

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

CONSIDERAÇÕES PENAIS E CRIMINOLÓGICAS SOBRE O REGIME
DISCIPLINAR DIFERENCIADO

CURITIBA

2004

CLÉBER RIGAILO

CONSIDERAÇÕES PENAIS E CRIMINOLÓGICAS SOBRE O REGIME
DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Monografia apresentada para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, em convênio com a UFPR – Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA

2004

Para minha amada esposa Ivana.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
Capítulo 1 - O Regime Disciplinar Diferenciado.....	3
1.1 Breve histórico sobre o Sistema Prisional.....	3
1.2 Lei de Execução Penal.....	7
1.3 O Regime Disciplinar Diferenciado e sua aplicação.....	8
1.3.1 O RDD para o preso que cometer crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas.....	12
1.3.2 O RDD para os presos que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.....	13
1.3.3 O RDD e o preso envolvido em organização criminosa, quadrilha ou bando.....	15
1.4 O regime disciplinar.....	19
Capítulo 2 - O regime disciplinar diferenciado e a finalidade da pena privativa de liberdade.....	23
2.1 Os modelos teóricos da prevenção e da retribuição e seus desdobramentos.....	23
2.2 A teoria adotada no Brasil e no Regime Disciplinar Diferenciado.....	30
Capítulo 3 - Análise do regime disciplinar diferenciado numa visão criminológica....	35
3.1 Quanto à lei.....	35
3.2 Quanto ao efeito simbólico do Direito Penal.....	38
3.3 Quanto aos presos não condenados e o princípio da inocência.....	40
3.4 Quanto à disciplina e o isolamento.....	43
3.5 Quanto à finalidade do RDD e as visitas.....	47
3.6 Quanto ao papel da mídia e o RDD.....	48
Capítulo 4 – Uma noção alternativa.....	51
4.1 Alternativa de Alessandro Baratta ao RDD.....	51
Considerações finais.....	56
Referências.....	59
Anexo I – Lei italiana n. 279 de dezembro de 2002.....	63
Anexo II – Resolução SAP n. 026 de 04 de maio de 2001.....	67

INTRODUÇÃO

No dia 02 de dezembro de 2003 entrou em vigor no ordenamento jurídico pátrio a Lei 10.792 alterando dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal e, introduzindo nesta última, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Antes disso, no Estado de São Paulo, através da Resolução SAP-026, de 4-5-2001, já se aplicavam algumas regras do atual Regime Disciplinar Diferenciado, tendo-se claramente, que a referida resolução serviu de base para a edição da Lei 10.792/2003.

Juntamente com medidas salutaras e propriamente empregadas, com vista à finalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, como as novas tecnologias para impedir a comunicação através de telefones celulares, foram implantadas uma série de medidas disciplinares aumentando o rigor e modificando a forma do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil para alguns presos condenados e outros provisórios.

Dentre essas medidas disciplinares foi implantada a possibilidade de um isolamento do preso por um prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo tal medida ser repetida em caso de novo cometimento de falta grave de mesma natureza. Além desse isolamento ocorreram outras restrições aos direitos de visita e o de banho de sol.

Com a motivação do aprofundamento da análise sobre esse novo Regime Disciplinar Diferenciado se propõe a exploração do tema em quatro capítulos com abordagens diferentes. Cabendo à primeira parte a exposição e análise da lei que fundamentou a alteração na Lei de Execução Penal. Num segundo momento buscou-se apresentar inicialmente os fins da pena, com o intuito de encontrar a melhor classificação para a postura adotada pela vigente Lei de Execução Penal, e mais especificamente pelo Regime Disciplinar Diferenciado. No terceiro capítulo foram introduzidas críticas de conteúdo criminológico sobre alguns aspectos da adoção do Regime Disciplinar diferenciado, como por exemplo, quanto ao efeito de direito penal simbólico criado pelo novo regime disciplinar. Em um último momento buscou-se a

demonstração da existência de alternativas à postura que deu causa à formulação do Regime Disciplinar Diferenciado.

É inevitável, que implicitamente, seja observada a predisposição da orientação do presente trabalho à crítica e ao questionamento da instituição de um regime disciplinar que ameace direitos conquistados após anos de evolução, no qual muitos pagaram com suas vidas para que outros não morressem pela repetição dos mesmos equívocos na execução das penas privativas de liberdade, como os apresentados pela Lei 10.792/2003.

CAPÍTULO 1 - O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

1.1 Breve histórico sobre o Sistema Prisional.

A prisão como pena é relativamente nova, pois na antiguidade a privação da liberdade era utilizada apenas para manter disponível o réu, ou seja, como um meio de custódia para que o réu estivesse ao alcance do carrasco no momento da sentença para a posterior tortura ou execução. Posteriormente a idéia de prisão se confundiria com a idéia de pena, tendo a pena, numa visão clássica, uma origem clara na vingança privada como explica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: “Históricamente, la pena pública surge de un largo proceso de monopolización por el Estado de la venganza privada y de la ley del talión, superándose la idea de odio o venganza contra el opresor e introduciéndose un mecanismo de enjuiciamiento de los hechos desapasionados y objetivo”¹.

Numa concepção mais crítica e sociológica FOUCAULT explica o surgimento da pena de prisão como “a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência. No fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova”².

A origem da prisão como pena é atribuída aos americanos³, no século XVIII, que com base nos anteriores exemplos europeus, desenvolveram alguns modelos de sistemas penitenciários.

O primeiro modelo de sistema penitenciário desenvolvido foi o Pensilvânico, Filadélfico ou Celular⁴, tendo sua origem em 1776 com a primeira prisão norte-americana, *Wallnut Street Jail*, que tinha como principais características o isolamento celular completo aos presos mais perigosos e alojamento comum aos demais, aos quais era permitido o trabalho conjunto durante o dia. Outras características monásticas

¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – introducción**. 2. ed. Madri (Espanha): Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 121.

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 195.

³ BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.

⁴ BITENCOURT, César Roberto. p. 92-94.

foram introduzidas como o silêncio e a oração, isto com certa decorrência da postura dos “quacres”, responsáveis pela idealização do referido sistema. Não se obteve sucesso em razão do crescimento da população carcerária que veio a impossibilitar o isolamento. A idéia do silêncio contribuiu para que o custo da vigilância fosse diminuído, pois poucos agentes penitenciários eram capazes de atender um grande número de presos pela facilidade do controle.

O segundo modelo de sistema penitenciário criado no final do século XVIII foi o Auburniano⁵, que teve como finalidade à superação dos problemas encontrados no Sistema Pensilvânico, tendo em vista o advento de novas posturas de direitos humanos e política criminal como a abolição da pena de morte e dos castigos corporais. No ano de 1816 foi inaugurada a prisão de Auburn, que tinha uma divisão interna com alas de isolamento contínuo e outras apenas parciais. Como características, o também chamado de *Silent System*, adotava o trabalho coletivo e a manutenção do silêncio, que mais uma vez era utilizado como forma de facilitação do controle dos presos. O regime disciplinar aplicado no sistema auburniano era praticamente militar com castigos cruéis e excessivos.

Em geral os dois primeiros sistemas penitenciários tinham como marca presente o silêncio e o isolamento para os presos mais perigosos, apresentando como maior diferença à ênfase ao trabalho no Sistema Auburniano. Quanto à orientação da pena pode-se dizer que até o século XIX os homens acreditavam que “o castigo dentro de certas condições era considerado como um meio apropriado para a correção do delinqüente”⁶, misturando as idéias retributivas com as idéias preventivas especiais.

Ainda quanto aos sistemas penitenciários, já no século XIX, iniciava a predominação do Sistema Progressivo⁷. Esse sistema era baseado numa idéia de mérito comportamental, na qual o preso iniciava o cumprimento de sua pena em um regime muito grave e de acordo com seu comportamento e com o tanto de pena imposto eram concedidos privilégios que aplacavam o rigor da pena. A finalidade dessa progressividade era claramente corrigir “ortopedicamente” a conduta do preso

⁵ BITENCOURT, César Roberto. p. 94-96.

⁶ BITENCOURT, César Roberto. p. 97.

⁷ BITENCOURT, César Roberto. p. 98-104.

conseguindo sua reforma moral. Os primeiros Sistemas Progressivos que podem ser citados são o Inglês ou *Mark System* e o Irlandês.

O Sistema Progressivo Inglês ou *Mark System*, datado de 1840 com a instituição de uma prisão na Austrália, era baseado na idéia de “débito *versus* crédito”, no qual o crime cometido era avaliado em um número determinado de marcas (*marks* - marcas), e com o trabalho e o bom comportamento, ao preso eram atribuídos determinado número destas, que eram acumulados, permitindo-se a passagem de um regime para outro.

No Sistema Progressivo Irlandês, da mesma forma apresentada pelo Inglês, se tinha a base na vontade do preso em ganhar a liberdade e na diminuição dos rigores apresentados pelo cárcere. O Sistema Irlandês inova na instituição de “prisões intermediárias”, que serviam para provar que o preso estava apto a ganhar sua liberdade condicional. Até hoje, o Sistema Progressivo serve de base para os sistemas penitenciários, inclusive no Brasil.

Quanto ao Brasil, o país inicia seu contato com a pena de prisão como presídio, ainda no Período do Brasil Colônia, abrigava os condenados à pena de degredo, segundo às Ordenações Filipinas⁸. A primeira prisão instalada no Brasil foi a Casa de Correção no Rio de Janeiro, sendo mencionada na Carta Régia de 1769. Posteriormente, a Constituição de 1824, no artigo 179, previu que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes. A prisão mais famosa deste período histórico foi a Prisão de Aljube, também no Rio de Janeiro, que segundo um relatório elaborado por uma comissão nomeada para visitar as prisões em 1828, mencionado pela autora Regina Célia PEDROSO “apontou para o aspecto maltrapilho e subnutrido dos presos. Além disso, o edifício projetado para abrigar 15 pessoas, comportava, naquela data, cerca de 390 pessoas”⁹.

Mais tarde, o Código Criminal do Império de 1830 elencou duas modalidades de penas de prisão, a simples e a com trabalho, sendo a segunda praticamente

⁸ PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias**. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5300>. Acesso em: 10 jun. 2004.

⁹ PEDROSO, Regina Célia. *op.cit.*

inaplicável em razão da estrutura insuficiente para acomodar oficinas ou outro tipo de estabelecimento que proporcionasse a possibilidade do trabalho aos presos. Com o segundo Código Penal, em 1890, já posterior à proclamação da República em 1989, desenvolveram-se um pouco mais as modalidades de prisão, totalizando quatro: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar, mas mais uma vez, a falta de estrutura e de investimentos não possibilitou a implantação de qualquer programa que permitisse aos presos o trabalho legalmente assegurado. Com essa falta de interesse o aspecto terapêutico-resocializador que os elaboradores do referido Código previram ficou fatalmente prejudicado. Percebeu-se ainda, que nas cidades não haveria possibilidade de instalação dessas instituições com finalidade laborativa, e em razão disto as prisões começaram a migrar para o interior dos Estados, visando com tal medida retirar das cidades os criminosos, bem como os alienados e o pobres que mendicavam. Nessa época, a mais famosa prisão do interior foi a Colônia de Dois Rios, na Ilha Grande no Estado do Rio de Janeiro. Com essa mudança geográfica, o Governo tentava ao máximo *limpar* as cidades através da *reclusão social*, tanto dos criminosos, como da população carente¹⁰.

O século XX para o Sistema Carcerário Brasileiro veio com a orientação de uma separação dos presos quanto ao sexo, tipo de crime cometido e idade, agravando ainda mais a situação estrutural que já era precária. Com o aumento do número de indivíduos cumprindo pena de prisão se deu início à massificação da construção de instituições para abrigá-los, e em 1935, entrou em vigor o Código Penitenciário da República, que tratava de todas as circunstâncias que envolviam a vida do indivíduo condenado pela justiça. Teve curta duração e pouca aplicação em razão do advento do Código Penal de 1940, mas sua maior importância foi a organização das sanções disciplinares e da separação de presos portadores de doenças infecto-contagiosas como a lepra e a tuberculose¹¹.

Segundo ZAFFARONI e PIERANGELI o Código de 1940 era marcado pela mesma carga ideológica excludente presente em seu antecessor:

¹⁰ PEDROSO, Regina Célia. *Op. Cit.*

¹¹ PEDROSO, Regina Célia. *Op. Cit.*

“Seu texto corresponde a um ‘tecnicismo jurídico’ autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (próprias do código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de ‘indesejáveis’, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada.”¹²

A principal alteração trazida pelo Código Penal de 1940, quanto às penas, foi a infeliz adoção do sistema duplo binário ou dualista, no qual além da pena de prisão ao réu era imputada ainda uma medida de segurança, pois no caso de prática de ato considerado crime, se presumia uma periculosidade que deveria ser tratada.

Em 02 de outubro de 1957 ocorreu a edição da Lei nº 3.274 que dispunha sobre normas gerais do regime penitenciário, que vigorou até a vigência da Lei nº 7.210/84, a atual Lei de Execuções Penais.

1.2 Lei de Execução Penal.

A separação dos comentários sobre a Lei de Execuções Penais se faz necessária pelo rompimento ocorrido em relação às legislações anteriores. Primeiramente pelo particular desenvolvimento do referido diploma na proteção dos direitos dos presos, através da determinação expressa das violações à sua esfera individual de direitos. Segundamente pela sistematização do assunto que pela primeira vez era estruturado de forma completa. Com mais precisão apresenta-se as palavras de José Eduardo GOULART, citando Miguel REALE JÚNIOR:

“Na palavra de um de seus autores o perfil ideológico da nova legislação implica em ‘uma postura realista, sem ortodoxia e comprometimentos teóricos, instaurando-se um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir a suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade”¹³.

Os objetivos primordiais da Lei de Execuções Penais, apreendidos pela leitura de seu primeiro artigo, são a efetivação do disposto na sentença penal condenatória,

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 222-223.

¹³ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução**. São Paulo: RT, 1994. p. 73.

bem como a integração social do condenado e do internado. MIRABETE afirma que a “Lei de Execução Penal adotou os postulados da Nova Defesa Social, aliando a esta a prevenção criminal e a humanização da execução da pena e afastando o ‘tratamento’ reformador, na esteira das mais recentes legislações a respeito da matéria”¹⁴. Restando como reflexo de maior importância dentre as bases da Nova Defesa Social, propagada por Marc Ancel em 1954, a humanização da pena decorreu em efeitos científicos positivos, transformando a situação do condenado que passou, pelo menos na legislação, de objeto a sujeito de direitos.

Direcionando o aspecto histórico para o tema a ser abordado, isto é, o Regime Disciplinar Diferenciado, quanto à disciplina, a Lei de Execuções Penais previa nos artigos 44 até o 60, as normas básicas sobre as infrações disciplinares e suas respectivas sanções. Matéria esta que constitui a base legislativa do presente trabalho.

1.3 O Regime Disciplinar Diferenciado e sua aplicação.

O agravamento do regime disciplinar prisional segue o rumo inverso pelo qual caminhou, até então, a evolução do sistema penal e prisional. Passou-se das torturas e penas físicas dos séculos XVII e XVIII, para a privação da liberdade com características médicas, psiquiátricas e re-educacionais no século XIX, chegando até às substituições de penas privativas de liberdade, de curta duração, por prestações alternativas que não mais implicavam em recolhimento à prisão no século XX, para então, no século XXI ser proposto novamente o isolamento celular prolongado e o silêncio. Estando estas últimas duas características presentes nos primeiros sistemas penitenciários, como o Auburniano e o Pensilvânico, datados do final do século XVIII.¹⁵ A idéia de regimes especiais para presos perigosos ou incorrigíveis surge juntamente com a idéia de pena de prisão, já estando presente nos modelos prisionais Pensilvânico e o Alburniano. Especialmente quanto à origem do Regime Disciplinar Diferenciado foi possível encontrar duas origens próximas.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 27.

