



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

LUANA DA SILVA ROCHA

**Uma Análise do Regime Disciplinar Diferenciado como resposta
estatal no controle do crime organizado**

**Brasília
2019**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

LUANA DA SILVA ROCHA

Uma Análise do Regime Disciplinar Diferenciado como resposta estatal no controle do crime organizado

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Prof. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende.

**Brasília
2019**

Luana da Silva Rocha

Uma Análise do Regime Disciplinar Diferenciado Como Resposta Estatal no Controle do Crime Organizado

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos
Gonçalves de Rezende
Orientador

Professora Doutora Camila Cardoso de
Mello Prando

Liana Lisboa Correia

RESUMO

A presente monografia visou analisar a aplicação do regime disciplinar diferenciado enquanto política criminal de controle do crime organizado. Por meio da elucidação de doutrinas sobre o regime, além de referências a leis e à jurisprudência, buscou-se a exposição das características e formas de aplicação do regime. Foram realizadas analogias com as teorias de justificação da pena e remissões à evolução da legislação penal latinoamericana e brasileira para se entender qual o discurso punitivista predominante no país atualmente, que tornou possível a criação do regime disciplinar diferenciado frente à atuação organizada das facções prisionais. Por fim, foram expostos os principais pontos levantados por diversos autores do mundo jurídico, bem como considerações pessoais, acerca dos problemas e contradições a respeito do tema. Como resultado, surge o entendimento de que o objeto jurídico em questão é inconstitucional e que o discurso punitivista atual deve ser combatido.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado. Lei 10.792/2003. Execução Penal. Crime Organizado. Teorias da Pena. Política Criminal.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CPP	Código de Processo Penal
CV	Comando Vermelho
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
OAB	Ordem de Advogados do Brasil
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
RDES	Regime Disciplinar Especial Diferenciado
REsp	Recurso Especial
SSP	Secretaria de Segurança Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
PCC	Primeiro Comando da Capital

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	12
1.1. Antecedentes históricos.....	12
1.2. A Lei 10.792 de 2003 e as características do RDD	17
1.3. Natureza jurídica do “cárcere duro” e as regras de inclusão e permanência dos presos no regime disciplinar diferenciado.....	21
1.3.1. Natureza jurídica do regime disciplinar diferenciado.....	22
1.3.2. O procedimento administrativo e o procedimento judicial para inclusão do preso no regime.	22
1.3.3. Os prazos máximos de aplicação do regime de exceção.	25
2. ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL POR TRÁS DO RDD	30
2.1. Conceito e breve histórico das teorias da pena.....	30
2.2. A nova penologia e o discurso punitivista na América-Latina.....	36
2.3. A política penitenciária adotada no controle ao crime organizado	42
2.3.1 Análise do discurso punitivista contemporâneo na implementação do regime disciplinar diferenciado e do sistema penitenciário federal.	42
2.3.2. As estratégias utilizadas na política penitenciária brasileira para controlar o crime organizado.....	46
3. AS CRÍTICAS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	51
3.1. A conformidade do RDD em relação à Constituição Federal de 1988, à Lei de Execuções Penais e aos Tratados Internacionais.	51
3.1.1. O posicionamento da Ordem de Advogados do Brasil (OAB), do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo.....	51

3.1.2. Posicionamentos doutrinários.	59
3.2. O RDD como expressão de um direito penal do inimigo	62
3.3. Considerações acerca das críticas apresentadas	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o ramo do direito público que se destina a regular o poder punitivo do Estado. Ao longo dos séculos, surgiu a noção de que um Estado legitimado pelo povo, pode impor regras socialmente aprovadas para punir aqueles que cometem atos reprováveis de acordo com as visões daquela sociedade.

Dentro do campo do direito penal, sabe-se que a segurança pública no Brasil têm sido uma grande fonte de debate por parte da população nos últimos anos, diante dos índices alarmantes e crescentes de criminalidade no país, que possui a terceira maior população carcerária do mundo e níveis acima da média mundial no que se refere a crimes violentos, conforme dados do Mapa da Violência.

Não por acaso, a temática da segurança pública foi talvez uma das que obtiveram maior destaque nas eleições de 2018, que resultaram na eleição do presidente Jair Bolsonaro, defensor de um discurso extremamente baseado no punitivismo.

Com o surgimento das facções prisionais que passaram a dominar as prisões nos anos 90 e o fortalecimento do tráfico de drogas, a problemática do crime organizado tornou-se um dos principais focos a serem controlados pelo Estado. Sob este panorama, criminalistas e atores estatais têm divergido sobre qual a melhor forma de controle a estas forças do crime.

Ainda, a situação do sistema prisional brasileiro a cada ano se agrava, pois, como revelam dados da pesquisa lançada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo em 2018, as maiores facções do país atualmente estão em conflito em pelo menos nove estados da federação pelo domínio da rota de tráfico de drogas. Não obstante, os pesquisadores identificaram um expressivo crescimento da facção Partido Comando da Capital (PCC), que conseguiu batizar 18 mil novos membros nos últimos quatro anos.¹

No mais, dentre os nove estados envolvidos nos conflitos supramencionados, sete deles possuem as maiores taxas de mortes violentas, de acordo com o 12º Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2017. É notável que a guerra entre as facções ocasiona chacinas em diversos presídios pelo país, além de refletir no aumento da violência também fora das prisões, o que torna a preocupação das autoridades quanto ao tema da segurança pública consideravelmente maior.²

Considerando todo o exposto, é necessária muita cautela quanto aos meios

¹ COSTA, Flávio; ADORNO, Luis. **Mapa das facções no Brasil: PCC e Comando Vermelho disputam hegemonia do crime em 9 estados**. UOL Notícias. Brasília: ago.2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/22/mapa-das-faccoes-no-brasil-pcc-e-comando-vermelho-disputam-hegemonia-do-crime-em-9-estados.htm?cmpid=copiaecola>

² Ibidem.

coercitivos estatais escolhidos para lidar com a criminalidade, principalmente considerando os efeitos que estas medidas podem causar na sociedade. Afinal, o poder punitivo do Estado pode mudar os rumos de uma sociedade, ainda que timidamente, pois o encarceramento ou não de uma parcela da população, dentre outras medidas dentro do âmbito criminal, nos traz inúmeras consequências sociais, seja qual for a opção escolhida.

Diante de um cenário no qual o crime organizado domina e a população cobra cada vez mais respostas para a resolução desse conflito, o desafio é grande e a tendência que se consolida é a supressão de direitos individuais em nome da segurança coletiva.

Desta forma, é importante suscitar a reflexão acerca das leis que vêm sendo redigidas para lidar com os problemas listados, de modo a se alcançar resultados positivos a toda sociedade.

Assim, a pesquisa justifica-se por tratar de um ponto crucial no debate político atual e que possui relevância para toda a população. Além de se impulsionar a problematização acerca das escolhas estatais para o controle ao crime organizado, é interessante também analisar o que leva a sociedade brasileira, em sua maioria, a aprovar e ansiar por medidas cada vez mais punitivistas.

Em face desse panorama, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) foi uma das medidas aplicadas pelo Estado para enfrentar a problemática supracitada. O referido instituto, introduzido na Lei de Execução Penal no ano de 2003, inaugurou novas importantes regras de tratamento aos presos, diferentes daquelas anteriormente estabelecidas na nossa legislação penal, sendo apresentado como uma política hábil a desarticular as facções prisionais.

No entanto, até hoje o RDD gera inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Por isso, optou-se por pesquisar um tema em voga na sociedade, tendo em vista que no dia 10 de outubro de 2019 fez 2 (dois) anos que está parado no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4162, proposta pela OAB, que questiona trechos da Lei de Execução Penal (7.210/84) relativos ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), criado para punir com mais rigor os presos que integram organizações criminosas e oferecem risco mesmo dentro da cadeia.

Além disso, o Pacote Anticrime, proposta legislativa elaborada pelo atual Ministro da Justiça Sergio Moro, que vêm sendo debatida atualmente no Congresso Nacional, pretende tornar mais rígidas diversas regras do regime disciplinar diferenciado.

Sendo assim, o objetivo do trabalho foi analisar o regime disciplinar diferenciado enquanto política criminal de controle do crime organizado. Para tanto, buscou-se identificar as características do objeto jurídico, em atenção às disposições da Lei 10.792 de 2003 e outras

normas, bem como investigar o discurso punitivista por trás do regime enquanto política criminal e os principais problemas e debates levantados sobre o tema, colhendo principalmente elementos doutrinários que pudessem revelar o caráter polêmico da adoção desta medida pelo Estado.

