desumana lógica da exclusão no seio do ordenamento jurídico brasileiro, ferindo de morte a Constituição Federal de 1988, desconsiderando a intangibilidade de seu valor fundamental: a dignidade da pessoa humana.

Confiram-se, mais uma vez, os motivos que ensejam o cabimento do RDD, a fim de se perquirir os pontos de contato entre a medida e a teoria do Direito Penal do Inimigo. Consoante o art. 52 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), o preso pode ser submetido à medida de acordo com os seguintes critérios:

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**. (grifo nosso).

As hipóteses de cabimento do RDD deixam claro que a medida volta-se muito mais para personalidade do apenado do que para a prática de um fato delituoso certo e delimitado. Das três hipóteses, apenas uma refere-se a um fato (art. 52, *caput*). As demais (§§ 1º e 2º), referem-se ao modo de vida do condenado, em flagrante correlação com o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Submete-se o preso “perigoso” ao RDD pelo simples fato de considerá-lo inimigo. Na lógica excludente preconizada pelo Direito Penal do Inimigo, não há necessidade de fatos

para aplicação de sanção penal: “os inimigos” são punidos pelo simples fato de serem considerados “inimigos”.

A ênfase no conceito de periculosidade, afastando-se do juízo de culpabilidade, preconizada no RDD denuncia que a medida, além de relacionar-se com o Direito Penal do Inimigo, parece resgatar a malfadada teoria da defesa social¹³⁷, a qual tinha por objetivo proteger a sociedade (os cidadãos) contra os criminosos, atribuindo ao delito, feições de moléstia, em que os criminosos eram considerados, em alguns casos, “incuráveis”, os quais deveriam ser sacrificados pelo bem da coletividade.

Neste sentido, Bruno de Moraes Ribeiro¹³⁸ afirma que:

O Direito Penal do Inimigo é uma variação melancólica, desesperançosa, da teoria da defesa social, que não tem sequer a pretensão de se comunicar com a sociedade ou com os indivíduos que são submetidos às suas sanções, despersonalizando-os e contentando-se simplesmente em inocuí-los, o que, para Jakobs, significa combatê-los, ou ‘vencer a guerra’ que busca garantir a segurança dos cidadãos.

Outro ponto de inegável contato entre o RDD e o Direito Penal do Inimigo está nas agruras do regime celular, o qual negligencia a dignidade da pessoa presa, ante o intenso sofrimento imposto ao preso submetido à sanção, conforme visto. A medida ‘coisifica’ o apenado, transformando-o em meio para consecução de um fim, visto que tem por objetivo a neutralização do preso, por meio do isolamento, por mais que isto implique a destruição físico-psíquica de quem se submete aos rigores do regime celular.

Pelo exposto, vê-se que o RDD tem como pano de fundo a odiosa teoria do Direito Penal do Inimigo. A medida simboliza um pequeno Estado de Exceção dentro do Estado de Direito.

¹³⁷Segundo Baratta, a teoria da defesa social tinha como premissa que “O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 3º Ed. 2002, p. 42.

¹³⁸RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa Social e “Direito Penal do Inimigo”: Visão Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 85.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a megarebelião de 2001, envolvendo 29 (vinte e nove) presídios sob a administração penitenciária paulista, denunciou um novo fenômeno social, que paulatinamente se formou no seio das prisões brasileiras: as organizações criminosas.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi uma medida emergencial, surgida em meio à calamitosa situação do sistema penitenciário paulista. Diante do poder de ação e de coesão demonstrados pela facção criminosa durante os conflitos de 2001, a administração cuidou de dá uma enérgica e simplista resposta a problemática: O RDD.

A sanção disciplinar surgiu com a declarada proposta de desarticular as organizações criminosas, por meio do isolamento de seus líderes. Todavia, conforme visto, a medida tem se mostrado pouco efetiva, tendo muito mais um caráter simbólico do que qualquer outra coisa. Com 5 (cinco) anos de aplicação da medida, entre resolução e lei, a mesma não teve o condão de impedir a megarebelião de 2006, envolvendo 79 (setenta e nove) presídios do Estado de São Paulo. O RDD é um típico produto do Direito Penal simbólico.

Seria até inocente acreditar que o Regime Disciplinar Diferenciado tem o condão de desarticular as organizações criminosas, vez que a medida volta-se exclusivamente para os líderes destas organizações. Contudo, evidentemente, as mesmas não se constituem apenas de líderes, de modo que retirar de ação as lideranças do grupo pode até enfraquecer as organizações, mas não tem a capacidade de desarticulá-las, o que reafirma o caráter alegórico do instituto, visto que não tem a mínima condição de alcançar os seus objetivos declarados.

A única maneira de efetivamente desarticular as organizações criminosas no seio das prisões é com políticas sérias e investimentos no setor, no sentido de concretizar o projeto “ressocializador” preconizado pela Lei de Execução Penal. Se a LEP fosse cumprida no dia-a-dia penitenciário, não haveria porque falar em organização criminosa no interior dos presídios.