¹⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 91-104.

No direito alienígena, tem-se na Itália, um dos precursores na fabricação de legislação do combate ao crime organizado, e conseqüentemente em regimes disciplinares para recolher os presos condenados por práticas ligadas às organizações criminosas.

A legislação, chamada na Itália de *Antimafia*, tem seu início com a Lei 57/62, e posteriormente modificações em 1965, 1975 e 1982, chegando até a Lei 55/90, que sistematizou a matéria vindo a alterar o Código Penal Italiano. Em 1991, o Dec-lei 419/91, que foi convertido mais tarde em Lei 172/92, trouxe as regras processuais necessárias para o combate à máfia italiana¹⁶. Desde 1992, na Itália, já se aplicava um regime disciplinar penitenciário diferenciado para determinados presos que fossem ligados às organizações criminosas¹⁷. Mais tarde, em 23 de dezembro de 2002, a Lei 279¹⁸ introduziu no ordenamento italiano um regime chamado de *carcere duro*, que tem a mesma formatação da alteração legislativa que deu origem ao Regime Disciplinar Diferenciado. O propósito da alteração do regime carcerário italiano era, como no Brasil, impedir que os chefes da máfia, presos pelas operações especiais realizadas nos últimos anos, continuassem a coordenar as atividades ilícitas de dentro das prisões.

O regime do *carcere duro* italiano partia de um sistema de isolamento do detento, possibilitando o contato com outros presos apenas nos momentos do banho de sol, com um número limitado a cinco detentos por período. A visita era realizada apenas uma vez por mês, sendo gravada e filmada a conversa entre o preso e o familiar para evitar a comunicação de ordens através de códigos ou gestos. O regime durava mais do que um ano e menos de dois, com possibilidade, através da colaboração com a justiça, de progressão para regimes menos rigorosos. Além dos envolvidos com as *organizzazioni criminali*, também são submetidos ao *carcere duro* os terroristas e aqueles que subvertessem a ordem constitucional¹⁹.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O crime organizado no sistema italiano.** In Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Pentead. São Paulo: RT, 1995. p. 13-30. p. 21 e 22.

¹⁷ CRAXI, Vittorio. **Sugli articoli 41 bis e 4 bis dell'ordinamento penitenziario.** Social Critic. Disponível em: <http://www.inventati.org/laboratoriomarxista/repressione/nazionale/assemblea-milano/am-2.htm>. Acessado em 21 de junho de 2004.

¹⁸ Anexado no idioma original – Anexo I.

¹⁹ CRAXI, Vittorio. Ob. Cit. Disponível em:

Com essa fórmula, o Sistema Carcerário Italiano conseguiu que vários membros de organizações criminosas passassem a colaborar através de informações que possibilitaram a prisão de outros participantes e a apreensão de bens e valores ilicitamente conseguidos através das atividades ilícitas²⁰.

O Direito Pátrio teve o primeiro contato com as idéias que viriam a formar a Lei 279/02 italiana, através do Estado de São Paulo. A SAP (Secretaria de Administração Penitenciária) editou em 4 de maio de 2001 a resolução 026²¹, que instituía, no artigo 1º, o RDD “aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico”. Como regras desse Regime Disciplinar Paulista apareciam: o isolamento do preso em sela individual; a duração de 180 dias na primeira inclusão no regime e de 360 dias nas demais; o banho de sol era limitado a uma hora por dia; e as visitas só seriam permitidas por duas pessoas, pelo tempo máximo de duas horas, se estas estivesse previamente identificadas e cadastradas, conforme a Resolução da SAP n.º 49 de 17/07/2002. O Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, e o Secretário de Administração Penitenciária de São Paulo, Nagashi Furukawa, tiveram grande importância no convencimento do Ministro da Justiça, Thomaz Bastos, para que fosse proposta a alteração na Lei de Execuções Penais que daria aplicação nacional ao Regime Disciplinar Diferenciado²².

Antes do advento da Lei 10.792, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o artigo 52 da LEP mencionava apenas que a “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou condenado, à

<http://www.inventati.org/laboratoriomarxista/repressione/nazionale/assemblea-milano/am-2.htm>. Acessado em 21 de junho de 2004.

²⁰ MAIEROVITCH, Wálter. **Criminalidade estimulada pela incompetência**. Jornal do Terra. Disponível em: <http://tv.terra.com.br/jornaldoterra/interna/0%2C%2C0134928-EI2413%2C00.html>. Acesso em 21 de junho de 2004.

²¹ Juntado à monografia formando o Anexo II. Retirado do endereço eletrônico <http://www.mp.sp.gov.br/caexcrim/Legislacao/anexos/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20026-2001%20RDD.doc>.

²² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. Ius Net. Disponível em: http://www.iusnet.com.br/webs/IELFNova/artigos/pdf/o_regime_disciplinar_diferenciado_constitucional.pdf. Acessado em 21 de junho de 2004.

sanção disciplinar, sem o prejuízo da sanção penal”. A nova redação²³ introduziu vários elementos extremamente abertos à interpretações como *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*, bem como a aplicação do RDD ao condenado preso, ou custodiado, sobre o qual parem *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*.

Com base ainda no artigo 52 da LEP pode-se apresentar um conceito operacional²⁴ para o Regime Disciplinar Diferenciado como um conjunto de restrições, trazidas pela referida lei, destinadas a presos, condenados ou provisórios, pelo cometimento de crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; para os presos condenados ou provisórios, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; e finalmente, para o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Com base nesse conceito operacional pode-se distinguir três possibilidades de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

²³ 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.

²⁴ “... definição proposta para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 6 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 41.

1.3.1 O RDD para o preso que cometer crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas.

A primeira possibilidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado ocorre para os presos, condenados ou provisórios, que vierem a cometer crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas. Lembrando-se inicialmente que, no rol das faltas graves, elencadas no artigo 50 da LEP, a primeira é “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”, diferindo da presente modalidade do RDD pelo necessário cometimento de crime doloso, deixando qualquer outra ação que venha a perturbar a disciplina interna que não constitua crime doloso, como causa da aplicação da referida falta grave, que tem como pena disciplinar o isolamento por até trinta dias. Cabe aqui, a análise das categorias²⁵ existentes nessa modalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

A *subversão*, segundo Aurélio Buarque de HOLANDA, deve ser entendida como a “insubordinação às leis ou às autoridades constituídas; revolta contra elas”²⁶. O termo já foi empregado no Ordenamento Jurídico pátrio na Lei 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, no artigo 23, que considera crime incitar à subversão da ordem política ou social. O próprio termo já carrega uma carga axiológica por ter sido utilizado pelos Governantes, em períodos autoritários, para estereotipar como revolucionários ou comunistas aqueles que se opunham ao regime político. No texto da LEP o termo é usado mais uma vez, no artigo 39, inciso IV, para atribuir o dever aos presos de se opor “aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina”. MIRABETE explica o inciso:

“Embora não se considere como dever legal do preso o de delatar a existência desses movimentos ou de sua autoria, já que inexistente dever legal de agir para impedir a fuga de outrem, exige-se que o preso sempre se oponha a eles. Descumprido esse dever o condenado que sugere, instiga, incita ou planeja a fuga ou que fabrica, porta ou oculta instrumento ou objeto destinado à facilitação da evasão, ainda que ela não se consuma. A mesma exigência faz-se com relação aos

²⁵ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**, *cit.* p. 29.

²⁶ “Subversão. 1. ato ou efeito de subverter (-se). 2. Insubordinação às leis ou às autoridades constituídas; revolta contra elas. 3. Destruição, transformação da ordem política, social e econômica estabelecida; revolução”. PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1897.

movimentos de subversão à ordem ou à disciplina nas prisões ou fora delas. Refere-se a lei, aqui, aos movimentos de rebeldia e insubordinação, à destruição ou vandalismo, aos atos insolentes e ameaçadores contra autoridades ou funcionários, ou quaisquer outros que levem à insegurança ou à desordem, subvertendo a regular vida carcerária”²⁷.

Outras categorias que merecem atenção são a *ordem* e a *disciplina*, que podem ser tratadas juntas por serem assuntos correlatos. No artigo 44 da LEP se tem um conceito operacional legal para o que seria disciplina, que consistiria “na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”. A idéia de ordem ou disciplina sempre está ligada às idéias de poder e hierarquia, e disto, FOUCAULT²⁸ retira fantásticos apontamentos vinculando a transformação do camponês em soldado, registrando a docilidade e a submissão como modelos também para os presos. Tal assunto será abordado com mais profundidade em tópico posterior.

O que resta desta modalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado é a impressão de uma desproporcionalidade entre o fato e a pena disciplinar, pois pela falta de obediência ao princípio da legalidade, o crime doloso mencionado no referido disposto poder ser qualquer um, gerando uma insegurança jurídica muito grande quanto à aplicação de uma pena disciplinar tão grave.

1.3.2 O RDD para os presos que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

A segunda possibilidade ou modalidade de implantação do Regime Disciplinar Diferenciado é destinada aos presos condenados ou provisórios, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. É um tipo que permite uma interpretação e aplicação muito aberta. A não ser pela parte da segurança do estabelecimento penal, que poderia ser objetivamente representada através de ações típicas descritas, como a construção de túneis, destruição de grades, introdução de armas ou ameaças aos agentes

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. Editora Atlas: São Paulo, 2000. p. 111.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhe. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 117-142

penitenciários, mas ainda sim, a amplitude de possibilidades para a subsunção nesta modalidade é muito grande. Restando a questão sobre o que mais colocaria em risco a ordem num estabelecimento penal, deixando margem a abusos e arbitrariedades, mas o problema maior está em definir qual é o preso que representa alto risco para a ordem ou a segurança da sociedade.

Numa rápida digressão crítica sobre a possibilidade de constatar o risco à ordem ou à segurança da sociedade cabe citar duas idéias. A primeira idéia que pode ser colocada a título de exemplificação é a comparação com a política criminal nacional-socialista, que se utilizava do *são sentimento do povo*²⁹ para poder exercer a tutela penal mesmo sobre aqueles que não seriam alcançados pelos tipos penais existentes até aquele momento, mantendo um conceito tão aberto, que nas mãos de governos autoritários, passa a ser uma ferramenta para “qualquer conserto”. Outro aspecto que pode ser levantado é o da presença de resquícios da ideologia da segurança nacional ou Direito Penal da Segurança Nacional, pelo qual se propagava a idéia de que toda a sociedade haveria de estar preparada para uma guerra e com esta justificativa se cerceavam direitos dos indivíduos em defesa de um bem maior, que seria a Segurança Pública. ZAFFARONI e PIERANGELI exemplificam o transporte da influência dessa ideologia nos dias de hoje:

“Embora a ideologia da segurança nacional seja, atualmente apenas uma lembrança, a sua realidade autoritária não desapareceu, e apenas adotou uma nova roupagem: a ideologia da segurança urbana. Os atores políticos, procurando clientela eleitoral, elaboram leis represivas, longe de qualquer contexto ideológico coerente, mesclando argumentos moralistas, perigosistas e de segurança nacional. A sociedade de comunicação contemporânea e as cruzadas nacionais e internacionais, o medo, as reações perante a quebra do estado de bem-estar e a redução do espaço político para providenciar soluções reais para os conflitos sociais favorecem uma transferência do poder, que, na época da ideologia da

²⁹ “Em 1935, foi eliminado o princípio da legalidade, mediante a introdução da analogia penal, substituindo-se o art. 2 do StGB pelo seguinte: ‘É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a idéia fundamental’. O pensamento do ‘são sentimento do povo’ garantia o caráter irracional dessa legislação e a ditadura do costume”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 335.

segurança nacional, levava à hegemonia das forças armadas e que, na versão da ideologia da segurança urbana, passa para as polícias”³⁰.

Mais recentemente se tem como exemplo as idéias de Günther Jackobs, que aponta como finalidade para o Direito Penal, a estabilização das expectativas normativas. Portanto, para esse autor, o cometimento de um crime qualquer seria suficiente fundamento para a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado se a ordem jurídica afetasse de alguma forma a ordem social.

Antes de ultrapassar a análise da presente modalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado cabe ainda a exploração do que seria entendido por *risco à ordem ou segurança da sociedade*. Os termos *ordem* ou *segurança da sociedade* são sinônimos de um outro termo já empregado freqüentemente na legislação brasileira, ou seja, *segurança pública*. A própria Constituição Federal, no artigo 144, já menciona e oferece um conceito operacional legal entendendo-se que a “segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Mesmo sendo ampla, a definição demonstra certas características importantes como o fato da segurança pública ser um *dever do Estado*, dependendo de sua manifestação de poder e de seu interesse para ser efetivado como *direito e responsabilidade de todos*.

Nota-se nessa modalidade um claro aproveitamento do medo propagado na sociedade pelos meios de comunicação, que acabam por popularizar certos “conceitos” como segurança pública, que é posteriormente utilizado pelos legisladores numa manifestação do direito penal simbólico.

1.3.3 O RDD para o preso envolvido em organização criminosa, quadrilha ou bando.

A última possibilidade ou modalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado é prevista para o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando. Fugindo um pouco do âmbito penal, os termos *fundadas suspeitas*, devem ser tratados sob a ótica do Direito Processual Penal. Ter

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 362.

suspeitas significa não ter provas sobre a ocorrência de um crime ou sobre a autoria deste. É como dizer que se têm apenas indícios³¹, tanto que parte da doutrina e da jurisprudência acaba tratando os termos indícios, presunções e suspeitas como sinônimos³². Pela simples aplicação do raciocínio percebe-se a ocorrência de duas respostas quanto à possibilidade de indícios fundamentarem uma condenação. A negatória, baseando-se no fato de que não importa quantos indícios se somem, nunca se chegará a um produto simétrico à verdade, ou à certeza que se chega através da soma das provas. A posição pela aceitação argumenta que pelo raciocínio (silogístico ou o indutivo), pela análise caso a caso e dependendo de uma relação de causalidade, pode-se aceitar que um conjunto de indícios perfeitamente concatenados fundamente uma condenação. Talvez seja nesta última postura que o legislador se espelhou para forjar a expressão *fundadas suspeitas*. Lembrando-se que qualquer prova ou outros indícios que venham a ser contrapostos ao quadro indiciário acabam com qualquer possibilidade deste fundamentar uma condenação³³.

Outra interpretação cabível para a expressão *fundadas suspeitas* é a compreendida pela doutrina e jurisprudência para o juízo de pronúncia no processo do Tribunal do Júri³⁴. Podendo-se citar como exemplo acórdão do STJ: “Segundo precedentes, ‘o juízo de pronúncia é, no fundo, um juízo de **fundada suspeita** e não um juízo de certeza. Admissível a acusação, ela, com todos os eventuais questionamentos, deve ser submetida ao juiz natural da causa, em nosso sistema, o Tribunal do Júri’. (RESP 192.049, Rel. Min. Felix Fischer)” (grifo nosso).

Outra categoria ou expressão que necessita ser explicada é o *envolvimento ou participação a qualquer título*. O parágrafo que prevê esta última modalidade de aplicação do RDD faz uso do termo *envolvimento*, que não carrega uma carga técnica e científica, como o termo *participação*. O envolvimento é utilizado, na

³¹ Artigo 239 do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

³² Na doutrina Espínola Filho, José Frederico Marques e Ronaldo Batista Pinto. Como exemplo na jurisprudência: JUTACrim 65/241.