A pesquisa foi desenvolvida a partir de uma abordagem documental e empírica. Com isso, pretendeu-se não só conhecer as disposições normativas aplicáveis ao tema como, sobretudo, identificar elementos da empiria que apontassem algumas evidências dos problemas que circunscrevem o fenômeno do regime disciplinar diferenciado e que levantam debates sobre a ilegitimidade de sua utilização como política criminal hábil a desarticular facções dentro da prisão.

A técnica da coleta de dados e informações esteve orientada no sentido de trabalhar com livros doutrinários, precedentes sobre pontos específicos, informações de órgãos oficiais, notícias e matérias jornalísticas e, principalmente, artigos acadêmicos e etnografias.

O trabalho tem por marco teórico a abordagem criminológica, endossada por Raúl Zaffaroni, de que a função do direito penal é reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Ou seja, em uma postura realista, o direito penal é instrumento fundamental para frear a arbitrariedade estatal e a violência institucional, a fim de se preservar o Estado de Direito.

Com isso, o estudo esteve centrado na perspectiva do uso do direito penal como forma de controle social, subentendendo-se que este controle, longe de ser neutro, se expressa através da adoção de políticas criminais influenciadas pelo discurso punitivo em que se acredita naquele momento. Assim, procurou-se construir uma abordagem das teorias da pena tendo por referência as obras de Salo de Carvalho, Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, Luigi Ferrajoli, Gunther Jakobs, dentre outros.

Nos pontos pertinentes ao regime disciplinar diferenciado especificamente, ao crime organizado e à gestão contemporânea da criminalidade, foram utilizados autores conhecidos por se debruçarem mais atentamente à análise destes temas no país, como Salo de Carvalho, Camila Nunes Dias, Paulo César Busato, Sérgio Adorno, César Caldeira, Fernando Salla, Karina Biondi, Christiane Russomano Freire e outros.

A abordagem quanto à conceituação e aos posicionamentos críticos referentes ao tema, por sua vez, perpassou por autores como Maurício Kuehne, Rodrigo Roig, Roberto Avena, Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, Maria Thereza de Assis Moura, dentre outros.

Nesta lógica, o trabalho estruturou-se em três capítulos. O capítulo 1, *o regime*

disciplinar diferenciado, dedicou-se à compreensão panorâmica do instituto. Assim, foram abordados os antecedentes históricos que contribuíram para o surgimento do regime e em seguida foi realizada a conceituação do instituto, sendo esclarecido como se dá sua aplicação na teoria e na prática. Ainda, realizou-se uma exposição acerca da natureza jurídica deste regime e do funcionamento do procedimento de inclusão e permanência dos presos nele.

O capítulo 2, intitulado *A política criminal por trás do RDD*, voltou-se à análise do instituto enquanto medida estatal de controle ao crime organizado. Dessa forma, a narrativa se iniciou com a evolução das teorias da pena até chegar nas teorias gerencialistas, na qual o regime disciplinar diferenciado se insere. Assim, foi realizado um paralelo entre o instituto e a referida teoria, juntamente à análise das políticas criminais adotadas pelo Estado nos últimos anos no tocante ao crime organizado, evidenciando-se qual o discurso punitivista predominante no país.

No Capítulo 3, *As críticas ao regime disciplinar diferenciado*, as críticas e defesas ao regime foram expostas, unindo-se a opinião de vários autores. Para entender os motivos pelos quais o regime disciplinar diferenciado é visto como uma medida polêmica até hoje, foram alencados os debates acerca da sua inconstitucionalidade e sua desconformidade em relação aos tratados internacionais de direitos humanos e às normas de execução penal. Não obstante, neste segmento, também foi explorada a visão do regime disciplinar diferenciado como expressão de um direito penal do inimigo. E por fim, foram tecidas algumas considerações sobre os posicionamentos levantados ao longo do capítulo, em adiantamento às conclusões.

Tem-se, portanto, que o objetivo das ideias desenvolvidas adiante é reafirmar o papel do direito penal como instrumento de contenção do poder punitivo do Estado, demonstrando a inadequação da aplicação do regime disciplinar diferenciado como política criminal hábil a confrontar as forças do crime organizado.

1. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Neste primeiro capítulo, primeiramente, serão expostos os antecedentes históricos à criação do regime disciplinar diferenciado, delineando-se o caminho pelo qual a situação prisional brasileira percorreu até chegar no momento em que o regime disciplinar diferenciado foi instituído em todo o país.

Após, serão explicadas as características do instituto e as regras instituídas na Lei 10.792 de 2003 e, por fim, será delineada qual a natureza jurídica deste regime de exceção e como é previsto o procedimento de inclusão e permanência dos presos no regime disciplinar diferenciado, reunindo-se as regras impostas no dispositivo normativo e precedentes que tratam sobre sua aplicação.

1.1. Antecedentes históricos

Para entendermos o fenômeno do Regime Disciplinar Diferenciado, é necessário remetermos ao cenário do sistema prisional em São Paulo e no Rio de Janeiro, nos anos que antecederam a sua criação.

As últimas gerações estão habituadas a ver a temática de segurança pública como centro dos debates políticos. No entanto, foi desde a década de 1970 que a sociedade brasileira, em conformidade com o cenário econômico-político global, passou por grandes transformações advindas da globalização, que além de aproximar as nações e pessoas do mundo todo, ocasionou flexibilização das relações de trabalho, propulsionou avanços tecnológicos e também aprofundou as desigualdades sociais, refletindo no aumento da criminalidade e na ascensão do crime organizado.³

Nesse contexto, os Estados se viram diante de um novo desafio: como enfrentar as organizações criminais transnacionais que começaram a emergir, diante das facilidades tecnológicas e de mobilidade?⁴

No Brasil, a criminalidade organizada começou a se disseminar no fim da década de 1960, culminando em uma crise da segurança pública, devido à alta nas taxas de criminalidade. Em 1970, o crime organizado dentro das prisões começou a se formar no Rio de Janeiro e o encarceramento em massa promovido por variados governos nas décadas

³ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pág. 65-66. doi:10.11606/T.8.2011.tde-13062012-164151. Acesso em: 25-09-2019.

⁴ Ibidem, pág. 65-66.

seguintes, contribuiu consideravelmente para a entrada de uma expressiva massa carcerária ao mundo do crime organizado.⁵

Com isso, estima-se que a facção Comando Vermelho surgiu no Rio de Janeiro em 1979, como fruto da convivência entre presos políticos, enquadrados na Lei de Segurança Nacional e presos comuns. Não por acaso, a cidade do Rio de Janeiro se consolidou na década de 1980 como expressão da desorganização urbana no país, enquanto São Paulo começava a se direcionar para o mesmo caminho.⁶

Apesar do pioneirismo da cidade carioca em relação à crescente onda de violência urbana, o estado de São Paulo rapidamente se nivelou nesse sentido, enfrentando problemas principalmente quanto à situação crítica de suas prisões. Com o aumento da criminalidade, a crise penitenciária atingiu seu ápice na década de 1990 e o estado paulista foi o epicentro da constatação da falência do sistema prisional brasileiro.

O começo da crise se deu na Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru), que foi inaugurada como um presídio-modelo em 1920. Na prisão, contudo, havia inúmeros relatos de tortura dos agentes penitenciários contra os detentos. Frente a esse cenário de tensão, em 1992, uma rebelião iniciada no Pavilhão 9 tomou proporções inimagináveis e terminou na tragédia conhecida como “Massacre do Carandiru”⁷.

A partir de então, significativas transformações começaram a acontecer no cenário prisional paulista. Além da grave violação de direitos humanos, o maior massacre da história brasileira foi um dos motivos para que ocorresse uma profunda reorganização do sistema prisional paulista.⁸

Desde o acontecimento do Massacre de Carandiru até o desativamento da Casa de Detenção em 2002, a população carcerária paulista dobrou em número de presos e também foram construídas mais unidades prisionais. Ocorreu ainda um grande número de transferências de presos, por meio de um processo de descentralização dos apenados para o interior do Estado, com a desativação das Cadeias Públicas e Distritos Policiais de São Paulo.⁹

⁵ DORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. **Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC**. Estud. av. São Paulo, v. 21, n. 61, p. 7-29, Dec. 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300002&lng=en&nrm=iso>. access on 24 Sept. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300002>. Acesso em: 25-09-2019.

⁶ DIAS, op. cit., p. 72-74.

⁷ O Massacre de Carandiru é um episódio datado de 2 de outubro de 1992, no qual 111 presos foram mortos pela Polícia Militar do Estado de São Paulo na tentativa de conter uma expressiva rebelião que ocorria na extinta Casa de Detenção da capital paulista, conhecida como Carandiru. O acontecimento chocou o mundo e fez o Brasil figurar como réu na Corte Internacional dos Direitos Humanos (BIONDI, Karina. **Junto e Misturado: Imanência e transcendência no PCC**. São Carlos: UFSCar, 2009, p. 47).