O RDD constitui uma solução simplista, alegórica, drástica e incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem a dignidade da pessoa humana como princípio material. Os rigores do regime fazem com que se considere o RDD como uma tortura institucional, promovida pelo próprio Estado.

Com a medida, o Estado assume o seu fracasso, na medida em que reconhece e, de certa forma, legitima a existência de organizações criminosas atuantes dentro das penitenciárias brasileiras. Com RDD, o Estado procura “dividir” o poder com estas

organizações criminosas no interior das prisões, é como se o Estado as reconhecesse e dissesse: “pode existir e atuar, mas não perturbe a sociedade extramuros”.

Por todo o exposto, conclui-se que o RDD representa o fracasso do Estado na gestão do sistema penitenciário. Diante da pública demonstração de incompetência, o Estado, baseado na lógica do Direito Penal simbólico, criou o instituto ora estudado, forjando um verdadeiro Estado de polícia dentro do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Editora Boitempo, tradução de Iraci D. Poleti, 2004.

_____. **Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I**, tradução: Henrique Burigo, 2 ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 3º Ed. 2002.

_____. **Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria e prática nas ciências criminais**. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>>. Acesso em 03 de março de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. I. 15 Edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2010.

_____. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalianas**. Tradução Sergio Miceli. 2º Ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2007.

BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, pág. 541.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Pena e Garantias**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 156:

_____; FREIRE, Chistriane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. Crítica à Execução Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Wiecko V. de. **Controle da Legalidade na Execução Penal**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1988.

CONDE, Francisco Munoz. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Camila Caldeia Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 3, Edição 5, Ago/set 2009. Disponível em:<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/revista_fbsp_05_artigo_3_0.pdf>. Acesso em 01 de março de 2014.

_____. **Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões.** Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n2/v23n2a09.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2014.

_____. **Da guerra à gestão: a trajetória do Primeiro Comando da Capital (PCC) nas prisões de São Paulo.** Disponível em <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/tertulias/files/2012/09/Da-guerra-%C3%A0-gest%C3%A3o-a-trajet%C3%B3ria-do-Primeiro-Comando-da-Capital-PCC-nas-pris%C3%B5es-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2014.

DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. **Mil Platôs – Capitalismo e Esquizofrenia.** Vol. I. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34. 1995.

DUCLERC, Elmir. **Prova e garantismo: Uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – história da violência nas prisões.** 36º Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. Preface in: Gilles Deleuze e Félix Guattari. **Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia**, New York, Viking Press, 1977, pp. XI-XIV. Traduzido por Wanderson flor do nascimento.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **O Direito Penal Simbólico e o Engodo da Segurança Pública. In Leituras de um realismo jurídico-penal marginal – Homenagem a Alessandro Baratta.** Org. Paulo César Corrêa Borges. São Paulo: Cultura Acadêmica (ISBN 978-85-7983-249-9), 2012.

GARLAND, David. **As Contradições da “Sociedade Punitiva”: O Caso Britânico. Discursos Sediciosos** (12). Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003, pág. 61.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas.** Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LISPECTOR, Clarice. **A Descoberta do Mundo.** Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

LUHMANN, Niklas. **O Conceito de Sociedade. A Nova Teoria dos Sistemas.** Org. Clarissa Neves Eva Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** 2º Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013,

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal.** In Crítica à Execução Penal, organizado por Salo de Carvalho. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUNES, Adeildo. **O regime disciplinar na prisão.** Disponível na internet: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 28-7-2003.

PAZINATO, Alceu Luiz e SENISE, Maria Helena Valente. **História Moderna e Contemporânea.** 7º Ed. São Paulo: Ática, 1998.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O Rosto do Inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do Inimigo como racionalidade biopolítica.** Porto Alegre: 2007. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2008. Orientador: Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza. Disponível em <<http://tardis.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1714/1/000399127-Texto%2BCompleto-0.pdf>>. Acesso em 06 de maio de 2014.

PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 12, n. 47, p. 43. mar./abr. 2004.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa Social e “Direito Penal do Inimigo”: Visão Crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Sociologias, Porto Alegre, Ano B, nº 16, jul/dez 2006. P. 274-307. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>>. Acesso em 03 de março de 2014.

_____; ADORNO, Sérgio. **Criminalidade Organizada nas prisões e os ataques do PCC.** Disponível em <<http://www.nevusp.org/downloads/down167.pdf>>, acesso em 28 de abril de 2014.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4º Edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33º Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VICENTE, L.M.D e RIBEIRO, W.R. **O papel da mídia na expansão do sistema penal.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4189.pdf>>. Acesso em 06 de março de 2014.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria.** Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal.** 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

_____. **Manual de Derecho Penal.** 6° Ed. Buenos Aires: Editar, 1991.