³³ PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal segundo a jurisprudência**. Saraiva: São Paulo, 2000. p. 358-367.

³⁴ Segundo a jurisprudência do STF, coletado por Damásio de Jesus, “não é necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o réu seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência (RTJ 63/476). Havendo dúvida, pronuncia-se (RT 523/377, 503/328, 522/361, 518/393 e 584/319). JESUS, Damásio E. **Código de Processo Penal Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 298.

jurisprudência, como uma simplificação terminológica para uma participação não muito bem definida, normalmente questionada na fase processual do recebimento da denúncia por ser baseada apenas em indícios³⁵.

Quanto à participação cabe a explicação, em melhores termos, do Professor Juarez Cirino dos SANTOS:

“... a participação não tem conteúdo de injusto próprio e, por isso, assume o conteúdo de injusto do fato principal; por outro lado, a dependência da participação é limitada à tipicidade e antijuridicidade do fato principal, ou seja, ao *tipo de injusto* do fato principal.... A definição da participação como contribuição *acessória* de fato principal *doloso* exclui a possibilidade de participação em crimes de *imprudência*...”³⁶. (grifo no original).

Cabe ainda mencionar que a participação compreende duas modalidades, ou seja, a instigação³⁷ e a cumplicidade³⁸, conseqüentemente dependentes de um fato principal. É quanto a esse fato principal e sua relação com a ação participativa que vale algum esclarecimento dentro do âmbito de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Qual seria o fato principal que permitiria a existência da participação? A resposta é incerta, pois, caso a caso, as organizações criminosas se dedicarão a uma ou algumas modalidades de delitos que também farão o papel de fato punível principal. Constante, seria apenas a possibilidade de ocorrência do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, que descreve a conduta de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”. Este, portanto, seria o crime principal que estaria configurado nessa possibilidade de aplicação do RDD, disposto no parágrafo segundo do artigo 53 da LEP.

A anterior interpretação é uma tentativa de imputar um mínimo de técnica jurídica aos elementos dispostos no referido parágrafo, mas ao que parece o dispositivo foi elaborado sem a necessária base do Direito Penal, decorrendo assim

³⁵ Conforme jurisprudência coletada no STJ: HC 29222/SP, HC 28700/MS, HC 26266/PR, HC 11805/MT.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 252.

³⁷ “A instigação significa determinação dolosa de outrem a fato típico e antijurídico doloso: o instigador provoca a decisão do fato mediante influência espiritual sobre o autor, mas não tem controle sobre o fato, reservado exclusivamente ao autor”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. *Ob. Cit.* p. 254.

³⁸ “A cumplicidade significa ajuda dolosa para fato típico e antijurídico doloso de outrem: o cúmplice (ou auxiliar) presta ajuda para realização do fato punível, poder exercido pelo autor”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. *Ob. Cit.* p. 257.

uma outra possibilidade, mais ampla, de interpretação, essa sim, correspondente à política criminal orientadora do instituto. Essa interpretação seria voltada a inclusão, como candidato à inserção no Regime Disciplinar Diferenciado, de qualquer indivíduo que tivesse envolvimento com o crime organizado ou mesmo com as facções criminosas que se formaram, ou na sociedade, ou até mesmo dentro do sistema carcerário nacional, como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital (PCC). Argumento que reforça a presente orientação é a presença da locução *a qualquer título* no dispositivo em análise.

Por último, e mais tormentoso, é a menção às organizações criminosas. Apesar da existência de uma lei que “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas” não se tem um conceito operacional legal para organizações criminosas ou crime organizado. Para se explicar o que é organização criminosa se faz necessário explicar o que é crime organizado. Scarance FERNANDES:

“De modo geral, são três as linhas doutrinárias e legislativas formadas sobre o conceito de crime organizado: 1ª – parte-se da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização; 2ª – parte-se da idéia de crime organizado, definindo-o em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, e, normalmente, incluindo-se entre seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa; 3ª – utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescentam-se outros, considerando-os como crimes organizados”³⁹.

Pela primeira linha apresentada por Scarance FERNANDES a lei deveria ter apresentado um conceito, e esta foi a orientação de um projeto não aprovado sobre o assunto⁴⁰.

Pela segunda linha apresentada por Scarance FERNANDES, quanto à necessidade de especificar os elementos essenciais do crime organizado poder transcrever passagem de HASSEMER: “Na doutrina, ao distinguir entre ‘criminalidade de massa’ e ‘criminalidade organizada’, Winfried Hassemer parece

³⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Crime organizado e a legislação brasileira**. In Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Pentead. São Paulo: RT, 1995. p. 31-56. p. 36.

⁴⁰ Projeto de lei 3516 de 1989. Art. 2º - Para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional.

seguir essa tendência, buscando, para caracterizar a organização criminosa um dado essencial, fundamental, e que, para ele, seria o poder de corrupção do próprio sistema encarregado da persecução penal estatal”⁴¹.

Apenas exemplificando a terceira linha para a definição de crime organizado, poder-se-ia citar a Lei de Crimes Hediondos, que não deixando margens a interpretações diversas, listou os tipos considerados crimes hediondos. Da mesma forma poderia ter feito a legislação sobre o tema das organizações criminosas.

O que se pode extrair da Lei 9.034/95 é uma associação feita entre a prática de crime de quadrilha ou bando e a organização criminosa, ou seja, considerando organizado os fatos puníveis realizados por quadrilhas ou bandos.

Do exposto, mais uma vez se pode perceber a imprecisão do conceito utilizado como requisito para a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Talvez por uma forte influência dos estudos italianos sobre o tema, e uma gana de resolver rapidamente o problema apresentado pela organização de alguns grupos dentro do sistema penitenciário, a reforma da Lei de Execuções Penais atropelou discussões importantes que ainda estavam em período de gestação no Direito Penal brasileiro, como por exemplo, um consenso doutrinário para o que se considera crime organizado no Brasil. A Itália, na lei 55 de 1990, já previa uma noção bem mais construída que a apresentado pelo artigo 1.º da Lei 9.034/95, desenvolvendo uma definição para o que os italianos consideravam máfia⁴².

1.4 O regime disciplinar.

Até a vigência do Código Penal de 1940, tinha-se um regime único de cumprimento de pena. Com a edição da Lei 6.416/77 alterou-se o Código Penal introduzindo a progressão de regimes, só vindo a uma completa sistematização com a

⁴¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Crime organizado e a legislação brasileira**. // Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1995. p. 31-56. p. 37.

⁴² “Diga-se, de antemão, que se entende por organização de tipo mafioso, no sistema italiano, a formada por três ou mais pessoas, em que os que a entregam se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e silêncio que dela deriva para cometer crimes, para adquirir de modo direto ou indireto a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos, ou para auferir proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O crime organizado no sistema italiano**. // Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões. Coord. Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1995. p. 13-30. p. 20.

edição da reforma da parte geral do Código Penal, pela Lei 7.209/84, e pela Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84.

O artigo 33 do Código Penal Vigente listou que a pena de reclusão deveria ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, vindo, nos artigos 34 ao 37, descrever algumas regras desses regimes.

O regime fechado ficou caracterizado pela necessidade do exame criminológico de classificação para individualização da execução, visando uma maior possibilidade de recuperação para o detento, através da separação por graus de periculosidade; e pelo cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, chamados pela Lei de Execuções Penais de penitenciárias. Os condenados poderiam trabalhar conjuntamente com outros detentos durante o dia e se recolher isoladamente durante a noite em sela individual, sendo possível o trabalho externo em obras públicas. O regime fechado era destinado principalmente para os condenados a pena superior a oito anos de reclusão, bem como para aqueles reincidentes condenados à pena entre quatro e oito anos de reclusão.

Para o regime semi-aberto, as principais mudanças foram o local de cumprimento da pena, que passa da penitenciária para a colônia agrícola ou industrial e a faculdade quanto à aplicação do exame criminológico. Nesse caso o trabalho é colocado como a principal ferramenta para a recuperação do preso.

O regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, tendo este a possibilidade de continuar vivendo em sociedade, mantendo seu trabalho e família, com o compromisso de freqüentar cursos e palestras oferecidos e de se recolher à noite e nos dias de folga em casa de albergado.

Pelo regular cumprimento da pena, o condenado consegue a progressão de regimes passando do mais grave para os mais brandos, porém ocorrem também as regressões de regimes em razão de não cumprimento de condições impostas na sentença ou quanto às outras impostas na aceitação do regime, no caso do aberto. Essa regressão pode-se dar pelo cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena, tendo como a mais comum a fuga de estabelecimento de regime semi-aberto.

Com vistas ao cometimento de falta grave pelo condenado é previsto no *caput* do artigo 53 da Lei de Execuções Penais, um rol das sanções⁴³, que elenca, da mais leve, a advertência, até a mais gravosa, que seria a inserção no Regime Disciplinar Diferenciado. Logo, se o preso cometer um crime doloso, ou que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, se o preso apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou se sobre o preso recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, o encarcerado pode ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado.

Quando da inclusão do preso no RDD, a primeira medida a ser adotada será sua separação dos demais detentos, sendo o preso normalmente transferido para uma penitenciária que esteja propriamente estruturada para oferecer celas individuais. Na LEP, no artigo 88, parágrafo único, estão dispostos como requisitos para a “unidade celular”, a salubridade do ambiente e uma área mínima de seis metros quadrados.

Esse isolamento tem duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo ser repetido em razão do cometimento de nova falta grave de mesma espécie, não podendo esse regime disciplinar de exceção ultrapassar o limite de um sexto da pena imposta.

A quantidade de dias de visita por semana ou mês é atribuída pela direção do estabelecimento penitenciário, mas a lei restringe a quantidade de pessoas a duas, e a duração da visita em duas horas no máximo.

A LEP também limita à duas horas por dia de banho de sol por preso, não explicitando se este será coletivo ou individual.

Até o presente momento, no Brasil, o único Estado que implantou o Regime Disciplinar Diferenciado foi São Paulo. Como já foi apresentado, São Paulo, antes mesmo da edição da Lei 10.792/03, já tinha organizado, através da Secretaria de

⁴³ Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Administração Penitenciária, um Regime Disciplinar também chamado de Diferenciado, mas com uma motivação imediata um pouco diferente. Conforme informações presentes num informativo editado pela referida Secretaria, o que desencadeou a edição do RDD em São Paulo foram as constantes rebeliões, principalmente as organizadas pela organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), como por exemplo, no dia 18 de fevereiro de 2001, o PCC conseguiu mobilizar 25 (vinte e cinco) unidades prisionais e 4 (quatro) cadeias públicas, o que foi chamado de “*megarebelião*”, em protesto à aplicação de regras disciplinares mais rígidas aos chefes da organização que estavam recolhidos nesses estabelecimentos⁴⁴.

⁴⁴ FURUKAWA, Nagashi. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/plivre/nagashi_furukawa.pdf. Acessado em 04/06/2004.

CAPÍTULO 2 - O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

2.1 Os modelos teóricos da prevenção e da retribuição e seus desdobramentos.

É importante, neste momento do trabalho, uma rápida apresentação das correntes que explicam quais os fins possíveis da pena privativa de liberdade, pois se poderá classificar qual dentre estes fins é o adotado no sistema de Regime Disciplinar Diferenciado.

Como já consta no início desta monografia, a pena é tão antiga quanto à existência do Direito, e logo, tão antiga quanto o próprio homem. Havendo uma simetria, que se pode acompanhar, entre a evolução da pena e a evolução da filosofia como Ciência.

A teoria do Direito Natural, no século XVIII, ajudou a justificar qualquer tipo de atrocidade que era cometida contra o indivíduo, justificando-se tais práticas em razão do direito ser originário de uma força superior, divina, que não poderia ser questionada em sua razão ou vontade. Quando, no século XIX, a fonte do poder no Direito Natural foi questionada, a razão passou a prevalecer como justificativa dos atos praticados pelos governantes, restando mais consciência ao indivíduo sobre seus direitos, decorrendo em um Direito Natural racionalista. Dessa postura filosófica decorreram as teorias absolutas da pena com Kant e Hegel. Logo a filosofia idealista, dando sustentação às teorias do Contrato Social, acabou formulando uma nova realidade social e jurídica. Nesta nova ordem social, o Contrato Social implicava no indivíduo renunciar à parte de sua liberdade permitindo sua convivência com os demais indivíduos e suas respectivas liberdades, decorrendo claramente na concepção de homem livre ou de livre arbítrio, sob a qual, tempo depois, desenvolver-se-ia o conceito de culpabilidade penal. Mais tarde a passagem do Estado Liberal ao Social fez eclodir novas idéias para o fim da pena. Já com o positivismo, e mais

especificamente com o utilitarismo, desenvolvem-se as idéias sobre a finalidade preventiva da pena⁴⁵.

Utilizando-se de uma classificação citada comumente pela doutrina pode-se classificar o fim da pena em teorias absolutas e teorias relativas⁴⁶, surgindo mais tarde as teorias unificadoras ou ecléticas.

Nas teoria absolutas ou retributivas da pena, como já foi rapidamente explicado, tinha-se um reflexo do tipo do Estado (absolutista) e da base filosófica do Direito Natural que justificava a aplicação da idéia de que quando se desobedecia a lei, se desobedecia o soberano, que era a representação de Deus na Terra, por isso, nesse início, a teoria retributiva tinha grande caráter religioso. BUSATO e HUAPAYA explicam as principais características deste período:

“O que caracteriza esta nova concepção da pena é que com ele se pretende unicamente um ideal de justiça, os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre arbítrio e na culpabilidade individual. A liberdade constitui um atributo indispensável da vontade, de maneira que esta não pode existir sem aquela. A pena, neste contexto, deve ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça. Portanto, a pena não devia ter nenhum fim”⁴⁷.

Os maiores expoentes deste período da teoria retributiva da pena foram Kant e Hegel. KANT qualificava a lei e a pena como imperativos categóricos, em suas palavras: “Um imperativo categórico seria aquele que representasse uma acção que fosse, por si mesma e independente de qualquer outro fim, objetivamente necessária”⁴⁸. Reforçam a explicação do que é a pena para Kant, as palavras de Bitencourt:

⁴⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 198-205.

⁴⁶ “Examinando apriorística y conceptualmente éste, podríamos anticipar que a la pena se le puede dar dos significados distintos: como retribución y como prevención. La pena puede concebirse mirando al pasado, al hecho ya cometido, buscándose en el mal que la misma entraña una compensación o restauración de la infracción de Derecho producida por el delito. Pero también, mirando al futuro, al peligro de que el autor del delito o un tercero vuelven a cometer un nuevo hecho criminal. En el primer caso, la pena respondería al aforismo: *punitur, quia peccatum est*. En el segundo: *punitur, ne peccetur*. En el primero, sería la culpabilidad el criterio de referencia; la peligrosidad, en el segundo”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – introducción**. 2. ed. Madri (Espanha): Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 121.

⁴⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 206.

⁴⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Lisboa: Didática Editora, 1999. p. 42.

“Dentro do esquema filosófico kantiano, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a Justiça porque ‘quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra’. Essa crença no império da Justiça levou Kant à elaboração do seu conhecidíssimo exemplo: se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça”⁴⁹.

Quanto a Hegel, baseado no método da dialética, conceituou a prática ilícita como uma negação do direito e por consequência a pena seria uma negação da negação do direito, pregando a proporcionalidade entre o quanto da negação do direito e a intensidade da negação da negação, que seria a pena⁵⁰.

BUSATO e HUAPAYA esclarecem a diferença entre as concepções de Kant e Hegel quanto à pena: “A diferença entre Kant e Hegel se observa na fundamentação da pena. Enquanto que Kant legitima a pena na necessidade ética da mesma, Hegel encontra seu fundamento na necessidade jurídica. Com Kant, a comissão do delito perturba a ordem moral absoluta, e com Hegel, a ordem jurídica”⁵¹.