⁸ Ibidem, p.47-49.

⁹ Ibidem, p.47-49.

Portanto, Karina Biondi aponta que três processos simultâneos foram responsáveis pela reorganização do sistema prisional paulista: o Massacre de Carandiru, o aumento do número de presos e por fim, o surgimento do PCC.¹⁰

Neste ponto, acredita-se que o Primeiro Comando da Capital surgiu na Casa de Custódia de Taubaté, no interior paulista, onde os detentos advindos da capital resolveram unir forças contra as opressões do Estado.¹¹

Nesse sentido, apesar de não conseguirmos apontar com unanimidade o fator originário responsável pelo surgimento do Primeiro Comando da Capital (PCC), é inegável que a precariedade das prisões paulistas, associado o aumento de encarceramentos no fim do século passado e o sentimento de revolta ocasionado pelo Massacre de Carandiru, contribuíram para que grupos de presos se unissem para confrontar o Estado, que constantemente violava seus direitos. Desta forma, formou-se um inimigo comum entre os presos: “o próprio sistema prisional”¹²

Com o desenvolvimento crescente das facções, estourou em 2001 a primeira megarrebelião de presos, envolvendo 29 unidades prisionais que se revoltaram simultaneamente. A rebelião que chocou a cidade paulista é entendida como a primeira grande ação do Primeiro Comando da Capital, possibilitando que o grupo se consolidasse dentre as prisões paulistas.¹³

Não obstante, as contínuas transferências de presos pelo Estado de São Paulo, que já aconteciam após o Massacre de Carandiru e foram ainda mais aplicadas na intenção de dispersar os presos após a rebelião de 2001, propiciaram um ambiente extremamente favorável¹⁴ à união dos criminosos, surtindo um efeito contrário ao esperado: em vez de controlar os presos subversivos, as medidas tomadas pelo Governo resultaram em um processo de aceleração da propagação dos ideais da facção nos presídios paulistas e

¹⁰ Ibidem, p.47-49.

¹¹ LIMA, G. G. de. **Sistema prisional paulista e organizações criminosas: a problemática do PCC – Primeiro Comando da Capital**. Universidade Metodista de Piracicaba, 2009. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Ana Lúcia Sabadell da Silva. P. 166.

¹² PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema Prisional** / 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: atlas, 200. Página 59-60. Disponível em: Minha Biblioteca.

¹³ BIONDI, op.cit., p. 48.

¹⁴ O autor Roberto Porto aponta que: “O fato é que este cenário de omissão, abandono e maus-tratos nos traz a exata compreensão da formação destas facções criminosas, em que pessoas se reúnem em grupo funcionando como uma unidade, centrados numa liderança pessoal e em idéias colocadas como promessa, esperança e autopreservação. Neste quadro, a hostilidade e o medo são as emoções predominantes. Portanto, “o grupo se reúne para lutar contra alguma coisa ou para fugir dela, criando um inimigo e depositando nele seus sentimentos hostis. Parece indiscutível que o pressuposto básico predominante na formação das facções criminosas é o de luta-fuga”, cujo inimigo é o sistema prisional.” (PORTO, op. cit., Página 60).

rapidamente o PCC tornou-se uma força difícil de ser contida.¹⁵

Dessa forma, a facção assumiu controle praticamente total sobre a massa carcerária paulista, se sobrepondo sobre as forças estatais. Adorno e Salla explicam que o medo e a violência são dois fatores essenciais para explicar a obediência dos presos às ordens do Comando, frente à vulnerabilidade dos presos, que são em sua maioria pobres e advindos de contextos de violência. Em busca de autoproteção e pertencimento, os presos não hesitam em se submeterem à subordinação, pois além de proteção, por meio do pagamento de contribuições eles adquirem acesso à advogados, ações de resgates e até mesmo ajuda aos familiares.¹⁶

Outrora, muito além do domínio das instituições prisionais, a facção passou a dominar também as periferias paulistas, instituindo regras até mesmo para aqueles que não integram oficialmente o grupo, aprimorando seu controle sobre os “irmãos”¹⁷ e suas famílias. Sob um dinâmica de coletividade¹⁸, a facção praticamente monopolizou o mundo do crime e levou o crime organizado a um novo patamar.¹⁹

Assim, logo após à primeira expressiva rebelião do PCC, em 2001, o secretário de Administração Penitenciária Nagashi Furukawa decretou a Resolução SAP nº 11 de 13 de março de 2001, que “disciplina as medidas administrativas a serem tomadas perante a ocorrência de rebeliões ou qualquer tipo de manifestação violenta”. Nesta Resolução, determinou-se que em caso de rebelião: o jumbo²⁰ seria suspenso, as comidas seriam servidas frias, os presos envolvidos nas rebeliões teriam uma ocorrência anotada em seus registros, dentre outras medidas.²¹

Dois meses depois foi publicada a Resolução SAP nº 26 de 4 de maio de 2001, na qual foi instituído pela primeira vez o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), popularmente conhecido como Cárcere Duro, para isolar líderes ou integrantes de facções e presos cujo

¹⁵ BIONDI, op. cit., p. 4.

¹⁶ DORNO; SALLA, op. cit., p. 7-29.

¹⁷ “Irmãos” é como os membros do PCC se referenciam uns aos outros.

¹⁸ Como explica Karina Biondi, “A criação do PCC é vista por muitos presos como o fim de um tempo no qual imperava uma guerra de todos contra todos, onde a ordem vigente era “cada um por si” e o “mais forte vence”. As agressões físicas eram bastante comuns, “qualquer banalidade era motivo para ir pra decisão na faca”. As violências sexuais também eram bastante recorrentes; para evitá-las, muitas vezes não havia outra saída senão aniquilar o agressor e adicionar um homicídio à sua pena. Os prisioneiros se aponderavam dos bens disponíveis, desde um rolo de papel higiênico até a cela, para vendê-los àqueles que não conseguiam conquistá-los à força” (BIONDI, op.cit., p. 49)

¹⁹ BIONDI, op.cit., p. 49.

²⁰ Jumbo é a palavra usada para denominar o conjunto de alimentos e produtos de higiene que as visitas levam aos presos.

²¹ SÃO PAULO. **Resolução SAP nº 11 de 13 de março de 2001**. São Paulo, 2001. Disponível em:<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/boletim22001/legiaslacao/estadual/resolucaosap11.htm>. Acesso: 02 de outubro de 2019.

comportamento justificasse uma medida de contenção. Em julho de 2002, a Resolução 49 foi editada para restringir as visitas e entrevistas dos presos inseridos no regime com seus advogados.²²

A resolução paulista serviu de inspiração para o Estado do Rio de Janeiro também publicar uma resolução em dezembro do mesmo ano, instituindo o Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES) para frear as atuações do PCC e especialmente do Comando Vermelho (CV), responsável por uma rebelião no Presídio de Bangu I, liderada pelo traficante Fernandinho Beira-Mar.²³

Então, em julho de 2003, o RDES foi ampliado para outras unidades prisionais, além do Presídio de Bangu I, para separar os “opressores”, membros de facções, dos “oprimidos”, restante da massa carcerária que poderia ser influenciada por aqueles de maior periculosidade.²⁴

Frente ao cenário de constantes rebeliões²⁵, os Regimes instituídos em São Paulo e no Rio de Janeiro receberam forte apoio da mídia, criando-se uma demanda para nacionalizar o instituto.²⁶ A demanda era tanta que já em fevereiro de 2002, o presidente Fernando Henrique Cardoso tentou nacionalizar o instituto via medida provisória. No entanto, a MP foi formalmente rejeitada no Congresso Nacional por ferir a Constituição Federal de 1988, restando ao presidente encaminhar um projeto de lei para ser votado no ano seguinte, em que Lula assumiu a presidência.²⁷

O Congresso já debatia sobre o endurecimento de políticas penitenciárias, quando ocorreu o homicídio de dois magistrados de Varas de Execuções Penais - no dia 14 de março em São Paulo e no dia 24 de março de 2003 em Vitória - cuja autoria foi atribuída ao Comando Vermelho. O acontecimento acalorou a discussão e no dia 1º de abril o Congresso Nacional já havia aprovado o Projeto nº 5.073 de 2001 modificando a Lei de Execuções Penais (LEP) para aumentar o rigor do regime carcerário para presos de alta periculosidade.²⁸

Por fim, em 02 de dezembro de 2003, é promulgada a Lei 10.792, que incorporou

²² CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. In: Crítica à Execução Penal - 2º Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.p. 273-274.

²³ Ibidem. p. 275.

²⁴ Ibidem, p. 275.

²⁵ Para saber mais sobre as rebeliões que ocorreram no sistema prisional carioca, ver: “CALDEIRA, Cesar. **A política do cárcere duro: Bangu 1**. São Paulo Perspec., São Paulo , v. 18, n. 1, p. 87-102, Mar. 2004 . Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso: 02 Oct. 2019”.

²⁶ CARVALHO; FREIRE, op. cit, p. 275.

²⁷ COSATE, Tatiana Moraes. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?** Revista de Direito Público, Londrina: v. 2, n. 2, maio/ago. 2007. P. 208.

²⁸ CALDEIRA, op. cit., p. 94.

definitivamente o Regime Disciplinar Diferenciado em todo o território nacional, dentre outras medidas, por meio de alterações na LEP e no Código de Processo Penal (CPP), consolidando a “guerra” ao crime organizado em nível federal.²⁹

1.2. A Lei 10.792 de 2003 e as características do RDD

Assim, com advento da Lei 10.792 de 2003, o Regime Disciplinar Diferenciado foi incorporado na Lei de Execução Penal (LEP), sendo apontado como a principal estratégia para restabelecer o comando do Estado nas prisões em que a omissão do poder público propiciou o domínio das facções.³⁰

Nesse sentido, é possível classificar o instituto entre dois tipos: o RDD punitivo, previsto no artigo 52, caput e incisos da LEP, e o RDD cautelar, previsto nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo.

O regime disciplinar diferenciado punitivo é utilizado para sancionar os presos subversivos que descumprem regras dentro da prisão, de modo a manter a organização e disciplina do ambiente prisional. Sendo assim, nos termos da lei, a prática de fato considerado crime doloso constitui falta grave e, somente quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina interna, enseja a aplicação do regime diferenciado para presos condenados ou até mesmo provisórios, nacionais ou estrangeiros.³¹

Cabe destacar que o requisito é que tenha ocorrido um fato considerado crime doloso, sem a necessidade do julgamento definitivo para apurar a ocorrência do crime. Em outras palavras, basta que o preso tenha realizado um fato considerado crime doloso, sem prejuízo da sanção cabível posteriormente caso sobrevenha uma condenação.³²

Por outro lado, o RDD cautelar é utilizado em duas situações: 1) principalmente para isolar integrantes de facções ou 2) isolar aqueles presos considerados perigosos, que apresentam risco à segurança prisional. Dessa vez, não há caráter sancionatório, mas preventivo.³³

Na primeira hipótese, exige-se apenas que exista fundada suspeita de que o preso integre uma facção, quadrilha ou bando, para que seja aplicável a ele o regime disciplinar

²⁹ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm

³⁰ PORTO, op.cit., p. 60-62.

³¹ MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves Notas sobre o Regime Disciplinar Diferenciado**. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n.22, p. 193.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 77. Disponível em: Minha Biblioteca.

³³ MAGALHÃES, op. cit., p. 193.

diferenciado. O envolvimento do preso pode ser tanto com organização criminosa quanto associação criminosa (quadrilha), sendo utilizados os conceitos, respectivamente, do artigo 1º, § 1º da Lei 12.850/13 e do artigo 288 do Código Penal.³⁴

Na segunda hipótese cautelar, quando o preso oferece risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, entende-se que não é necessária a prática de um crime doloso, bastando a comprovação de que esse indivíduo oferece risco de causar rebeliões, motins e afins.³⁵ Ou seja, prevalece uma avaliação subjetiva de presunção da periculosidade do aprisionado.

Estas são as hipóteses sobre as quais o preso necessariamente deve se encaixar para que seja inserido no regime de exceção, sob pena de ilegalidade. Em seguida, vejamos as características do regime comuns às três hipóteses de incidência do “cárcere duro”.

Conforme o artigo 52 da Lei 10.792, o regime possui: a) duração máxima de 360 dias (podendo ser aplicado novamente por ocasião de outra falta grave, porém limitado a 1/6 da pena), b) impõe o recolhimento em cela individual (isolamento celular), c) permite apenas visitas semanais de duas pessoas (sem contar as crianças, com duração de duas horas por semana) e d) determina direito à saída por apenas 2 horas diárias para banho de sol.³⁶

Antes de tecer alguns comentários sobre algumas das características supramencionadas, importa esclarecer alguns aspectos acerca do local de cumprimento da medida.

Nesta senda, salienta-se que o regime disciplinar diferenciado é aplicado em presídios de regime fechado ou de segurança máxima estaduais e também nas penitenciárias federais, que foram inauguradas a partir de 2006. Estes estabelecimentos normalmente caracterizam-se por não possuírem atividades ressocializadoras, como é o caso do Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, o primeiro presídio construído especialmente para abrigar estes detentos “especiais”.³⁷

Apesar do artigo 87 da Lei de Execução Penal, parágrafo único, autorizar a construção de presídios de segurança máxima em toda a federação, que podem ser construídas tanto pela União quanto pelos Estados e Distrito Federal e Territórios, apenas os estados de

³⁴ Ibidem, p. 106.

³⁵ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, São Paulo: Ed. Método. Página 106. Disponível em: Minha Biblioteca.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm

³⁷ **Saiba como é o presídio onde está Beira-Mar**. Notícias Terra. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI105421-EI316,00-Saiba+como+e+o+presidio+onde+esta+BeiraMar.html>. Acesso: 10 de outubro de 2019.

São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro possuem penitenciárias estaduais exclusivas para presos em regime disciplinar diferenciado.³⁸ Os demais estados costumam utilizar alas específicas em presídios já existentes para aplicação do regime disciplinar diferenciado ou transferem os presos para uma das cinco penitenciárias federais existentes no país.³⁹

Quanto à transferência, em consonância ao disposto no artigo 86, § 1º da LEP, cujo teor permite que a União Federal construa presídios em locais distantes para recolher os condenados (quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado), o STJ já consolidou entendimento de que não há problema algum na situação em que o preso cumpre pena no regime disciplinar diferenciado distante de sua família, conforme se verifica abaixo.⁴⁰

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, ART. 86, § 3º. NATUREZA NÃO ABSOLUTA DO DIREITO DA PESSOA PROCESSADA OU CONDENADA SER CUSTODIADA EM PRESÍDIO NO LOCAL DE SUA RESIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE SOCIAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM DE HC. 1. **É sempre preferível que a pessoa processada ou condenada seja custodiada em presídio no local em que reside, inclusive para facilitar o exercício do seu direito à assistência familiar, mas, se a sua permanência em presídio local se evidencia impraticável ou inconveniente, em razão da periculosidade do agente ou de outras circunstâncias que implicam na sua submissão ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto na Lei 10.792/03, é mister pôr em resalto a preponderância ao interesse social da segurança e da própria eficácia da segregação individual.** 2. A precariedade das condições do presídio em que se achava recolhido o paciente (Bangu I, no Rio de Janeiro), atestada por confiável e seguro relatório da OAB/RJ, não justifica a não-submissão do paciente ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) que lhe foi aplicado, de sorte que o seu deslocamento para o Presídio Federal de Campo Grande/MT, acha-se plenamente amparado no art. 86, § 3º da Lei de Execução Penal. Precedente desta Corte: HC 32.886/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU 28.06.04, p. 371. 3. Ordem denegada, de acordo com o parecer do MPF.⁴¹ (grifo nosso)

Portanto, é extramamente comum a transferência de presos do regime disciplinar diferenciado para variados presídios pelo país em razão de tal medida, não importando a distância do local onde inicialmente deveria cumprir a pena. Essa possibilidade torna ainda mais complicada a visitação de parentes ao preso, que já é limitada por tempo e número de pessoas, como veremos mais detalhadamente em momento posterior.

Diante da criação de presídios federais, em 2007 foi publicado o Decreto nº 6049, para regulamentar o sistema penitenciário federal, cujo texto prevê algumas regras específicas

³⁸ GARCEL, Fernando. **Apenas três estados tem penitenciárias em regime diferenciado.** Paraná Portal: 2007. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/geral/apenas-tres-estados-tem-penitenciarias-em-regime-diferenciado/>. Acesso: 10 de outubro de 2019.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal : teoria crítica.** – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Disponível em: Minha Biblioteca. P. 263.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 92.714/RJ**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2007, DJe 10/03/2008.

direcionadas ao regime disciplinar diferenciado. Por analogia, estas regras são também aplicáveis aos presos inseridos no regime em penitenciárias estaduais.