Mais modernamente outros autores defenderam as idéias da teoria retributiva, como por exemplo Carrara, Binding, Mezger e Welzel⁵².

Como já foi adiantado, a teoria preventiva decorre dos avanços filosóficos do positivismo e mais especialmente do utilitarismo. A idéia de prevenção vem na tentativa de evitar que o crime seja cometido, usando a pena como instrumento para tanto. A finalidade da pena, portanto, seria evitar que o crime fosse cometido e não castigar aquele que o cometeu. Desde de Feuerbach a teoria preventiva da pena está dividida em duas posturas diferentes: a preventiva geral e a preventiva especial.

Inicialmente a teoria preventiva geral partiu da idéia de que a pena seria uma ameaça da lei aos indivíduos, para que estes se abstenham de desobedecê-la,

⁴⁹ BITENCOURT, César Roberto. *Ob. Cit.* p. 97.

⁵⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 208.

⁵¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 208.

⁵² Para Carrara o fim da pena era o restabelecimento da ordem externa da sociedade. Para Binding e Mezger a pena era a imputação de um mal em retribuição ao mal realizado. Para Welzel a pena se baseava em uma retribuição justa. In BITENCOURT, César Roberto. *Ob. Cit.* p. 74-75.

fundamentando-se em duas idéias básicas: a intimidação ou utilização do medo e na racionalidade do homem, pois só quem é racional é capaz de entender a lei e temê-la. Uma nova classificação melhor nomeou essa teoria como *preventiva geral negativa*, atribuindo sua criação a Feuerbach através de sua teoria da coação psicológica. GACÍA-PABLOS DE MOLINA explica: “Según Feuerbach, misión del Estado es impedir la violación del Derecho, lo que no puede conseguir exclusivamente con un omnipresente poder físico: para anticiparse a aquélla tiene que acudir a unos resortes coativos de naturaleza psicológica. El recurso básico sería la conminación penal...”⁵³.

A teoria preventiva geral negativa sofreu com várias críticas em razão de sua aplicabilidade, pois para funcionar seria necessário que todos conhecessem as penas para que estas assumissem um caráter intimidatório e tal realidade é utópica.

A teoria preventiva geral também apresenta uma face que abdicou da intimidação. A *teoria preventiva geral positiva ou integradora* usa o direito ou a pena não como um elemento de coação psicológica, e sim, como um reforço das convicções jurídicas fundamentais. Mais uma vez GARCÍA-PABLOS DE MOLINA auxilia: “La prevención general positiva – se dice – es la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo aporta un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales”⁵⁴.

A idéia de prevenção geral positiva foi desenvolvida em diferentes sistemas de Direito Penal. JAKOBS⁵⁵, baseado em Luhmann e Parsons, desenvolveu o sistema sistêmico. BUSATO e HUAPAYA completam: “Jakobs sustenta que o Direito como sistema se legitima desde sua aceitação pelo sistema social. O que se lesiona logo, não são bens jurídicos, senão a norma mesma e a conseqüente confiança institucional dos

⁵³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – introducción**. 2. ed. Madri (Espanha): Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 140.

⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. p. 147.

⁵⁵ “Resumindo: a proibição de vulnerar a dignidade deve limitar a otimização da utilidade da pena. Assim, podemos partir da base de que uma pena inútil não pode legitimar-se de nenhum modo em um Estado secularizado; a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social – sem esta necessidade, seria por sua vez um mal inútil. Essa utilidade da pena chama-se, na terminologia da teoria jurídico-penal – que utilizaremos aqui –, habitualmente, ‘fins da pena’”. JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT. 2003. p. 12.

indivíduos depositada nele. A pena, portanto, chega a estabilizar a norma e a confiança que nela têm os indivíduos gerando credibilidade e fidelidade ao Direito”⁵⁶.

ROXIN, num sistema funcionalista, “reconhece que a finalidade da pena é a prevenção geral positiva, porquanto a pena busca a restauração da paz pública e a reafirmação das regras de convivência. Mas também reconhece na pena uma função integradora que se desenvolve com a prevenção especial. Finalmente admite a culpabilidade como um limite da pena”⁵⁷.

Continuando o desenvolvimento da classificação anteriormente posta por Feuerbach, as *teorias preventivas especiais* procuram aturar diretamente sobre o autor do fato punível também, diferentemente das preventivas gerais, porém, com a mesma intenção de evitar que o delinqüente volte a cometer um crime.

As idéias básicas sobre a teoria preventiva especial são devidas a Von Liszt, que segundo BITENCOURT, pregava a necessidade da pena em razão de “critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”⁵⁸.

Como ocorreu na teoria preventiva geral, aqui, na teoria preventiva especial também se desenvolveram duas vertentes, sendo uma positiva e outra negativa.

A teoria *preventiva especial positiva* é marcada pela tentativa de melhoramento do delinqüente, como ZAFFARONI e Nilo BATISTA explicam:

“No plano teórico este discurso parte do pressuposto de que a pena é um bem para quem a sofre, de caráter moral ou psicofísico. Em qualquer um dos casos oculta a natureza dolorosa da pena e chega mesmo a negar-lhe o próprio nome, substituído por sanções ou medidas. Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será aquela necessária para realizar a ideologia *re* que for sustentada, e não precisará de outro limite. O delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao estado a necessidade de aplicar o benéfico remédio social da pena”⁵⁹.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 238-239.

⁵⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 243.

⁵⁸ BITENCOURT, César Roberto. *Ob. Cit.* p. 80.

⁵⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 126-127.

A referência à ideologia *re*, feita na passagem de Zaffaroni e Nilo Batista, é marca da teoria preventiva especial positiva, pois a medida da pena é pautada na ressocialização, repersonalização, reeducação e reinserção do condenado. Existe ainda uma postura diferente para a mesma teoria preventiva especial positiva que visa a moralização do delinqüente⁶⁰.

A *vertente negativa da teoria preventiva especial*, apesar de agir também sob o delinqüente esperando que este não cometa outros crimes, não tem como alvo o melhoramento do condenado e sim sua neutralização. Mais detalhadamente explicam ZAFFARONI e Nilo BATISTA:

“As teorias da prevenção especial negativa (cujo modelo é Garofalo) atribuem à pena uma função de a) eliminação ou neutralização física da pessoa para b) conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida c) por uma disfunção, que é sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa e que é preciso responder d) na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade”⁶¹.

Completando a clássica separação dos fins da pena em teorias preventivas e retributivas vieram as *teorias mistas ou unificadoras* na tentativa de agregar os aspectos da retribuição e das prevenções gerais e especiais em uma só teoria. A principal característica das soluções mistas ou unificadoras é a distinção entre “o fundamento da pena e o fim da mesma. Entendendo-se o primeiro como a base de onde se deve partir; e, o segundo, como o que se deseja com a aplicação da pena”⁶². Nas palavras de BITENCOURT “sustentam que essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem”⁶³. Tem como fundamento para a medida da pena, único e exclusivamente, o fato punível praticado, afastando assim a

⁶⁰ “As versões moralizantes (cujo modelo é Röder) atribuem à pena a) função de melhoramento moral da pessoa para b) impulsional o progresso ético da sociedade e da humanidade em seu conjunto diante de c) ações que vão em sentido contrário ao progresso moral (as quais constituem um sintoma de inferioridade ética) e d) na medida necessária para superar essa inferioridade”. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 116.

⁶¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. *Op. Cit.* p. 116.

⁶² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 229.

⁶³ BITENCOURT, César Roberto. *Ob. Cit.* p. 83.

prevenção geral (função de intimidação) e a prevenção especial (evitação de criminalidade futura através de tratamento).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA explica como se dá a junção das características preventivas e retributivas:

“Se las denomina, también, en la doctrina alemana Spielraumtheorie o Rahmentheorie por el modo en que combinan las exigencias derivadas de los principios de culpabilidad y prevención: porque reclaman una pena proporcionada a la culpabilidad, en el marco de la culpabilidad, si bien dentro de este ámbito (Raum) admiten que puedan operar los principios preventivos; lo que a efectos de la medición de la pena significa: pena ajustada a un fin (Zweckstrafe), pero sólo en el marco que ofrece la retribución justa (grechte Vergeltung); la pena justa o, dicho de otro modo: la retribución, será el límite máximo de la prevención”⁶⁴.

Resumindo o apresentado por García-Pablos de Molina aparece a frase final da citação, que é atribuída a Mir Puig, na qual a teoria da unificação é sintetizada, através da máxima “a retribuição será o limite máximo da prevenção”. Nesta ideia se percebe que o único elemento intimidatório que a pena pode utilizar é a ameaça de uma pena justa. Esta ideia vem conquistando a maioria dos doutrinadores do Direito Penal, podendo-se citar como exemplos dentre os seguidores de teorias mistas ou unificadoras, conforme lista presente na obra de García-Pablos de Molina, Merkel, Mezger, Baumann, Maurach, Schmidhäuser, Stratenwerth, Welzel, Jescheck, Roxin, Cuello Calón, Muñoz Conde, Cerezo Mir e Mir Puig⁶⁵.

Outras teorias que explicam o fim da pena são também apresentadas por determinados doutrinadores como a teoria negativa ou agnóstica da pena de ZAFFARONI que prega o abandono de todas as ideias até aqui expostas, chamando de falsas as teorias positivas, isto é, que atribuem um fim para a pena. E encerra o conceito de pena como “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”, restando à pena, por exclusão, apenas um “exercício de poder”⁶⁶. Ainda neste mesmo caminho aparecem BUSATO e HUAPAYA que atribuem ao

⁶⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. p. 165.

⁶⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. p. 166 e s.

⁶⁶ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. *Op. Cit.* p. 99.

Estado a função de controle social, e que para tanto precisa das normas, inclusive das penais. Com este raciocínio se chega a um fim da pena como a manutenção do controle social pelo Estado⁶⁷.

Sendo válido a seguir, elaborar um pequeno panorama sobre quais das teorias expostas são aplicadas no Brasil e especialmente qual dentre essas norteia o Regime Disciplinar Diferenciado.

2.2 A teoria adotada no Brasil e no Regime Disciplinar Diferenciado.

Um dos maiores problemas em diagnosticar a adoção de uma ou outra teoria pelo Brasil são as diversidades existentes. Primeiramente a diferença entre a lei, que seria a Lei de Execuções Penais, e a realidade dos estabelecimentos prisionais, nos quais devem ser incluídas as penitenciárias e as cadeias. Em razão da falta de um modelo seguido nacionalmente, cria-se entre os confins da área territorial do Brasil uma infinidade de situações peculiares. Outro apontamento no sentido da dificuldade de se apontar a teoria adotada é o fato de que a maioria dos estabelecimentos prisionais do país pertencem à esfera estadual, tendo como autoridades superiores os Governadores dos Estados-Membros. Disso decorre que cada Estado teria uma variante da orientação nacional dada pela Lei de Execuções Penais e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

A orientação legislativa brasileira sobre a execução penal pode ser observada pela apreensão do conteúdo das razões que precedem o texto da Lei de Execuções Penais. Especificamente no item 14 se encontra a seguinte passagem: “Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades de pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a *proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade*” (grito no original). Com tal posição, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, quis manter a LEP em uma posição de neutralidade, não realizando a classificação entre as correntes retributivas e preventiva, mas deixando a orientação necessária para que tal classificação fosse feita

⁶⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 249.

posteriormente. Ao constar no texto da LEP, que a pena e a medida de segurança protegem os bens jurídicos se tem uma dupla possibilidade de interpretação. Uma possível menção à influência das correntes preventivas, pela qual, a intimidação causada pela existência das penas protegeria os bens jurídicos, e por outro lado, a possibilidade de uma interpretação retributiva pautando a ofensa aos bens jurídicos, como o objeto a ser protegido pela pena, tendo por consequência esta, a medida da ofensa àqueles. O que também reforça este argumento é a interpretação conjunta do artigo 1º da LEP com o artigo 59 do Código Penal, pelos quais a sentença deve ser baseada na culpabilidade e demais circunstâncias do fato punível, e a execução tem por objetivo efetivar o que for disposto em sentença, logo a execução acaba sendo um reflexo direto da culpabilidade do autor, encontrando-se assim, a orientação retributiva para o fim da pena.

Quanto à segunda pista deixada pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel nas razões da LEP, ou seja, a reincorporação do autor à comunidade, se percebe um forte e claro fulcro na teoria da prevenção especial positiva, pela utilização, inclusive, de um termo iniciado pela sílaba **re**, fazendo referência à ideologia já citada através das palavras de Zaffaroni e Nilo Batista.

Pelo exposto poder-se-ia dizer que a pena, pela orientação dada pelas razões da LEP, seria classificada como retributiva, preventiva geral negativa e preventiva especial positiva, configurando a adoção de uma teoria unificadora ou mista, por congregar as idéias retributivas e preventivas.

Infelizmente a adoção de uma teoria unificadora ou mista fica limitada apenas ao âmbito legal.

A atuação governamental, quanto à execução penal, varia de acordo com a incidência de pressões vindas da sociedade, da mídia e de grupos com interesses econômicos. A realidade dos estabelecimentos criminais denota a adoção de um outro modelo teórico para o fim da pena, que poderia ser denominado de *teoria do esquecimento*. Salvo exceções louváveis, como a boa administração de alguns diretores de estabelecimentos prisionais e da atuação de organismos que compõe o terceiro setor como a APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados,

o restante da estrutura prisional brasileira parcamente permite a sobrevivência dos detentos, que tendem a serem esquecidos até o momento que voltem à sociedade, quando certamente passarão a componentes de problemas sociais, como o desemprego e a falta de moradia.

Uma outra postura governamental, que diverge totalmente do esquecimento descrito, é a expectativa da União construir novos estabelecimentos penitenciários federais de segurança máxima, bem como, auxiliar os Estados na construção de penitenciárias do mesmo gênero, para acomodar criminosos reincidentes e participantes de organizações criminosas. Sobre essa postura governamental cabe um outro tipo de análise, pois é neste caso que se está aplicando o Regime Disciplinar Diferenciado.

O principal fim da pena num estabelecimento carcerário, que adota as regras do Regime Disciplinar Diferenciado, difere em muito da orientação da pena nas demais penitenciárias, porque se tem nas penitenciárias de segurança máxima um objetivo certo, o qual, através do isolamento do preso, busca-se acabar com a influência que este tinha sobre os demais, seja como líder de uma organização criminosa, seja como fomentador de revoltas à ordem interna do estabelecimento. Esse é o fim principal da pena do RDD, não se observando lampejos de retribuição pelos crimes feitos, não se notando também tentativas de utilização da pena com o RDD como modelo para recuperação do preso.

Secundariamente se observa a presença de uma tentativa de se conseguir os efeitos encontrados na teoria da prevenção geral negativa, usando o modelo do RDD como intimidação aos presos que participam de organizações criminosas ou mesmo que promovem revoltas no sistema penitenciário. Dentro dos estabelecimentos prisionais essa coação psicológica pode ter um efeito de controlar melhor a ordem, pois dentro dessas “pequenas sociedades” impera a lei do mais forte. Mas a que custo?

Dentre a classificação apresentada quantos aos fins da pena também é possível encontrar outra teoria aplicável ao Regime Disciplinar Diferenciado. A teoria da prevenção especial negativa, que prega a neutralização ou eliminação do delinqüente,

pode ser visualizada em certos aspectos na implantação do RDD. Inicialmente cabem as palavras de ZAFFARONI e Nilo BATISTA para esclarecer a situação:

“Para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social. Em geral, ela não enuncia como função manifesta exclusiva, mas sim em combinação com a anterior: quando as ideologias *re* fracassam ou são descartadas, apela-se para a neutralização e eliminação. Na realidade social, como as ideologias *re* sempre fracassam, a neutralização é somente uma pena atroz imposta por seleção arbitrária. Sem dúvida alguma, tem êxito preventivo especial: a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito”⁶⁸ (grifos no original).