Desta forma, além das características alencadas na Lei 10.792, o Decreto nº 6.049 inclui ainda no artigo 54, incisos III e IV aos presos inseridos no regime disciplinar diferenciado: o “uso de algemas nas movimentações internas e externas, dispensadas apenas nas áreas de visita, banho de sol, atendimento assistencial e, quando houver, nas áreas de trabalho e estudo” e “sujeição do preso aos procedimentos de revista pessoal, de sua cela e seus pertences, sempre que for necessária sua movimentação interna e externa, sem prejuízo das inspeções periódicas”.⁴²

Importante registrar que nos presídios federais, que possuem cada um 12 (doze) salas destinadas ao RDD, os internos passam todas as horas do seu dia trancados. Os presos não exitam a cela nem no banho de sol, que acontece dentro da própria cela, através de um solário. A saída só ocorre para atendimento médico, audiência com juiz ou advogado e visita no parlatório.⁴³

Noutro giro, vejamos em seguida alguns detalhes pertinentes às características do regime disciplinar diferenciado dispostas no artigo 52 da Lei 10.792 e demais artigos da lei.

Em um primeiro ponto, temos a limitação imposta quanto às visitas. Além da limitação de duas horas semanais para duas pessoas, a visitação no regime diferenciado ocorre em sala própria, sem contato pessoal entre o preso e visitante. Ainda, embora o artigo 41 inciso X da Lei de Execução Penal estabeleça como direito do preso a visita íntima, no regime disciplinar diferenciado não é possível esse tipo de visitação.⁴⁴

Em um segundo ponto, quanto ao trabalho interno, previsto no artigo 31 da LEP, que garante ao preso o direito de remir⁴⁵ sua pena, o artigo 98, § 3º do Decreto 6.049 de 2007 dispõe que somente é possível o trabalho interno ao preso inserido no regime disciplinar diferenciado, se o trabalho for exercido dentro de sua cela, já que existe a limitação de saída de 2 horas por dia para o banho de sol, não permitindo-se o contato do preso com outras pessoas.

Questionada sobre essa matéria, a Suprema Corte entendeu pela impossibilidade do trabalho fora da cela para os presos neste regime, por falta de previsão legal. Vejamos:

⁴² BRASIL. **Decreto nº 6049, de 2007**. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Brasília, DF, 27 fev. 2007. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/cgcmisp/decreto-no-6049.pdf/view>

⁴³ Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Como funciona o presídio federal**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/entenda-como-funciona-um-presidio-federal>>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁴⁴ AVENA, op.cit., p. 89.

⁴⁵ Conforme o artigo 126, §1º, II da LEP o preso que exerce trabalho interno terá um dia reduzido da pena a cada três dias trabalhados. Trata-se da remição por trabalho, que é um benefício concedido a condenados presos em regime fechado ou semi-aberto.

EMENTA Recurso ordinário constitucional. Habeas corpus. Execução Penal. Remição. Inexistência de meios, no estabelecimento prisional, para o desempenho de atividades laborais ou pedagógicas. Pretendido cômputo fictício de potenciais dias de trabalho ou estudo. Inadmissibilidade. Necessidade do efetivo exercício dessas atividades. Preso, ademais, sob regime disciplinar diferenciado (RDD). Inexistência de previsão legal para que deixe a cela para executar trabalho interno. Recurso não provido. 1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador, razão por que não existe a denominada remição ficta ou virtual. 2. Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional. 3. O Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao preso tratamento penitenciário peculiar, mais severo e distinto daquele reservado aos demais detentos, estabelecendo que o preso somente poderá sair da cela individual, diariamente, por duas horas, para banho de sol. 4. **Não há previsão, na Lei de Execução Penal, para que o preso, no regime disciplinar diferenciado, deixe a cela para executar trabalho interno, o que também se erige em óbice ao pretendido reconhecimento do direito à remição ficta.** 5. Recurso não provido. ⁴⁶ (grifo nosso).

Como é extremamente difícil vislumbrar a possibilidade de ser oferecida uma atividade de labor dentro da cela ao preso, é muito provável que o preso inserido no regime disciplinar diferenciado não exerça qualquer tipo de trabalho, não sendo beneficiado pelo instituto da remição.

Em um terceiro ponto, nota-se que o recolhimento em cela individual apesar de já ser previsto no artigo 88 da LEP como direito do preso, foi indicado expressamente pelo legislador na norma em análise, haja vista o não cumprimento de tal exigência na prática. Assim, não restam dúvidas quanto à obrigatoriedade de imposição do isolamento celular ao preso inserido no regime disciplinar diferenciado.⁴⁷

No entanto, vale destacar que o isolamento celular do regime disciplinar diferenciado possui contornos diferentes de um isolamento celular em um presídio que não é de segurança máxima. No RDD, impõe-se de fato um isolamento do mundo exterior mais contundente, já que tal medida é aplicada conjuntamente às restrições de saída para banho de sol.

Por fim, quanto ao limite de inserção no regime por 360 dias, sendo a renovação limitada ao prazo máximo de 1/6 da pena, por uma questão organizacional, a fim de tratar do procedimento judicial do RDD separadamente, optou-se por realizar esta análise no próximo tópico.

1.3. Natureza jurídica do “cárcere duro” e as regras de inclusão e permanência dos presos no regime disciplinar diferenciado

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 124.775**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.

⁴⁷ AVENA, op.cit., p. 87.

1.3.1. Natureza jurídica do regime disciplinar diferenciado

Compreendidas as modalidades do regime disciplinar diferenciado, cumpre-nos prosseguir na análise do tema. Para entendermos o regime disciplinar diferenciado em sua teoria e prática, faz-se necessário, portanto, a análise teórica e jurisprudencial do instituto quanto a sua natureza jurídica e procedimento de inclusão dos presos no regime.

De proêmio, importa destacar que o regime disciplinar diferenciado não é um tipo de regime de cumprimento de pena, mas uma forma especial de tratamento ao preso, de duração temporária. Portanto, o referido instituto, no que tange a natureza jurídica, é ora uma sanção disciplinar ora uma medida cautelar.⁴⁸

É importante esclarecer essa classificação, uma vez que o RDD não pode ser confundido com os regimes instituídos no artigo 33 do Código Penal, qual seja os regimes aberto, semi-aberto e fechado, pois não se trata de uma forma de cumprimento de pena.⁴⁹

Em direção oposta ao sistema progressivo de cumprimento de pena, em que a lógica de progressão visa a ressocialização do preso mediante mérito, por critérios como o bom comportamento, por exemplo, no RDD nenhuma ação do preso mudará sua condição de inclusão no regime. O preso é incluído regime por um prazo determinado e o objetivo é exatamente isolá-lo e não reintegrá-lo gradualmente à sociedade.

Dessa forma, o “cárcere duro”, como sanção ou medida cautelar, é um procedimento que recai sobre o preso, tratando-se de um incidente à execução.⁵⁰ Ou seja, durante o processo de execução penal, em qualquer momento, ele pode ser aplicado de forma incidente, desde que preenchidas as condições exigidas pela Lei.

1.3.2. O procedimento administrativo e o procedimento judicial para inclusão do preso no regime.

A inclusão dos presos no regime disciplinar diferenciado perpassa primeiramente por um procedimento administrativo disciplinar e posteriormente segue para a Judiciário, no qual o juiz de execução irá decidir pela aplicação ou não do regime.

No procedimento administrativo que ocorre no âmbito prisional, quem possui legitimidade para elaborar requerimento ao juiz para inclusão do preso neste regime de exceção é a autoridade administrativa diretora do estabelecimento, sendo essa prerrogativa

⁴⁸ AVENA, op. cit., p. 85.

⁴⁹ NUCCI, op. cit., p. 77.

⁵⁰ KUEHNE, Mauricio. **Lei de execução penal anotada**. 11ª Edição. Curitiba: Ed. Juruá, 2013. p. 181.

estendida também ao Secretário de Segurança Pública ou da Administração Penitenciária.⁵¹

Não obstante, outra prerrogativa do diretor, em conformidade ao artigo 56 do Decreto 6.049, é a de recomendar ao diretor do Sistema Penitenciário Federal “que requeira à autoridade judiciária a reconsideração da decisão de incluir o preso no citado regime ou tenha por desnecessário ou inconveniente o prosseguimento da sanção”.⁵²

Sendo assim, nos termos do artigo 55 do Decreto 6.049, neste requerimento administrativo em que se pede a inclusão de um preso no regime diferenciado, o diretor juntará um termo de declarações da pessoa a ser incluída no regime e de sua defesa técnica, se possível. Isso significa que a defesa técnica no procedimento administrativo é prescindível, não sendo nulo o procedimento em que não houve defesa.⁵³

Todavia, com ou sem defesa, o procedimento administrativo disciplinar (PAD) prévio é indispensável, já que deve ocorrer uma apuração do fato a ensejar a aplicação do regime, seguindo o trâmite previsto nos artigos 59 a 75 do Decreto 6.049. Nesse sentido, o STF já se manifestou:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Condenação. Execução. Prisão. Regime disciplinar diferenciado. Sanção disciplinar. Imposição. Repercussão no alcance dos benefícios de execução penal. **Indispensabilidade de procedimento administrativo prévio. Não instauração. Violação ao devido processo legal.** Ordem concedida de ofício para que a sanção já cumprida não produza efeitos na apreciação de benefícios na execução penal. O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e **sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado.**⁵⁴ (grifo nosso).

Por outro lado, diferentemente da faculdade de defesa técnica existente no processo administrativo, no procedimento judicial é obrigatório que haja manifestação da defesa e do Ministério Público, em respeito ao contraditório e à ampla defesa. Afinal, é o juiz que irá proferir decisão autorizadora da inclusão do preso no RDD no prazo de 15 dias.⁵⁵

O não cumprimento desse procedimento incorre em ilegalidade, como já decidiu o STJ:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD). INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. DECISÃO DO JUIZ DAS EXECUÇÕES EM PROCESSO JUDICIAL. NECESSIDADE. 3. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. 4. LIMITE TEMPORAL MÁXIMO DE 1 ANO. IMPOSIÇÃO SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 5. ORDEM CONCEDIDA. 1.

⁵¹ BRITO, Alexis de. Execução Penal. 5ª Edição. Editora Saraiva: 2019. Disponível em: Minha Biblioteca.

⁵² BRASIL. **Decreto 6.049 de 2007**. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6049.htm

⁵³ BRITO, op. cit., p. 255-256.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 96328 / SP**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 02/03/2010, Segunda Turma, j. 2-3-2010, Publicação 09-04-2010.

⁵⁵ BRITO, op.cit., p. 256.

Incabível a inclusão de preso em RDD se inócua no caso qualquer das hipóteses legais, previstas no artigo 52 da Lei de Execuções Penais. 2. O Regime Disciplinar Diferenciado é sanção disciplinar que depende de decisão fundamentada do juiz das execuções criminais e determinada no curso do processo de execução penal. 3. **A decisão judicial sobre a inclusão do preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, o que não foi propiciado no presente caso.** 4. Desproporcional a imposição do regime disciplinar diferenciado no seu prazo máximo de duração, de um ano, sem **uma individualização da sanção adequadamente motivada** (Inteligência do artigo 57 da Lei de Execução Penal). 5. **Ordem concedida** para determinar a transferência do paciente do regime disciplinar diferenciado, retornando para o Conjunto Penal de Feira de Santana, onde se encontrava. Efeitos estendidos aos demais presos na mesma situação⁵⁶ (grifo nosso)

Assim, a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, de acordo com o artigo 54 da LEP, é de competência do juiz, que deve obrigatoriamente proferir uma decisão judicial prévia e fundamentada.⁵⁷

Observa-se, pois, que a inclusão no RDD é a única sanção disciplinar contida no artigo 53 da LEP, em que é necessário despacho judicial. Nas demais hipóteses (incisos I a IV), as sanções são aplicadas de imediato, sendo necessário apenas ato motivado do diretor do estabelecimento.⁵⁸

Todavia, excepcionalmente, pode ocorrer a inclusão do preso de maneira cautelar no regime pelo prazo máximo de 10 dias. Trata-se da inclusão preventiva nos moldes do artigo 60 da LEP, na qual não se exige a prévia oitiva do Ministério Público, tendo em vista o caráter emergencial da medida. Essa inclusão deve, porém, ser justificada com base no interesse da disciplina e da averiguação do fato, não podendo ultrapassar de maneira alguma o prazo de 10 dias.⁵⁹

Após os 10 dias cautelares, o juiz da execução deve ouvir o Ministério Público e a defesa, para enfim proferir uma decisão definitiva pela inclusão ou não do preso no regime diferenciado. Além disso, os dias cumpridos cautelarmente no regime devem ser descontados do tempo final da medida.⁶⁰

Apesar de todo o exposto, mesmo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que é imprescindível a existência de um procedimento administrativo disciplinar, é possível encontrar julgados no Superior Tribunal de Justiça que flexibilizam a norma, permitindo-se o exercício do contraditório diferido, mesmo nos casos em que não há inclusão preventiva do preso por 10 dias.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 89.935 BA** – Min. Maria Thereza de Assis de Moura – 6º T. – j. em 06.05.2008 – DJ 26.05.2008.

⁵⁷ BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

⁵⁸ BRITO, op. cit., p. 256.

⁵⁹ AVENA, op. Cit., p. 101.

⁶⁰ Ibidem, p. 101.

No precedente colacionado abaixo, o preso foi inserido no regime cauterlamente por 180 dias, sem instauração de procedimento administrativo disciplinar e sem prévia oitiva da defesa. Ainda assim, a Corte não vislumbrou ilegalidades na decisão questionada.

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCLUSÃO CAUTELAR. ART. 52, §§ 1º E 2º, DA LEI N.º 7.210/84. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE PAD E DE OITIVA PRÉVIA DA DEFESA. FUNDAMENTO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA PARA GARANTIR A ORDEM E A SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO PENAL. SENTENCIADO QUE DESEMPENHOU PAPEL ATIVO EM REBELIÃO. PERICULOSIDADE CONCRETA. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - O v. acórdão justificou a inclusão do paciente no RDD, com fulcro no art. 52, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 7.210/84, considerando a imprescindibilidade da medida para garantir a ordem e a segurança do estabelecimento penal, com nítido caráter acautelatório. II - Consignou, ademais, que a inclusão do recorrente no referido regime se justificava em razão das evidências de que o paciente, supostamente, teria desempenhado papel ativo em rebelião ocorrida no dia 12/04/2018 no Presídio Ariston Cardoso/BA. Afirmou que o recorrente teria apresentado periculosidade concreta, em razão do "comportamento transgressor com "subversão da ordem, insubordinação, truculência, incitação de violência dentro da comunidade carcerária", ameaças a agentes, queima de colchões e destruição de celas". III - Os fundamentos adotados no v. acórdão, se coadunam com a jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que, **em casos de extrema e comprovada necessidade, é possível a autorização imediata de transferência do preso e sua inclusão cautelar no RDD, pois a ausência de oitiva prévia não é capaz de macular o procedimento, considerando o caráter emergencial da medida que poderá ser posteriormente suprida com o contraditório diferido.** IV - O eg. Tribunal, ao conceder parcialmente a ordem, já determinou ao Magistrado de origem que "adote as providências necessárias à abertura do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), oportunizando o exercício do contraditório diferido, **observando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias**, consignado cautelarmente, para sua conclusão" (fl. 50). Não se vislumbra ilegalidade sanável na presente via, pois a determinação de inclusão cautelar do recorrente no RDD observou os ditames da Lei e foi devidamente justificada como meio eficaz de resguardar a segurança pública. Recurso ordinário desprovido.⁶¹ (grifo nosso).

Ou seja, mesmo havendo irregularidades nos procedimentos a serem seguidos, o que deveria ensejar a nulidade do ato, os ministros entenderam no caso supracitado por não anular a aplicação da medida, já que a gravidade da situação permite que o contraditório seja, excepcionalmente, garantido em momento posterior.

De qualquer forma, em regra, o rito comum é de que seja realizado primeiramente um procedimento administrativo disciplinar na prisão para então, após ouvidos o Ministério Público e a defesa, o juiz proferir decisão que sujeitará, ou não, o preso a tão rigoroso regime.

1.3.3. Os prazos máximos de aplicação do regime de exceção.

Noutro ponto, o entendimento proferido no Habeas Corpus nº 89.935 BA, já

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 103.368/BA**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 12/12/2018.

colacionado, também revela o posicionamento das Cortes Superiores quanto à individualização da pena necessária para aplicação do regime. Desta forma, a decisão que aplica o RDD deve ser devidamente fundamentada para aquele indivíduo e o período estabelecido, justificando-se os motivos pelos quais aquele prazo é necessário.

Da mesma forma, o STJ não permite a aplicação do regime quando já decorreu tempo considerável entre o fato ensejador e a efetiva aplicação do RDD, o que acaba descaracterizando a finalidade sancionatória ou cautelar do instituto. A atenção quanto à extemporaneidade deve ser redobrada diante da aplicação do regime disciplinar diferenciado como medida cautelar, pois pressupõe a constatação de um perigo eminente que tempos depois pode deixar de existir.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. REQUERIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO. **EXTEMPORANEIDADE**. FINALIDADE DO INSTITUTO. DESCARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (2) ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. In casu, vislumbra-se o alegado constrangimento ilegal, **uma vez que a circunstância de a inclusão do paciente no RDD ter sido requerida mais de 11 (onze) meses depois da fuga (3/2/2013), e implementada quase dois anos após, descaracteriza a finalidade do instituto**. 2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o arquivamento do requerimento de inclusão do paciente no regime disciplinar diferenciado.⁶² (grifo nosso).