Nota-se que ao colocar um preso no Regime Disciplinar Diferenciado o Estado visa sua neutralização temporária, visa cortar a cabeça de uma serpente para ter alguns momentos de paz enquanto outra cresce em seu lugar. A pena é tratada apenas como um intervalo, no qual o criminoso é retirado de circulação durante o tempo da pena, no qual a sociedade fica temporariamente livre dos perigos que ele oferece. A pena é tratada como um reparo provisório que se faz num pneu apenas para se chegar até a borracharia mais próxima. Nesta perspectiva o fim apresentado pela pena no RDD não difere em muito do fim apresentado pelas penas comuns aplicadas aos demais presos⁶⁹.

Resumindo, a pena no Regime Disciplinas Diferenciado seria classificada, dentre as teorias já apresentadas, como seguidora de uma orientação preventiva geral negativa, tendo como alvo os demais presos, que seriam intimidados pelo rigor apresentado pelo RDD, e uma orientação preventiva especial negativa, neutralizando temporariamente o condenado.

⁶⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii. Op. Cit.* p. 127.

⁶⁹ “La emergencia del terrorismo y la reacción de los Estados frente a este fenómeno, han determinado en varios países europeos, modificaciones en el régimen carcelario y en la política de utilización de las cárceles, que con razón llevan el nombre de ‘contrarreformas’. Éstas han incidido negativamente sobre los elementos más innovadores de las reformas, que han debido asegurar la *apertura* de la cárcel hacia la sociedad (permisos, trabajos externos, régimen abierto) y han hecho, de tal modo, inoperantes los instrumentos que ha debido facilitar la reintegración social de los condenados. Por la otra parte, la creación de cárceles de máxima seguridad en el curso de la lucha contra el terrorismo, ha significado, por lo menos para un sector de las instituciones carcelarias, la renuncia explícita a objetivos de resocialización y la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo: la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y por esto neutralizados en su capacidad de ‘hacerle daño’ a ella”. BARATTA, Alessandro. **Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado.** In ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265. p. 251-252.

Dogmaticamente é possível criticar a adoção de tais fins da pena. Sobre a teoria da prevenção geral negativa paira como a principal crítica, a ausência da culpabilidade como a medida quanto à gravidade e duração da pena, pois se pune o condenado na medida suficiente a intimidar os demais indivíduos a cometer o mesmo crime⁷⁰. E a prática demonstra que a intimidação não tem efeito sobre criminosos habituais, ocasionais, profissionais e impulsivos⁷¹. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA sintetiza as críticas à teoria preventiva geral negativa em três aspectos: a) a primeira, de índole moral e axiológica, critica a pena com o fim preventivo geral negativo por “instrumentalizar” o condenado, transformando-o em um meio a serviço dos fins preventivos; b) a segunda, de âmbito psicológico, acusa a teoria preventiva negativa de professar uma imagem simplificada e pouco realista da psicologia do delinqüente em potencial, ao qual é direcionada a intimidação, vendo o criminoso como um robô; c) a terceira, critica a potencialidade da teoria preventiva negativa ser utilizada pelos regimes totalitários, criando uma atmosfera de terror⁷².

Completando as palavras de ZAFFARONI e Nilo BATISTA sobre a prevenção especial negativa, os mesmos autores ainda alertam que “a mera neutralização física está fora do conceito de direito”, pois “a idéia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa, cuja autonomia ética lhe permite orientar-se conforme o sentido”⁷³.

Para serem cumpridas as metas a que este trabalho se propôs, resta a análise criminológica do Regime Disciplinar Diferenciado.

⁷⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 218.

⁷¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 220.

⁷² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. p. 141-142.

⁷³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii.* *Op. Cit.* p. 128

CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NUMA VISÃO CRIMINOLÓGICA

Sem a intenção de seguir cegamente um doutrinador ou uma teoria específica dentre as oferecidas pela Criminologia, neste momento do trabalho é importante observar quais são os pontos críticos da aplicação da Lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado.

3.1 Quanto à lei.

Primeiramente cabe uma observação sobre a própria Lei 10.792/2003⁷⁴. A instituição de requisitos para aplicação do RDD através de termos vagos, além de violar diretamente o princípio da legalidade, deixa muita margem à arbitrariedade por parte das autoridades que dirigem estabelecimentos penitenciários. A subversão da ordem ou disciplina interna, apesar da possibilidade de serem especificadas algumas condutas como bases, como incitar rebeliões ou mobilizar os presos contra as regras de disciplina do estabelecimento prisional, qualquer outra ação pode dar causa à inserção do sentenciado no RDD, desde de o preso se negar a tomar sol, ou deixar de cumprir qualquer ordem esdrúxula da autoridade penitenciária.

Outro dos termos vagos utilizados pela Lei do RDD é o “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, isto é pura manifestação de interesses políticos de punir o autor pelo que ele é e não pelo que ele fez. É a simples adoção do Direito Penal do Autor como norteador da inclusão no RDD.

⁷⁴ Há quem defenda a implantação do RDD: “Os denominados ‘regimes disciplinares diferenciados’ não devem ser entendidos como uma forma de sancionamento, mas sim como um conjunto de regras aplicáveis a indivíduos cuja conduta criminosa contumaz e reiterada, além da liderança negativa exercida após o encarceramento, exigem tratamento penal diferente do atribuído aos demais presos. Consistem no exercício de um maior controle por parte do Estado. Não podem suprimir direitos, o que os tornaria inconstitucionais ou ilegais, mas podem disciplinar o exercício dos direitos previstos, tornando-o compatível com o perigo social representado pelo preso que a ele deve submeter-se. Sua implementação supre, em parte, omissão histórica do Estado no atendimento aos princípios da igualdade e da individualização na execução da pena privativa de liberdade”. BORTOLOTTI, Gilmar. **Regimes diferenciados, igualdade e individualização**. Disponível em: http://www.memoriacmj.com.br/cnep/palestras/gilmar_bortolotto.pdf. Acessado em 04 de junho de 2004.

Como exemplo para tanto é apresentada passagem de notícia apresentada pelo Jornal JB:

“Na representação do Ministério Público estadual, o procurador-geral Luiz Antônio Guimarães Marrey e um grupo de promotores argumentaram que o criminoso oferece risco à sociedade e, por isso, não poderia ficar fora do RDD. Além disso, segundo eles, *Beira-Mar* cometeu falta grave ao dar nome falso e mentir sobre o grau de parentesco de uma mulher que foi visitá-lo. No Centro de Readaptação, apenas a mulher e parentes de primeiro grau podem visitar os detentos. Para os promotores, ‘a transferência do sentenciado para estabelecimento de frouxa vigilância, onde inexistente qualquer tipo de obstáculo à maestria do sentenciado na regência de crimes fora do presídio’ colocaria em “xeque a credibilidade da Justiça e em desassossego a sociedade”. *Beira-Mar* é suspeito de ter liderado uma rebelião no presídio de Bangu 1, no Rio, em que quatro detentos morreram”⁷⁵.

Como foi citado, o fato de ter apresentado um nome falso para uma mulher que iria visitá-lo é motivo suficiente para configurar falta grave capaz de recolocar o famoso “chefe do crime organizado” novamente no Regime Disciplinar Diferenciado. Sendo que, o real motivo do retorno de *Fernandinho Beira-mar* ao RDD é a periculosidade imputada a ele. DIAS NETO, num contexto atual de prevenção, explica a segurança pública:

“A discussão mais específica deste artigo inicia-se com a avaliação crítica do conceito de ‘segurança pública’, conceito seletivo centrado em duas dimensões fundamentais: a primeira centrada na fusão entre idéias de segurança e de criminalidade, ou de certas formas de criminalidade; a segunda, na equivalência ‘hobbesiana’ entre ‘segurança dos cidadãos’ e ‘segurança do Estado’, entendida como capacidade de imposição repressiva da paz”⁷⁶.

É estranho pensar que um homem pode ameaçar a segurança de toda a sociedade através do tráfico de drogas. Talvez *Fernandinho Beira-Mar* nem fosse o maior dos traficantes de drogas do Brasil, porém é também estranho pensar que o tráfico de drogas não desapareceu após a prisão de *Fernandinho Beira-Mar*. Neste caso, especificamente, para o Estado é muito mais fácil conseguir a tranquilização da

⁷⁵ MARTINS, Marco Antônio. **Traficante ficará em regime especial**. Jornal JB de 30 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/cidade/2003/12/29/jorcid20031229001.html>. Acessado em 26 de maio de 2004.

⁷⁶ DIAS NETO, Theodomiro. **A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana**. In *Verso e reverso do controle pena – homenagem a Alessandro Baratta*. Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 173-188. p. 176.

população através da derrota do “chefe do crime organizado” do que concertar o sistema que o criou. É muito mais fácil derrotar uma pessoa que personifica o mal do que o mal em si.

Quanto ao outro elemento legal que apresenta uma grande imprecisão quanto ao conteúdo, isto é, quando sob o preso “*recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*”, qualquer notícia existente no inquérito policial ou no processo que possa ligar a atividade criminosa praticada pelo preso à outra atividade praticada por organização criminosa é causa suficiente para aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Pensando objetivamente, seria muito difícil imaginar alguém que iria plantar *Cannabis sativa* (maconha), colher, processar e vender em grande proporção ou escala, completamente sozinho. É necessário certa estrutura para o cometimento de determinados crimes como o tráfico de drogas. Ocorre que com a Lei do RDD dificilmente um praticante de qualquer das condutas do tráfico de drogas estaria livre da inclusão no regime disciplinar mais rigoroso em razão da ausência de um conteúdo mais preciso quanto ao conceito de organização criminosa. Pelo atual conceito, qualquer conjunto de quatro pessoas, que pratique mais de um crime, está sujeito ao RDD, mesmo que os crimes praticados sejam furtos de fios da rede elétrica ou telefônica.

Ainda quanto a Lei 10.792/2003, percebe-se uma clara influência da legislação italiana, isto para não dizer que a Lei em discussão foi importada da Itália. Num momento de emergência, em razão das constantes rebeliões nos estabelecimentos prisionais, já narrado neste trabalho, surgiu primeiramente uma medida administrativa por parte da Administração Penitenciária de São Paulo e posteriormente uma medida legislativa ampliando a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, sempre em regimes de urgência urgentíssima, sem um necessário debate acadêmico. A situação social era favorável, pois o medo propagado pelos meios de comunicação, criou uma sensação de insegurança que entorpece o senso crítico da população, que passa a aceitar qualquer medida governamental que “resolva” a situação calamitosa. Da

mesma forma, isto acontece em todos os países do mundo. Como por exemplo, na Itália, de onde foi copiado o modelo para o RDD brasileiro, explica Leonardo SICA:

“O histórico emergencial do ordenamento italiano, resultado de ideologia de ‘luta’ contra o crime organizado, ilustra os caminhos da hipertrofia à deslegitimação, percorridos por meio de uma produção legislativa penal desenfreada, no qual o sistema penal assume uma ‘vocação projetual’ distante de seu verdadeiro endereço constitucional, como bem define Palazzo, e, em que a pena, definitivamente, passa a ter finalidade simbólica, perdendo sua característica de censura extraordinária”⁷⁷.

A passagem anterior tem a intenção de criticar o legislador pela conduta de tentar diminuir a ocorrência de determinados fatos puníveis pelo aumento das penas, mas também, pode ser entendido como o agravamento dos rigores da pena imposta. Usualmente se tenta tranquilizar a população com o argumento de que os presos estão bem presos, ou que estes estão sofrendo com o rigoroso regime imposto.

3.2 Quanto ao efeito simbólico do Direito Penal.

Como a idéia já foi introduzida pela passagem anterior, cabem aqui algumas observações sobre o papel simbólico⁷⁸ do Direito Penal, quanto à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

Fazer do Direito Penal uma panacéia, isto é, um remédio para todos os males, é um dos fatores que levam à deslegitimação do próprio Direito Penal. O simples combate legislativo ao aumento da criminalidade já se provou ineficaz a este fim, só restando de tais medidas a violação cada vez maior dos direitos até então conseguidos pelos homens. O aumento da pena de um crime⁷⁹ só comprova sua ineficácia como gerador de intimidação, tão necessária numa concepção preventiva geral negativa. E

⁷⁷ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002. p. 83.

⁷⁸ “Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão ‘direito penal simbólico’, como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais”. PRAZERES, José Ribamar Sanches. **O Direito Penal Simbólico Brasileiro**. Ministério Público do Maranhão. Disponível em <http://www.pgi.ma.gov.br/simbolico.html>. Acessado em 26 de maio de 2003.

⁷⁹ Citando Roxin: “... quem quer se manter no poder sob intimidação maneja o incremento de pena.” BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 219.

em razão desta saída cômoda para o Estado, ao aumentar as penas, são gerados mais problemas do que soluções para o quadro da violência. LOPES JÚNIOR melhor literaliza o problema do Direito Penal simbólico:

“Em definitivo, estamos sendo vítimas de uma propaganda enganosa, que nos fará mergulhar numa situação ainda mais caótica. É mais fácil seguir no caminho do direito penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionadas e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade. Legislar é fácil e a diarréia legislativa brasileira é prova inequívoca disso. Difícil é reconhecer o fracasso da política econômica, a ausência de programas sociais efetivos e o descaso com a educação. Ao que tudo indica, o futuro será pior, pois os meninos de rua que proliferam em qualquer cidade brasileira, ingressam em massa nas faculdades do crime, chamadas de Febem. A pós-graduação, é quase automático, basta completar 18 anos e escolher algum dos superlotados presídios brasileiros, verdadeiros mestrados profissionalizantes do crime”⁸⁰.

Como uma meta presente em todas as vidas humanas, a segurança aparece como uma das mais importantes sensações a serem conquistadas para uma existência tranqüila. Não se pode porém, colocar a segurança como uma meta única e mais importante dentre as outras metas que possibilitam a evolução humana. Quando tal elevação de uma meta é feita, como no caso da segurança no direito penal simbólico, se cria uma justificação para que direitos conquistados se percam diante dos olhos voltados apenas ao fim almejado. Isto quando não se tem unicamente uma criminalização pela criminalização, pois quando o Estado se encontra em uma situação em que a saída correta exigiria uma real ação governamental, o Estado pode preferir a saída legislativa, apenas para poder argumentar que está fazendo alguma coisa para resolver o problema. Como melhor emprega as palavras o Professor Juarez Cirino: “O direito penal simbólico cria uma máscara que desobriga o poder de criar soluções reais e efetivas para os problemas”⁸¹.

Se havia algum propósito de diminuir a criminalidade com a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado tal meta não será atingida. O efeito nesse sentido é meramente simbólico, pois não é o rigor da pena ou a sua rígida disciplina que virá a

⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Violência urbana e criminalidade zero: Verdades e mentiras**. In *Âmbito Jurídico*, mar/200. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0077.htm>. Acessado em 20 de junho de 2004.

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Aula proferida no Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia no ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal. Curitiba, 30 de agosto de 2003.

dissuadir o criminoso a cometer o fato punível. Mesmo como medida administrativa é de questionável fundamentação teórica em razão de suas conseqüências psicológicas para o detento.

3.3 Quanto aos presos não condenados e o princípio da inocência.

Como um reflexo dessa postura de direito penal simbólico aplicada no Brasil se tem, dentro da Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, como outra das ações que visão resolver todos os problemas da sociedade através do Direito Penal, a inclusão no RDD, dos presos provisórios.