No tocante à aplicação contínua do instituto a uma mesma pessoa, há de se observar a divergência entre a doutrina e a jurisprudência.

Apesar de autores como Guilherme Nucci justificarem que no caso de prorrogação do prazo a decisão anterior por si só não é suficiente para justificar a nova aplicação, devendo o juiz suscitar novo motivo ensejador para aplicação do regime, ou seja, uma nova falta grave, o STJ tem entendido de maneira diversa, permitindo a a renovação para além do cometimento de uma nova falta grave e sem a necessidade de constatação de existência de fatos novos.⁶³ Aliás, o próprio artigo 57 do Decreto nº 6.049/2007 prevê a necessidade de suscitação de novo motivo, que deve ser invocado para fundamentar pedido de renovação do prazo.⁶⁴

No entanto, o entendimento comum nas Cortes Superiores, apesar do caráter sancionatório e cautelar da medida, é de permitir a prorrogação da aplicação do regime ainda que não tenham ocorridos fatos novos. A persistência dos motivos que ensejaram a aplicação inicial é suficiente, para a Corte Superior, para justificar a nova aplicação. Confira-se, a propósito, alguns exemplos:

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 301707 RJ**, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 17/03/2015, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: Dje 24/03/2015.

⁶³ NUCCI, op. cit., p. 67.

⁶⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal : teoria crítica**. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Disponível em: Minha Biblioteca. P. 262.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXECUÇÃO DA PENA. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PRORROGAÇÃO DA PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO FEDERAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. 1. Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que lhe permita contato com seus familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, podendo o Juízo das Execuções, de maneira fundamentada, indeferir o pleito se constatar ausência de condições para o novo acolhimento. 2. **Na hipótese dos autos, a prorrogação da permanência do condenado em regime disciplinar diferenciado foi justificada por sua alta periculosidade e influência em organizações criminosas, motivos suficientes para justificar a medida excepcional** e descaracterizar o constrangimento ilegal aduzido. 4. Recurso a que se nega provimento.⁶⁵ (grifo nosso).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PROVISÓRIA. INCLUSÃO DO PACIENTE EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PERICULOSIDADE CONCRETA E RISCO À ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...] 5. 1. Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que lhe permita contato com seus familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, podendo o Juízo das Execuções, de maneira fundamentada, indeferir o pleito se constatar ausência de condições para o novo acolhimento. 2. **Na hipótese dos autos, a prorrogação da permanência do condenado em regime disciplinar diferenciado foi justificada por sua alta periculosidade e influência em organizações criminosas, motivos suficientes para justificar a medida excepcional e descaracterizar o constrangimento ilegal aduzido** (RHC 44.417/MS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014). Na mesma linha de entendimento: HC 320.259/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 24/09/2015; HC 92.714/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2007, DJe 10/03/2008. 6. O fato de estar o paciente submetido à prisão provisória não inviabiliza sua inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, conforme estabelece a Lei de Execuções Penais - LEP, em seu art. 52, caput, e parágrafos. Precedente desta Corte. 7. **Consigne-se, ainda, que, persistindo as razões que ensejaram a transferência do preso para presídio federal de segurança máxima, notadamente em razão da periculosidade concreta do denunciado, não é recomendável a remoção do paciente para penitenciária de alta segurança estadual, considerando o risco que tal transferência acarretaria à ordem pública.** 8. Por fim, anote-se que verificar o acerto ou desacerto da valoração fática realizada pela Corte a quo não se mostra viável na estreita via do habeas corpus, ação constitucional de rito célere e cognição sumária. 9. Inexistência, assim, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício. 10. Habeas corpus não conhecido.⁶⁶

Tem-se então que, apesar da Lei indicar ser aplicável a renovação apenas para a hipótese do caput do artigo 52 (falta grave), na prática judicial essa aplicação é estendida às hipóteses cautelares do regime disciplinar diferenciado (quando o preso apresenta risco à segurança do estabelecimento ou envolvimento com o crime organizado).

Apesar disso, é válido destacar o voto vencido da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que adotou uma posição crítica à aplicação desmedida do RDD no Conflito de

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 44.417/MS**, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 332.212/RS**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016.

Competência nº 130808/RJ:

Não é possível a prorrogação da transferência de presos de presídio estadual para o sistema penitenciário federal de segurança máxima na hipótese em que, já tendo havido a prorrogação da permanência por questões de segurança pública, **não**

suscitados fatos novos, bem como não está claro nos autos se o período terminou. Isso porque as recorrentes prorrogações sem novos motivos não se compatibilizam com a Lei 11.671/2008. **Ademais, o regime disciplinar diferenciado, por ser medida drástica,** em que o preso permanece isolado muitas horas por dia, **não pode se eternizar, sob pena de malferir a segurança e a humanidade da pena.**⁶⁷ (grifo nosso).

Outrora, é importante lembrar que caso prorrogado, o prazo máximo para que um preso fique no regime disciplinar diferenciado deve respeitar o limite de 1/6 da pena. Por isso é importante que haja um reexame periódico da necessidade de aplicação do regime, de modo a evitar o excesso de prazo, como indica o próprio STJ:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003. 2. O regime diferenciado, afora a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade". 3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei nº 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, **não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada.** 4. **Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias.** 5. Ordem denegada.⁶⁸ (grifo nosso).

Ainda quanto ao limite de 1/6 da pena, verifica-se que não é esclarecida a situação de renovação de aplicação do RDD ao preso provisório. Se o limite incide sobre a pena definitiva, qual o critério a ser utilizado para o preso que cumpre prisão preventiva?

Percebe-se que, igualmente à questão da progressão de regime para os presos inseridos no cárcere duro, o limite de prazo para a inserção do preso provisório no regime disciplinar diferenciado é mais um ponto em que o legislador foi omissivo no dispositivo normativo.

Enfim, ante o exposto, nota-se que a renovação do prazo de inserção do preso no regime disciplinar diferenciado, apesar de ser tratada como exceção pela norma, é bastante utilizada na prática, principalmente em relação aos presos integrantes de facções ou àqueles

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC nº 130.808/RJ**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 21/05/2014

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 44.049/SP**, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 19/12/2007, p. 1232.

que oferecem risco à segurança prisional.

Feita a análise jurídica dos principais pontos da norma, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, passemos à análise do regime disciplinar diferenciado como uma política criminal que expressa a mentalidade punitivista predominante no país atualmente.

2. ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL POR TRÁS DO RDD

Neste segundo capítulo, será feito primeiramente um percurso histórico entre as principais teorias da pena, que até hoje moldam a maneira de se pensar as políticas criminais. Tal análise é necessária para se entender a dificuldade, existente há tantos séculos, de definir quais devem ser as finalidades da sanção penal aplicada pelo Estado

Em seguida, as teorias mais recentes que moldam o pensamento punitivo atual serão tratadas separadamente, para se entender a raiz do atual discurso punitivista latinoamericano. E por fim, serão expostas, junto à delineação da evolução histórica da legislação penal brasileira, quais as políticas criminais adotadas pelo Brasil no controle ao crime organizado e de que forma isso reflete o modo estatal brasileiro de se pensar o crime.

2.1. Conceito e breve histórico das teorias da pena.

De início, é preciso definir o que são as teorias fundamentadoras da pena. Não se pretende aqui discutir as nuances do direito penal e da teoria política, tampouco adentrar a discussão conceitual sobre delito ou lei penal. Logo, partiremos diretamente para as teorias da pena, tendo em mente, de antemão, a concepção moderna de Estado.

Partindo da conceituação de que o direito penal, com seu poder coercitivo legítimo, impõe uma sanção que priva um direito ou a liberdade daquele que infringiu a lei, temos a pena como o preceito secundário da norma, instituindo especificamente o tipo de coerção a qual o cidadão será submetido por ter cometido uma conduta proibida (preceito primário).⁶⁹

Dessa forma, quais os critérios para a instituição da pena e qual a justificativa racional para legitimar a coerção estatal? Quais os mecanismos de administração da justiça criminal? Sendo o poder punitivo do Estado um meio de controle social, como deve ocorrer essa punição? De que forma as penas devem ser aplicadas, executadas e extintas? Em suma, são estes os principais temas que as teorias de fundamentação da pena pretendem discutir.⁷⁰

As teorias da pena (penalografia) são, portanto, discursos de justificação. Nesse sentido, antes de analisar o regime disciplinar diferenciado como política criminal, faz-se necessário entender brevemente o percurso histórico das teorias que, ao longo dos anos, tentam explicar qual a função da pena e quais os limites desse poder punitivo conferido ao Estado.