Pelo Código de Processo Penal podem-se resumir as possibilidades de aplicação da prisão provisória⁸² nos casos da prisão em flagrante, da prisão decorrente de sentença de pronúncia, da prisão decorrente de sentença condenatória sujeita a recurso e por último e presente na Lei 7.960/89, a prisão temporária. Não cabendo aqui analisar os requisitos ou característica de cada uma das modalidades de prisões provisórias, e sim, suas finalidades e sua relação com o Regime Disciplinar Diferenciado.

A prisão provisória pode ser utilizada como angariadora de elementos probatórios, como é o caso de um tipo de prisão temporária; pode ser utilizada como a retirada do indivíduo de um ambiente social para o qual esse ofereça grande risco, como é o caso da prisão preventiva; ou, em certas situações a prisão provisória é utilizada simplesmente para que o réu esteja acessível fisicamente no momento em que seja prolatada a sentença definitiva, como é caso da prisão decorrente de sentença condenatória sujeita a recurso. Pode-se então, separar como três as principais finalidades da prisão provisória: 1) formação de prova; 2) proteção da sociedade, em razão do risco de cometimento de outros crimes; e, 3) manter o réu acessível e controlado durante a instrução processual (que também se aplicaria ao caso do acusado que tenta prejudicar a formação da prova, por exemplo, ameaçando testemunhas).

⁸² “Podemos conceituar prisão provisória como toda restrição à liberdade de locomoção imposta no curso de procedimento investigatório (inquérito Policial ou Inquérito Administrativo) ou de processo (criminal, falimentar, cível – ações de depósito ou de alimentos) ao indiciado ou a outros sujeitos do processo”. MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. p. 118.

Completando essa simplificada classificação quanto à finalidade da prisão provisória Maria Lúcia KARAM adiciona:

“Na mesma linha de desrespeito a princípios garantidores e normas constitucionais, para afirmação do encarceramento, da deterioração e do estigma, outra tendência aponta para o emprego abusivo da prisão provisória. Também neste caso, a prática das agências judiciais se reproduziu na mesma ‘hedionda’ Lei n.º 8.072/90, que veda a concessão de liberdade provisória aos presos em flagrância referente aos delitos ali mencionados. A prisão provisória, determinada pela natureza, ou pela suposta gravidade, do delito atribuído ao indiciado ou processado, não se compatibiliza com o princípio – também, entre nós elevado ao patamar de garantia constitucional – da chamada ‘presunção de inocência’”⁸³.

Maria Lúcia Karam alerta ainda para a possibilidade de prisão provisória unicamente pela gravidade do fato punível potencialmente praticado, servindo como uma antecipação da retribuição prevista para pena privativa de liberdade. Tem-se, portanto, uma prisão provisória para antecipar o sofrimento para aquele que pode não ter cometido o crime.

Antes de mais nada, é importante frisar também que a prisão provisória pode se basear num juízo de probabilidade de cometimento do fato punível, isto é, em provas isoladas ou até mesmo em indícios. Mesmo com este grau de incerteza quanto ao cometimento ou não do fato punível, o legislador achou que além de custodiar um indivíduo presumidamente inocente, a este também poderá ser aplicado o Regime Disciplinar Diferenciado.

Outra crítica que deve constar sobre este assunto é quanto à memória do legislador. Alguns anos atrás, em 1989, quando foi elaborada a Lei 7.960/89, da Prisão Temporária, no artigo terceiro deste diploma dizia-se: “Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos”. Somando-se a esse fato, a bandeira levantada pela Lei de Execuções Penais, quanto à classificação dos condenados, exemplificada pelo artigo quinto: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. Concordando ainda, que os presos provisórios também devem obedecer a disciplina interna do estabelecimento prisional (art. 44, parágrafo único).

⁸³ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Lumem, 1993. p. 191.

Então por que separar o presos provisórios dos condenados, se são todos iguais? Esqueceu o legislador que esta tratando de seres humanos, e portanto, com personalidades e situações de vida diferentes, e com a Lei do RDD, praticamente equiparou a tratativa dos presos provisórios aos presos condenados definitivamente. Assim, o legislador desrespeitou a própria racionalidade, tratando duas coisas diferentes de uma mesma “cômada” maneira. Winfried HASSEMER expõe a necessidade de diferenciar a pena da prisão provisória:

“De ello se sigue necesariamente que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona respecto de la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento”⁸⁴.

Até hoje é viva na doutrina mais voltada ao Estado Democrático de Direito a dúvida sobre a constitucionalidade das prisões provisória em razão da previsão constitucional do Princípio da Presunção da Inocência, que na verdade poderia ser tratado não como uma presunção, e sim como uma certeza, pois, como reza o artigo 5º LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Pela clara disposição legal se tem consciência de que se estará colocando na prisão e submetendo ao Regime Disciplinar Diferenciado um inocente, que sobre o qual, pairam elementos probatórios que indicam seu envolvimento com um fato punível, mas até a prolatação da sentença, um inocente.

Não basta para o legislador prender alguém ainda não condenado, é necessário submetê-lo a um regime disciplinar mais rígido e severo, por que? Pelos mesmos motivos simbólicos que justificam a inclusão dos presos condenados no RDD, ou seja, para proteger a sociedade, a ordem interna da penitenciária e combater o crime organizado.

⁸⁴ HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Trad. Patricia S. Ziffer. 2. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 109-110.

3.4 Quanto à disciplina e o isolamento.

Sem a pretensão de uma pesquisa de campo ou de um levantamento do local e das pessoas submetidas ao Regime Disciplinar Diferenciado é válido, como argumento criminológico, uma pequena abordagem sobre a disciplina e o isolamento impostos no RDD.

Como base para tal análise serão utilizados os dados conseguidos pela internet sobre a Penitenciária de Presidente Bernardes, pelos quais: “No regime RDD, a rotina dos internos é totalmente diferente das outras unidades prisionais (*que não adotam o RDD*). Não há contato físico, visita íntima, acesso a rádio ou televisão e o ‘jumbo’, gêneros alimentícios e de primeira necessidade, é reduzido a itens determinados pela Secretaria da Administração Penitenciária”⁸⁵ (*grifo nosso*).

Como já foi mencionado anteriormente, o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado tem direito à visita de duas pessoas e de tomar sol por duas horas diariamente. E a não ser por essas duas horas, as outras vinte e duas horas o preso passará em sua sela sozinho, tendo como única atividade permitida, a leitura dos livros existentes nas bibliotecas dos estabelecimentos carcerários. Não sendo também permitido o trabalho de qualquer espécie.

Especificamente na Penitenciária de Presidente Bernardes há acompanhamento por psicóloga para os presos em isolamento. Luiz Flávio GOMES descreve o regime adotado pela penitenciária que primeiro acolheu os presos mais famosos do Brasil, seguido de um testemunho de Fernandinho Beira-Mar:

“Em Presidente Bernardes as regras rígidas acabaram com as brigas entre os presos. Os detentos mais perigosos não falam entre si; todos ficam em celas individuais sem desenhos ou fotos; e não há visitas íntimas: - Aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida. Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é que é a verdade”⁸⁶.

⁸⁵ Homepage da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.admpenitenciaria.sp.gov.br/unid13.htm>. Acessado em 27 de maio de 2004.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. Ius Net. Disponível em: http://www.iusnet.com.br/webs/TELFNova/artigos/pdf/o_regime_disciplinar_diferenciado_constitucional.pdf. Acessado em 21 de junho de 2004.

Todo esse poder exercido sobre o preso é, antes de mais nada, uma tentativa de fragilizá-lo, de torná-lo suscetível a qualquer ordem ou pedido que advenha desse poder que o mantém vivo. Maria Lúcia KARAM, utilizando conhecimento oferecidos por Foucault, explica o que são as regras de um regime disciplinar na prisão:

“Os regulamentos, aos quais o preso deve obedecer sem explicações, nem possibilidades de questionamento, a permanente vigilância, a aplicação de punições por quaisquer transgressões àqueles regulamentos, os sistemas de regalias, em que direitos básicos se transformam em recompensas por comportamentos que a administração define como bons, sufocam as melhores qualidades da pessoa e incentivam a submissão, a delação, a falta de iniciativa, a passividade, a dissimulação e a covardia. A dominação, ditada pelo exercício do poder, da formação dos ‘corpos dóceis’, do adestramento e da disciplina, é a marca fundamental desta instituição, que ‘se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante’⁸⁷.

Como no Regime Disciplinar Diferenciado a pena é cumprida em isolamento há uma exponenciação dessa fragilização do preso. Foucault acrescenta:

“Enfim, e talvez principalmente, o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total: Imagine-se [dizia Charles Lucas, evocando o papel do diretor, do professor, do sacerdote e das ‘pessoas carinhosas’ sobre o detento isolado], imagine-se a força da palavra humana que intervém no meio da terrível disciplina para falar ao coração, à alma, à pessoa humana. O isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele”⁸⁸.

O simples encarceramento do indivíduo já tem conseqüências psicológicas graves, definidas por Goffman como um processo de “mortificação do eu”⁸⁹, mas a existência dentro de uma instituição total⁹⁰ de um regime de isolamento destrói ainda

⁸⁷ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Lumem, 1993. p. 182-183.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 200.

⁸⁹ “O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora não muitas vezes intencionalmente, mortificado”. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. p. 24.

⁹⁰ “Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem com exemplo claro disso, desde que consideremos que o aspecto característico de prisões pode ser encontrado em instituições cujos participantes não

mais facilmente a imagem social que o indivíduo faz dele mesmo⁹¹, prejudicando qualquer possibilidade de reintegração à sociedade do indivíduo submetido a tais rigores por muito tempo.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária quando analisou o projeto de lei que daria origem ao Regime Disciplinar Diferenciado aprovou através da Resolução n.º 10, de 12 de maio de 2003, um relatório do qual, trechos passam a ser transcritos:

“De pronto, ressalta que o Regime Disciplinar Diferenciado agride o primado da ressocialização do sentenciado, vigente na consciência mundial desde o iluminismo e pedra angular do sistema penitenciário nacional, inspirado na Escola da Nova Defesa Social. A LEP, já em seu primeiro artigo traça como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, a qual é indissociável da efetivação da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contraria a Constituição Federal.

Indo além, a Constituição Federal assegura aos presos “o respeito à integridade física e moral” (artigo 5º, inciso XLIX), justamente o ponto em que o RDD mostra-se cruel, desumano e, portanto, inaplicável no Brasil. Este tipo de regime, conforme diversos estudos relatam, promove a destruição emocional, física e psicológica do preso que, submetido ao isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves. O projeto, ao prever isolamento de trezentos e sessenta dias, certamente causará nas pessoas a ele submetidas a deterioração de suas faculdades mentais, podendo-se dizer que o RDD, não contribui para o objetivo da recuperação social do condenado e, na prática, importa a produção deliberada de alienados mentais.

A abolição do isolamento celular foi sugerida na 68ª Assembléia Geral da ONU que enunciou os princípios básicos que sustentam as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pela ONU e aceitas pelo Brasil. Neste sentido, o princípio n. 7 prevê expressamente: “Devem empreender-se esforços tendente à abolição ou restrição do regime de isolamento, como medida disciplinar ou de castigo.” Tanto assim que, para situar o debate em torno a experiências internacionais já realizadas, várias decisões de cortes estadunidenses vêm obrigando as autoridades administrativas a rever condições exacerbadas de confinamento, por se mostrarem inconstitucionais, ante sua crueldade.

se comportaram de forma ilegal”. GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. p. 11.

⁹¹ “Em primeiro lugar, as instituições totais perturbam ou profanam exatamente as ações que na sociedade civil têm o papel de atestar, ao autor e ao que estão em sua presença, que tem certa autonomia no seu mundo – que é uma pessoa uma pessoa com decisões ‘adultas’, autonomia e liberdade de ação. A impossibilidade de manter esse tipo de competência executiva adulta, ou pelo menos os seus símbolos, pode provocar no internado o horror de sentir-se radicalmente rebaixado no sistema de graduação de idade”. GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. p. 46.

No caso brasileiro, é notório o exemplo do surgimento do Primeiro Comando da Capital (PCC), ocorrido, não por acaso, no Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté, presídio paulista de segurança máxima em que os presos permanecem em isolamento celular. Em tais locais, ao contrário das intenções preconizadas, o recrudescimento do regime carcerário exacerba os aspectos psicológicos negativos do sentenciado e sua revolta contra os valores sociais. Assim, tão logo seja possível, tais presos passam a arquitetar meios de subverter a disciplina, organizando-se em estruturas hierarquizadas que acabam por envolver toda a população carcerária. Ao fim e ao cabo, todo o sistema penitenciário mostra-se mais e mais inseguro.

Sob a aparência de mera aplicação de sanção disciplinar mais rígida, na verdade se está criando uma nova modalidade de cumprimento de pena, a que se poderia chamar de “regime fechadíssimo”, no qual não há possibilidade de trabalho, educação ou qualquer forma de terapia.

Assim, tendo em vista que o texto em apreço contraria os princípios fundamentais de política penitenciária expressos na Constituição Federal, nos Tratados Internacionais, na Lei de Execução Penal e nas Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária adotadas por este Conselho, atentando contra a saúde mental dos sentenciados e, por fim, não contribuindo para a produção de um sistema carcerário mais seguro, a médio e longo prazos, à luz da experiência internacional, este Conselho vem se manifestar pela rejeição do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 5073/2001, no tocante às normas que alteram a Lei de Execução Penal, para incluir o RDD, já aprovado pela Câmara dos Deputados, recomendando ao Sr. Ministro da Justiça que oriente o Sr. Presidente da República a vetar tais dispositivos, na hipótese de sua aprovação pelo Congresso Nacional”⁹².

Como se pode deduzir, os apelos do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária não foram atendidos, sendo promulgada no dia 02 de dezembro de 2003, a lei que originou o Regime Disciplinar Diferenciado. Quanto ao isolamento, como já foi descrito pelos trechos do parecer, pode causar “depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves”, não sendo esta posição isolada no direito ou na psicologia. Mário OTTOBONI, fundador da APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), cita as palavras do psicólogo da Hugo Veronese, com longa experiência em trabalhos em presídios, que explica:

“O ser humano necessita de presença e de solidão. Solidão para ordenar e elaborar suas idéias, pensamentos e sentimentos; presença como estímulo e conforto. Há maior enriquecimento com a presença do que com a solidão. Um breve período de

⁹² KUEHNE, Maurício. **Alterações à execução penal: primeiras impressões**. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1008>. Acessado em 26 de junho de 2004.

solidão pode ajudar a rever posições, tomar consciência de atitudes impróprias, penitenciar-se dos erros cometidos. Mas a solidão prolongada leva ao desequilíbrio emocional, à estagnação, à ansiedade, quando não ao suicídio ou à demência”⁹³.

É estranho pensar que o Governo, mesmo com parecer técnico de um conselho nacional que alerta sobre a possível demência e suicídios⁹⁴ dos presos inseridos em um regime de isolamento, escolhe instituir o RDD e construir e reformar várias penitenciárias de segurança máxima a um custo de milhões de reais⁹⁵. Tudo em nome de um direito penal simbólico, que assegura que os presos ficarão bem presos e sofrendo.

Não se deve confundir sanções disciplinares com regime de cumprimento de pena. O isolamento em cela individual já era utilizado no Brasil, com base no artigo 58 da LEP, que antes da Lei do RDD tinha a seguinte redação: “O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 (trinta) dias”. Hoje com a RDD foi adicionada ao texto a seguinte exceção: “ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado”. Com tal alteração, como já foi tratado anteriormente, é possível que o preso fique em isolamento por até o limite máximo de um sexto da pena, o que numa sentença de trinta anos equivaleria cinco anos de isolamento.

3.5 Quanto à finalidade do RDD e as visitas.

Outro apontamento que se pode fazer sobre o Regime Disciplinar Diferenciado é quanto à falência de um de seus fins. Um das principais finalidades do RDD, inclusive utilizada como propaganda para sua instalação, é a situação de incomunicabilidade dos presos que são inseridos no referido regime, impossibilitando que estes venham a comandar crimes no mundo além dos muros da penitenciária.

⁹³ OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: a APAC – a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997. p. 76.

⁹⁴ Consta de um informe assinado pelo Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Nagashi Furukawa, que desde a implantação do RDD em São Paulo já morreram quatro presos nas penitenciárias que adotaram o RDD, porém não constam os motivos das mortes. FURUKAWA, Nagashi. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: http://www.memoryemj.com.br/cnep/plivre/nagashi_furukawa.pdf. Acessado em 04/06/2004.

⁹⁵ O Centro de Readaptação Penitenciária (CRP) de Presidente Bernardes, inaugurado em 2 de abril de 2002, comporta 160 presos e custou oito milhões de reais, o que daria um custo de cinquenta mil reais por preso, segundo a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo.

Ocorre que, ao respeitar o direito do preso de ser visitado, e respeitando obrigatoriamente a intimidade das conversas entre o preso e seus familiares, pois a lei não permitiu a lesão a esse direito legalmente assegurado, a própria Lei do RDD criou uma forma de comunicação do preso com o mundo exterior. Na Itália, onde se implantou um sistema de *carcere duro* semelhante ao RDD nas finalidades, isto é, isolar os chefes da máfia, as visitas e telefonemas são filmados e gravados, não permitindo a transmissão de ordens para o cometimento de crimes, sejam por gestos ou por palavras⁹⁶. Se o propósito de incomunicabilidade fica prejudicado sobra algo além da crueldade do isolamento?

E mesmo que essas falhas quanto à comunicação dos presos com o mundo externo sejam resolvidas, o mundo do crime organizado não vai esperar que seu “chefe” saia de seu isolamento de um ano para só então voltar a agir. É automática a substituição da direção dos grupos criminosos por outro membro que componha a organização. É uma hierarquia, na qual a força e o poder implicam na posição ou status do membro da organização criminosa. É ridículo pensar que, com o RDD, espera-se que todos os membros de uma quadrilha de tráfico de drogas arrumem ocupações lícitas durante um ano, esperando que seu chefe deixe o isolamento, para só então voltar à atividade ilícita, sob a batuta de alguém que continua preso, mas em um regime disciplinar mais brando.

3.6 Quanto ao papel da mídia e o RDD.

Não pode ser deixado de lado o importante e negativo papel exercido pela mídia no que se refere a fomentar medidas legislativas com base no direito penal simbólico.

A mídia retira seu sustento da polêmica, que normalmente é gerada por assuntos como sexo, religião, futebol, política e violência. Essas são as notícias que o brasileiro se acostumou a ter empurradas garganta abaixo todos os dias pela televisão, jornal impresso e rádio. Se na notícia não são encontrados um desses elementos

⁹⁶ MAIEROVITCH, Wálter. **Criminalidade estimulada pela incompetência**. Jornal do Terra. Disponível em: <http://tv.terra.com.br/jornaldoterra/interna/0%2C%2CO134928-E12413%2C00.html>. Acessado em 24 de junho de 2004. (contendo link de vídeo apresentando os comentários pelo próprio autor).

anteriormente citados, não gera a audiência necessária para a satisfação dos patrocinadores. Quanto mais desgraça, mais violência e mais impacto se apresenta na notícia, mais se pode esperar lucro dela. E regida por essa máxima, a mídia exagera na cobertura de determinados crimes acabando por disseminar o medo na população de um “fantasma chamado violência”⁹⁷.

A violência de hoje é menor do que a da idade média, que era menor do que nos tempos antigos, e por que hoje se sente mais medo? Porque hoje, pelos meios de comunicação, a violência se torna mais próxima. Todos os dias o Jornal Nacional da Rede Globo de Televisão reserva ao menos um bloco inteiro para falar sobre a violência. Mesmo em lugares onde a violência não é uma constante na sociedade, a violência passa a ser uma conhecida e comentada, pois ela é apresentada diariamente às pessoas como algo cotidiano. Toda essa informação sobre a violência acaba tornando a sociedade paranóica, e por medo, acaba investindo em segurança.

Há uma grande diferença entre o grau de violência encontrado na sociedade e aquele que as pessoas vitimadas pela “mídia sangrenta” acham que encontram. Exemplo disto é citado por Leonardo SICA, quanto à violência na Alemanha:

“Peter-Alexis Albrecht desmistifica a dramatização da ameaça da criminalidade na Alemanha por meio de uma conta interessante. Difundiu-se largamente no país o alarma contra a ‘escalada da violência’: a cada três minutos se registra um crime violento, que chegaram a 150.000 casos em 1992. Assustado! Pois bem, considerando-se esse dado e calculando-se o número de minutos por ano e de habitantes no país, chega-se ao resultado de que o risco anual de um cidadão sofrer um crime violento é 0,1875%. Em outras palavras, uma pessoa teria que alcançar os 533 anos de idade para sofrer o primeiro crime. Mesmo considerando-se a cifra-negra, esse risco sobe para 0,5625%”⁹⁸.

Isto tudo para exemplificar o papel da mídia como fomentadora de medo, que acaba deixando a sociedade preocupada, e em busca de uma solução. Neste caso a solução mais rápida é a aplicação do direito penal simbólico, aumentando-se as penas, criando-se mais tipos penais e construindo presídios com muros cada vez mais altos.

⁹⁷ Exemplo disso pode ser encontrado no documentário *Tiros em Columbine (Bowling for Columbine)*, de Michael Moore, no qual é citada uma informação presente no livro “*The culture of fear*” de Barry Glassner apresentando o seguinte dado sobre a violência nos Estados Unidos: As taxas de criminalidade caíram 20% mas a cobertura sobre a violência aumentou 600%.

⁹⁸ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002, p. 78.

Pode-se apontar, pelo contexto apresentado, o papel importante da mídia no surgimento e aceitação do Regime Disciplinar Diferenciado. Por um simples raciocínio lógico simplificado pela mídia, se deduz que para se prender um criminoso muito perigoso é necessário a prisão mais segura com os muros mais altos, e de preferência que este “malfeitor” nunca retorne à sociedade. Dessa forma é fácil justificar a necessidade de um Regime Disciplinar Diferenciado.

Imagine-se o caso de um indivíduo condenado por tráfico de drogas, que foi motivo de semanas e semanas de reportagens sobre suas ações criminosas⁹⁹, que além de preso, foi colocado no Regime Disciplinar Diferenciado. Quando esse indivíduo sair, quem daria um emprego a ele? É como pensar em Fernandinho Beira-Mar vendendo televisores em uma filial das Casas Bahia. A ação da mídia nesses casos é aplacada apenas pela curta memória da população, que dificilmente lembra do nome do candidato a Deputado Federal ou Senador que escolheu nas últimas eleições, e dificilmente irá lembrar de Fernandinho Beira-Mar quando sua pena chegar ao final.

Forma-se a concepção, através da mídia, de que o mal pode ser personificado, resolvendo-se tal problema pela construção de muros altos para segregá-lo da sociedade.

⁹⁹ “Nos meios de comunicação, não se distingue entre suspeitos e condenados. Ainda que a imprensa pretenda diferenciá-los, a maneira como divulga os fatos criminosos e expõe os seus possíveis autores leva à abolição de um princípio lógico, do qual se originou o princípio jurídico da presunção da inocência. Segundo Carnelutti, se de um princípio lógico se fez uma norma jurídica, é para determinar que as pessoas se contenham em relação ao investigado ou acusado para não ocasionar-lhe humilhações, sentimentos de vergonha que virão da certeza do crime, isto é, da condenação”. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: RT, 2003. p. 68.

CAPÍTULO 4 – UMA NOÇÃO ALTERNATIVA

“Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”¹⁰⁰. Michel Foucault.

4.1 Alternativa de Alessandro Baratta ao RDD.

Com a consciência da grande diferença existente entre o que a Lei de Execuções Penais dispõe e o que é realmente aplicado, tem-se que o regime fechado de cumprimento de pena privativa de liberdade ainda não dispõe de uma estrutura que possibilite a materialização do disposto na lei quanto ao trabalho diurno e o isolamento noturno. As prisões se encontram em um estado pior do que o de superlotação, estão desafiando o princípio físico da impenetrabilidade dos corpos, no qual se prega a impossibilidade de dois corpos ocuparem o mesmo espaço ao mesmo tempo. E uma alteração legislativa, mais uma vez, tenta resolver um problema criando vários outros. Se o Regime Disciplinar Diferenciado não é uma alternativa, o que eu se pode fazer?

Caberia aqui a completa transcrição de um artigo do Professor Alessandro Baratta, intitulado “*Resocialización o control social – Por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado*” no qual além da crítica antecipando o que só iria acontecer no Brasil uma década depois¹⁰¹, apresenta certos norteamentos para a política penitenciária. Baratta explica a situação do cárcere hoje:

Debido a que la realidad carcelaria se presenta en la actualidad lejos de los requisitos necesarios para poder cumplir funciones de resocialización y los estudios de los efectos de la cárcel sobre la carrera criminal (piénsese en la alta cuota de reincidencia) han invalidado ampliamente la hipótesis de la resocialización del delincuente a través de la cárcel, la discusión actual parece dominada por dos polos: por un lado, un polo realista, y por el otro, uno idealista.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhe. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 196.

¹⁰¹ “Asistimos por lo tanto hoy en muchos países, y sobre todo en los Estados Unidos de América, a un desplazamiento del discurso oficial sobre la cárcel, de la prevención especial positiva (resocialización) hacia la prevención especial negativa (neutralización, incapacitación)”. BARATTA, Alessandro, 1933-2002. **Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado**. In: ARAUJO JUNIOR, Joao Marcello de (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265. p. 251.

En el primer caso, el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar sino únicamente neutralizar; que la pena carcelaria para el delincuente no representa en absoluto una oportunidad de reintegración en la sociedad sino un sufrimiento impuesto como castigo, se concreta en un argumento para la teoría de que la pena debe neutralizar al delincuente y/o representar el castigo justo por el delito cometido. Renacen de este modo concepciones ‘absolutas’, retributivas de la pena o, entre las teorías ‘relativas’, se confirma la de la prevención especial negativa.

En el segundo caso, con la nueva teoría de la resocialización, se incurre en la "falacia idealista"; se coloca una norma contrafáctica que no puede ser realizada, o sea, una *norma imposible*¹⁰².

Pelo transcrito, Baratta coloca o destino do fim da pena em uma rua sem saídas. Não havendo ressocialização, apenas neutralização por um lado, e por outro as tentativas de transformar o cárcere em num instrumento de ressocialização não estão dando certo. Baratta conclui:

“Mi opinión es que la alternativa entre estos dos polos es una falsa alternativa. Se puede y se debe escapar tanto de la falacia naturalista como de la idealista. El punto de vista desde el cual afronto el problema de la resocialización en el contexto de una criminología crítica, es que se debe mantener como base realista el hecho de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado y que por el contrario, impone condiciones negativas en relación con esta finalidad. A pesar de esto, la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser *reinterpretada* y reconstruida sobre una base diferente¹⁰³.”

Baratta¹⁰⁴ então sintetiza em dez principais pontos a sua idéia de ressocialização, que podem ser assim simplificados:

- 1) Semelhança funcional entre programas dirigidos aos sentenciados e ex-sentenciados e aos orientados ao ambiente e à estrutura social, o que acarreta não só o acompanhamento do condenado como também de sua família;
- 2) Presunção de normalidade do preso, acabando com a concepção da criminologia positiva que generalizava os problemas apresentados pelos encarcerados, dificultando a individualização e a ressocialização;

¹⁰² BARATTA, Alessandro. **Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado.** In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265. p. 252-253.

¹⁰³ BARATTA, Alessandro. **Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado.** *Op. Cit.* p. 255.

¹⁰⁴ *Op. Cit.* p. 257-273.

- 3) Evitar a utilização de critérios subjetivos na aplicação da disciplina e no momento de concessão de benefícios, como de redução de pena e da progressão de regime, sendo irrelevante a suposta “averiguação” do grau de ressocialização ou de “periculosidade”;
- 4) Critérios de realinhamento e diferenciação dos programas, independentemente das classificações tradicionais e de diagnósticos criminológicos de origem positivista, possibilitando uma melhor convivência entre os presos, que acaba decorrendo em uma fonte de diálogos capaz de solucionar conflitos que surjam dentro da prisão;
- 5) Extensão simultânea dos programas de ressocialização a toda população carcerária, não distinguindo presos condenados de presos detidos à espera do julgamento, se aos presos provisórios são aplicados todos os rigores disciplinares porque não aplicar neles os programas de ressocialização;
- 6) Aplicação de programas de ressocialização por prazos maiores de tempo, atingindo inclusive o indivíduo após o cumprimento da pena;
- 7) Implantar programas de reintegração social e de assistência no cárcere mantendo os papéis de assistente e assistido, e não como ocorre hoje, quando os provedores dessa assistência carregam uma carga de autoritarismo, num contexto penal-disciplinar.
- 8) Realizar a substituição periódica dos operadores dessa ressocialização, pois tanto o encarcerado como a equipe técnica, que aplica o tratamento, dividem um mundo de frustrações. O rodízio entre as funções desempenhadas pode, além de gerar no operador uma visão sistemática do tratamento, possibilita que os presos tenham contato com várias pessoas diferentes que não vestem os trajes do carrasco e sim o do médico, o do padre, o do enfermeiro e o do psicólogo.
- 9) A prisão deve ser utilizada também como um instrumento de conscientização do encarcerado de sua condição humana e das contradições existentes na sociedade para qual ele voltará.

- 10) A “destecnização” da questão prisional, fazendo com que todos, não só a equipe contratada para a aplicação dos programas de ressocialização, tenha parte na reinserção do preso na sociedade.

Em razão do apresentado por Alessandro Baratta se nota que a tendência para uma melhor ressocialização do preso está em seu contato com a sociedade e não em seu isolamento até mesmo dos demais presos. Outras medidas tecnológicas, como os bloqueadores de comunicação telefônica por celular podem ser empregados para evitar que chefes de organizações criminosas continuem comandando as ações criminosas do interior dos estabelecimentos prisionais, não sendo necessário o isolamento completo como se o preso fosse portador de uma doença fatal e extremamente contagiosa.

Outra crítica que se pode fazer não quanto ao Regime Disciplinar Diferenciado, e sim, quanto ao abandono do sistema penitenciário como um todo, é a esdrúxula idéia de que vários presos encontram-se em situações de insalubridade, em condições desumanas de sobrevivência, em celas que acolhem dez vezes mais presos do que a sua capacidade inicialmente prevista, que esses presos trocariam sem titubear seu porão de esquecimento por uma cela individual numa penitenciária de segurança máxima, para ter direito a sol e visita e acompanhamento psicológico todas as semanas. É difícil criticar a potencialidade de enlouquecimento ou morte de presos colocados em isolamento, quando outras dezenas de encarcerados são mortos pelos próprios “colegas” de cela para, simplesmente, abrir espaço e permitir uma condição mais cômoda para os que ali já estavam.

Antes, talvez, de implantar penitenciárias extremamente seguras e caras para poucos seria importante dar condições de sobrevivência à grande massa de encarcerados, que sem a atenção devida acaba se transformando em um fator criminogênico, aumentando a criminalidade ao invés de diminuí-la. A consciência de que o preso está sendo punido pelo que ele é, e não pelo que ele fez, começa a tomar conta do cárcere, e sabendo que não tem força para mudar tal condição, inicia um processo de justificação da conduta que o colocou na prisão, acabando com qualquer possibilidade de arrependimento. Como achar um emprego com o seu grau de

qualificação é praticamente impossível, e esta foi a provável causa que levou tal homem a se tornar criminoso. O tempo de reclusão serve apenas para refletir quanto aos próximos crimes, que o encarcerado cometerá para prover a sobrevivência de sua família assim que cumprir sua pena.

Numa outra perspectiva, é muito importante o papel da família na ressocialização do preso que, tendo limitado seu direito à visita, perde a perspectiva de que tem um outro mundo e uma outra realidade, que não a do cárcere. Seria importante fomentar no preso um motivo para sair da prisão, que não o de voltar a cometer crimes para sobreviver.

Muitas vezes durante a vida é necessária a consciência da existência do “outro” para que se tenha a consciência da existência do “eu”. Numa situação de adversidade e restrição como é a vida carcerária, é estranho utilizar-se como solução, para aqueles que não conseguem viver segundo as regras da sociedade, o total e completo isolamento do contato humano. Talvez o resultado desse isolamento seja somente o fortalecimento das crenças que o preso levou para conviver com ele em seus seis metros quadrados de solidão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 – O rigor disciplinar aplicado nos estabelecimentos penitenciários aos presos mais perigosos vem desde o surgimento dos sistemas de aplicação de pena privativa de liberdade.

2 – A evolução do direito penitenciário brasileiro até a Lei de Execuções Penais demonstra uma orientação, quanto à finalidade da pena, com tendências retributivas, que tinha também como função a segregação de algumas classes que importunavam o convívio social da época, como os alienados e os mendigos.

3 – A adoção de um regime disciplinar especial para os participantes de organizações criminosas tem influência direta da legislação antimáfia italiana.

4 – Regime Disciplinar Diferenciado é um conjunto de restrições destinadas a presos, condenados ou provisórios, pelo cometimento de crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, aos presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, e finalmente, aos presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando.

5 – A inclusão do encarcerado no Regime Disciplinar Diferenciado implica em sua colocação em cela individual por prazo não superior a 360 dias, podendo ser repetido em razão do cometimento de nova falta grave de mesma espécie, não podendo esse isolamento ultrapassar o limite de um sexto da pena imposta. Ainda é limitado o banho de sol a duas horas diárias e as visitas serão compostas por apenas duas pessoas.

6 – O principal fim da pena num estabelecimento carcerário, que adota as regras do Regime Disciplinar Diferenciado, é o de acabar com a influência que o preso tinha sobre os demais, seja como líder de uma organização criminosa seja como fomentador de revoltas à ordem interna do estabelecimento. Nesse fim nota-se a presença da teoria

da prevenção especial negativa através da neutralização, temporária ou permanente, do preso.

7 – Os requisitos para inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado são muito abertos à interpretação, não apresentando conteúdo certo, gerando por consequência, uma insegurança jurídica na aplicação, o que facilita os abusos por parte das autoridades governamentais.

8 – A lei que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil é uma manifestação de um direito penal simbólico que apenas tenta resolver os problemas das altas taxas de criminalidade através de medidas legislativas e não a partir de medidas reais que atuam sobre as causas do crime, como a concentração de renda e a falta de perspectiva de diminuição das diferenças sociais.

9 – A inclusão de presos provisórios no Regime Disciplinar Diferenciado ofende claramente o princípio constitucional da presunção de inocência, confundindo custódia de presos com regime de cumprimento de pena de presos condenados.

10 – O isolamento prolongado de um preso de qualquer contato com a realidade é mais prejudicial do que benéfico à sua ressocialização, restando ainda grandes riscos de danos psicológicos permanentes.

11 – É uma batalha perdida tentar interromper completamente os meios de comunicação existentes entre o preso e o mundo fora dos muros da prisão, pois nunca deve ser desrespeitado o direito dos familiares do preso de o visitarem. Se a finalidade principal do Regime Disciplinar Diferenciado era a total incomunicabilidade com o mundo tal idéia já nasceu fadada ao fracasso.

12 – O papel da mídia, dentro do Sistema Penal, é ajudar a justificar as medidas legislativas de direito penal simbólico, propagando o medo e personificando o mal. Com tal ação ocorre a legitimação através do apoio popular para que mais e mais direitos conquistados sejam ofendidos em nome da busca pela “segurança pública”.

13 – Com uma saída diametralmente oposta à implantação do Regime Disciplinar Diferenciado, Alessandro Baratta apresenta novas linhas para o desenvolvimento de uma execução da pena privativa de liberdade, que tem como norte a melhor reinserção do ex-encarcerado na comunidade e a participação da sociedade na ressocialização do preso.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado.** In ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal: parte geral.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BORTOLOTTO, Gilmar. **Regimes diferenciados, igualdade e individualização.** Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/gilmar_bortolotto.pdf. Acessado em 04 de junho de 2004.

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

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. Org. Luiz Flávio Gomes. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2004.

CRAXI, Vittorio. **Sugli articoli 41 bis e 4 bis dell'ordinamento penitenziario.** Social Critic. Disponível em: <http://www.inventati.org/laboratoriomarxista/repressione/nazionale/assemblea-milano/am-2.htm>. Acessado em 21 de junho de 2004.

DIAS NETO, Theodomiro. **A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana.** In *Verso e reverso do controle pena – homenagem a Alessandro Baratta*. Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 173-188.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Crime organizado e a legislação brasileira.** In *Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões*. Coord. Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 1995. p. 31-56.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Trad. Raquel Ramallete. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

FURUKAWA, Nagashi. **Regime Disciplinar Diferenciado.** Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/plivre/nagashi_furukawa.pdf. Acessado em 04/06/2004.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. Ius Net. Disponível em: http://www.iusnet.com.br/webs/IFELFNova/artigos/pdf/o_regime_disciplinar_diferenciado_constitucional.pdf Acessado em 21 de junho de 2004.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução**. São Paulo: RT, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O crime organizado no sistema italiano**. In *Justiça Penal – 3. Críticas e sugestões*. Coord. Jaques de Camargo Pentead. São Paulo: RT, 1995. p. 13-30.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patrícia S. Ziffer. 2. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

JESUS, Damásio E. **Código de Processo Penal Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Lisboa: Didática Editora, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Lumem, 1993.

KUEHNE, Maurício. **Alterações à execução penal: primeiras impressões**. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1008>. Acessado em 26 de junho de 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Violência urbana e criminalidade zero: Verdades e mentiras**. In *Âmbito Jurídico*, mar/200. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0077.htm>. Acessado em 20 de junho de 2004.

MAIEROVITCH, Wálter. **Criminalidade estimulada pela incompetência**. *Jornal do Terra*. Disponível em: <http://tv.terra.com.br/jornaldoterra/interna/0%2C%2COI34928-EI2413%2C00.html>. Acesso em 21 de junho de 2004.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

MARTINS, Marco Antônio. **Traficante ficará em regime especial**. Jornal JB de 30 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/cidade/2003/12/29/jorcid20031229001.html>.

Acessado em 26 de maio de 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – introducción**. 2. ed. Madri (Espanha): Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: a APAC – a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**, - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 6 ed. rev.atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 333, 5 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5300>>. Acesso em: 10 jun. 2004.

PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal segundo a jurisprudência**. Saraiva: São Paulo, 2000.

PRAZERES, José Ribamar Sanches. **O Direito Penal Simbólico Brasileiro**. Ministério Público do Maranhão. Disponível em <http://www.pgj.ma.gov.br/simbolico.html>. Acessado em 26 de maio de 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002.

Universidade Federal do Paraná. Sistema de Bibliotecas Citações e notas de rodapé/Universidade Federal do Paraná, Sistema de Bibliotecas. Curitiba: Ed. Da UFPR, 2000.

Universidade Federal do Paraná. Sistema de Bibliotecas Referências/Universidade Federal do Paraná, Sistema de Bibliotecas. Curitiba: Ed. Da UFPR, 2001.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ANEXO I – Lei italiana n. 279 de dezembro de 2002.

Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/02279l.htm>. Acessado em 21 de junho de 2004.

Legge 23 dicembre 2002, n. 279

"Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario"

pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 300 del 23 Dicembre 2002

Art. 1.

(Modifiche all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354)

1. All'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modifiche:

a) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'articolo 416-*bis* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 601, 602 e 630 del codice penale, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82. I benefici suddetti possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale. I benefici di cui al presente comma possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati

per i delitti di cui ai seguenti articoli: articoli 575, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, articolo 291-*ter* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.»;

b) al comma 2-*bis*, le parole: «terzo periodo» sono sostituite dalle seguenti: «quarto periodo».

Art. 2.

(Modifiche all'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354)

1. All'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, i commi 2 e 2-*bis* sono sostituiti dai seguenti:

«2. Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis*, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente.

2-*bis*. I provvedimenti emessi ai sensi del comma 2 sono adottati con decreto motivato del Ministro della giustizia, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice che procede ed acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia e gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze. I provvedimenti medesimi hanno durata non inferiore ad un anno e non superiore a due e sono prorogabili nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno, purchè non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno.

2-*ter*. Se anche prima della scadenza risultano venute meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga del provvedimento di cui al comma 2, il Ministro della giustizia procede, anche d'ufficio, alla revoca con decreto motivato. Il provvedimento che non accoglie l'istanza presentata dal detenuto, dall'internato o dal difensore è reclamabile ai sensi dei commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*. In caso di mancata adozione del provvedimento a seguito di istanza del detenuto, dell'internato o del difensore, la stessa si intende non accolta decorsi trenta giorni dalla sua presentazione.

2-quater. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 può comportare:

a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate;

b) la determinazione dei colloqui in un numero non inferiore a uno e non superiore a due al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui possono essere sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori;

c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno;

d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati;

e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia;

f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a cinque persone, ad una durata non superiore a quattro ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10.

2-quinquies. Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o confermata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il provvedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto al quale il detenuto o l'internato è assegnato. Il reclamo non sospende l'esecuzione. Il successivo trasferimento del detenuto o dell'internato non modifica la competenza territoriale a decidere.

2-sexies. Il tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo di cui al comma 2-quinquies, decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2. Il procuratore generale presso la corte d'appello il detenuto, l'internato o il

difensore possono proporre, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale per violazione di legge. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento e va trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione. Qualora il reclamo sia stato accolto con la revoca della misura, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo. Con le medesime modalità il Ministro deve procedere, ove il reclamo sia stato accolto parzialmente, per la parte accolta».

Art. 3.

(Abrogazioni)

1. Sono abrogati l'articolo 6 della legge 7 gennaio 1998, n. 11, e successive modificazioni, l'articolo 1 della legge 16 febbraio 1995, n. 36, nonché l'articolo 29 del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

2. Per l'attuazione del presente articolo è autorizzata la spesa di euro 3,6 milioni annui a decorrere dal 2003. Al relativo onere si provvede mediante corrispondente riduzione delle proiezioni dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2002-2004, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2002, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della giustizia.

Art. 4.

(Disposizioni transitorie)

1. Le disposizioni di cui all'articolo 1 non si applicano nei confronti delle persone detenute per i delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602 del codice penale ovvero per delitti posti in essere per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico commessi precedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge.

2. I provvedimenti, emessi dal Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, conservano efficacia fino alla scadenza in essi prevista anche se successiva alla predetta data.

Art. 5.

(Relazione al Parlamento)

1. Ogni tre anni il Presidente del Consiglio dei ministri presenta al Parlamento una relazione sullo stato di attuazione della presente legge.

Art.6.

(Entrata in vigore)

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

ANEXO II – Resolução SAP – 026 de 04 de maio de 2001. Disponível em:
<http://www.mp.sp.gov.br/caexcrim/Legislacao/anexos/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20026-2001%20RDD.doc>. Acessado em 21 de junho de 2004.



Diário Oficial

Estado de São Paulo

Poder Executivo

Seção I

GOVERNADOR GERALDO ALCKMIN

Palácio dos Bandeirantes

Av. Morumbi, 4.500 - Morumbi - CEP 05698-900 - Fone: 3745-3344

Volume 111 - Número 84 - São Paulo, sábado, 5 de maio de 2001

Administração Penitenciária

GABINETE DO SECRETÁRIO

Resolução SAP-026, de 4-5-2001

Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado

O Secretário da Administração Penitenciária, de conformidade com a Lei de Execução Penal, especialmente o artigo 53, IV, e o Decreto 45.693/2001, considerando que: É necessário disciplinar, dentre os estabelecimentos penitenciários, o Regime Disciplinar Diferenciado, destinado a receber presos cuja conduta aconselhe tratamento específico, a fim de fixar claramente as obrigações e as faculdades desses reeducandos;

Os objetivos de reintegração do preso ao sistema comum devem ser alcançados pelo equilíbrio entre a disciplina severa e as oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária;

O Regime Disciplinar Diferenciado é peculiar, mas, apesar de seu rigor, não pode ser discriminatório, permanente ou afrontador das disposições das Constituições da República e do Estado, e da Lei de Execução Penal,

Resolve:

Artigo 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 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.

Artigo 3º - Ninguém será incluído no RDD por fato determinante de inclusão

anterior.

Artigo 4º - O tempo máximo de permanência, na primeira inclusão, é de 180 dias; nas demais, de 360 dias.

§ 1º - No decorrer da permanência do preso no RDD, havendo a prática de fato grave devidamente comprovado, deverá ser feito novo pedido de inclusão, procedendo-se nos termos do artigo 2º.

§ 2º - Os Diretores das unidades citadas no art. 1º., assessorados pelos técnicos do Centro de Segurança e Disciplina e do Núcleo de Reabilitação, poderão requerer ao Secretário Adjunto, com parecer prévio do Coordenador Regional, que reconsidere a decisão de inclusão do preso no RDD.

Artigo 5º - Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras:

I - Conhecimento dos motivos de inclusão no RDD.

II - Saída da cela para banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia.

III - Acompanhamento técnico programado.

IV - Duração de 2 horas semanais para as visitas, atendido o disposto no Artigo 1º da Resolução SAP-9/2001.

V - Permanecer sem algemas, no curso das visitas.

VI - Remição da pena pelo trabalho e pela educação, conforme a lei e a jurisprudência.

VII - Remição do RDD, à razão de 1 dia descontado por 6 dias normais, sem falta disciplinar, com a possibilidade de serem remidos, no máximo, 25 dias, e cumpridos 155 dias de regime.

VIII - A ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo anteriormente remido.

IX - Contato com o mundo exterior pela correspondência escrita e leitura.

X - Entrega de alimentos, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas.

Artigo 6º - O cumprimento do RDD exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar nova inclusão ou desprestigiar o mérito do sentenciado, salvo, neste último caso, a má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum.

Artigo 7º - A reinclusão só poderá ser determinada com base em fato novo ou contumácia na prática dos mesmos atos que levaram o sentenciado à primeira inclusão.

Artigo 8º - A inclusão e a exclusão do sentenciado no RDD serão comunicadas, em 48 horas, ao Juízo da Execução Penal.

Artigo 9º - Os casos omissos serão solucionados com a aplicação do Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais do Estado de São Paulo.

Artigo 10 - As ordens de inclusão no RDD, anteriores à presente Resolução, ficam canceladas.

Artigo 11 - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, alcançando desde logo os sentenciados já incluídos no RDD, sem prejuízo do tempo anterior de inclusão. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Resolução SAP-78/93.