Primeiramente, temos as teorias absolutas, as quais, no geral, se caracterizam por

⁶⁹ CARVALHO, de, S. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, 2ª edição. Editora Saraiva: 2015. Disponível em: Minha Biblioteca. P. 44-45.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 45-49.

justificar a aplicação da pena como retribuição pela culpabilidade. Tais teorias se baseiam no idealismo alemão de Immanuel Kant e Georg Hegel. Assim, para reafirmar aquele Direito que fora violado, é preciso retribuir essa violação com uma pena que pretende restaurar a ordem vigente. Há portanto, um único objetivo, que é a recomposição da justiça.⁷¹

É como se o delito fosse uma ruptura de um contrato e o infrator deve reparar o dano causado pelo inadimplemento mediante uma indenização, que no caso é a pena. Logo não há qualquer projeção social ou finalidade preventiva nesta teoria. Enquanto o retributivismo kantiano objetiva exclusivamente impor um mal decorrente da violação de um dever jurídico, o retributivismo hegeliano justifica que o delito deve ser neutralizado por uma força correspondente.⁷²

Nesta senda, as teorias absolutas nada mais são do que um direito penal da culpabilidade, pois sustentam a visão de que a pena é uma retribuição pela reprovabilidade. Parte-se do princípio de que o homem é um ser autônomo, capaz de escolher, e por ser autodeterminado pode ser censurado na medida de sua culpabilidade.⁷³

Dessa forma, apesar da teoria absoluta impedir o excesso punitivo do Estado, um avanço necessário para confrontar o poder monarca do período que passou a ser limitado à medida da culpabilidade do infrator, critica-se o seu caráter vingativo, já que seus defensores impõem um discurso de equivalência entre crime e castigo. Ainda, para Zaffaroni, não há evidências empíricas de que a sanção consegue reafirmar o direito ou neutralizar o delito, como pretendiam Kant e Hegel.⁷⁴

De outro lado, as teorias relativas surgiram para contrapor as teorias absolutas, defendendo que a pena deve ter por finalidade a proteção dos cidadãos e da comunidade, impedindo com que mais delitos sejam cometidos no futuro. Em outras palavras, almeja-se a prevenção.⁷⁵

Assim, as teorias relativas se subdividem em prevenção geral, positivas (reforçadoras) e negativas (dissuasórias) e prevenção especial, positivas (teorias correcionalistas) e negativas (neutralizantes).⁷⁶

Antes de adentrarmos as teorias específicas, vale distinguir a prevenção geral da especial. Enquanto a prevenção geral se destina a todos os integrantes da comunidade

⁷¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2012. Disponível em: Mnha Biblioteca. P. 194-195.

⁷² CARVALHO, op. cit., p. 58-59.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral** – 5. Ed. Rev. E atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 112-113.

⁷⁴ CARVALHO, op.cit., p. 63.

⁷⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al., op. cit., p. 197.

⁷⁶ CARVALHO, op. cit., p. 65.

jurídica, a prevenção especial pretende que a pena aja especificamente sobre o autor, para fins de prevenção.⁷⁷

De início, temos as teorias dissuasórias (prevenção geral negativa), responsáveis por atribuir um sentido utilitarista à pena. O principal expoente Beccaria, defensor da ideologia contratualista de Hobbes, Locke, Rousseau e Voltaire, acreditava que as penas deveriam ser proporcionais ao dano causado. Com base no contrato social, a entrega da liberdade individual do infrator seria como uma garantia da obrigação.⁷⁸

Assim, o sentido utilitário era conferido à pena com uma finalidade intimidatória. O objetivo da pena é exatamente constranger o restante da sociedade a não cometer o mesmo ato infracional, estabelecendo um exemplo do que não deve ser feito. No entanto, para alcançar esse objetivo, a pena deve ser necessária e eficaz.⁷⁹

Por um lado, a defesa à proporcionalidade introduziu uma importante rejeição à crueldade e tortura comuns nas penas da época, mas por outro o discurso dissuasório ignora completamente a prevenção direcionada a quem praticou o delito (prevenção especial).⁸⁰

Cabe mencionar também a obra de Feuerbach, que complementou a teoria dissuasória apontando que a ameaça forneceria os elementos adequados para justificar a pena. Por isso, sua teoria é chamada de teoria da coação psicológica.⁸¹

Uma das principais críticas tecidas às teorias supracitadas é a tendência de expansão do direito penal, caso seja percebida a ausência de temor social na atuação do Estado, legitimando-o a agir com cada vez mais repressão. Além disso, há uma desconsideração pelos impactos diversos que a punição e a criminalização podem exercer sobre as pessoas, apostando-se apenas na intimidação como resposta à criminalidade.⁸²

Noutro giro, a prevenção especial positiva (correcionalista) é direcionada para a correção do criminoso, assim pressupõe que o infrator é um sujeito incapaz, devendo, portanto, ser corrigido. É notável que as teorias correcionalistas se opõem drasticamente às teorias dissuasórias (indeterminista) em que se tenta dissuadir um infrator consciente de seus atos que será usado como exemplo para os demais.⁸³

Das teorias dissuasórias para as teorias de prevenção especial, tanto positivas quanto negativas, há uma substituição da culpabilidade pela periculosidade, objetivando-se a

⁷⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 102.

⁷⁸ CARVALHO, op. cit., P. 66-67.

⁷⁹ CARVALHO, op. cit., p. 67.

⁸⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 259.

⁸¹ CARVALHO, op. cit., p. 67.

⁸² Ibidem, p. 72-73.

⁸³ Ibidem, p. 67.

correção dos déficits individuais do indivíduo inadaptado ou mal socializado.⁸⁴

Dessa forma, os teóricos da prevenção especial seguem o contexto histórico da época. Diferentemente das teorias jusnaturalistas e contratualistas que se opunham ao Estado absolutista, as teorias da prevenção especial surgem em um período que o Estado Liberal já havia se consolidado, a partir da segunda metade do Século XIX e por isso não seguem a mentalidade de proteção do cidadão frente ao Estado.⁸⁵

São diversas as teorias correcionalistas e de neutralização, dentre as quais se destacam a teoria da emenda, da defesa social e da diferenciação da pena. No geral, elas se caracterizam por ter duas finalidades: positiva, quando se objetiva reeducar o réu, e negativa, quando se objetiva eliminar ou neutralizar o infrator. Assim, nestas teorias ambos os objetivos concorrem entre si, dependendo da personalidade do agente. Almeja-se com a pena, portanto, não apenas prevenir a prática de delitos, mas transformar a personalidade dos desviantes ou neutralizar aqueles que não podem ser transformados.⁸⁶

As três teorias supracitadas colocam o autor em primeiro plano, considerando o delito como uma patologia e a pena e medidas de segurança como uma terapia, para obter a reforma moral do criminoso.⁸⁷ Com o enfoque subjetivo em diferenciar tipos de delinquentes, tais teorias justificam a aplicação extensiva do direito penal, com forte tendência à violação de direitos individuais.⁸⁸

Não obstante, cabe destacar o correcionalismo de Franz Von Liszt (“Programa de Marburgo” de 1882), responsável por formar a base teórica sobre a qual emergiu a nova penologia americana, que defendia a fixação de uma pena indeterminada (“*non fixed sentence*”). Em meados de 1870, os Estados Unidos, com base na diferenciação entre tipos de infratores e tratamentos aplicáveis a eles, desenvolveu diversas medidas alternativas ao cárcere, que objetivavam desde a ressocialização até a neutralização e intimidação, a depender da personalidade do apenado.⁸⁹

Além disso, dentre as várias críticas às teorias correcionalistas, aponta-se também a sua ineficiência, haja visto que as insituições punitivas se mostram incapazes de ressocializar as pessoas, já que as prisões não conseguem nem ao menos preservar os direitos dos presos.⁹⁰

⁸⁴ Ibidem. p. 81-82.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. Ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. Ed. Rev. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 246.

⁸⁶ Ibidem. P. 246-247.

⁸⁷ CARVALHO, op. cit., p. 79.

⁸⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 252.

⁸⁹ Ibidem, p. 248.

⁹⁰ CARVALHO, op. cit., p. 84.

Seguindo adiante, temos as teorias funcionalistas (prevenção geral positiva ou de integração), nas quais se busca, através da pena, não apenas intimidar as pessoas, mas reafirmar a moral coletiva para melhor desenvolvimento da sociedade. Então primeiramente a pena deve buscar a proteção dos valores morais da comunidade, para só depois proteger os bens jurídicos.⁹¹

Um dos principais expoentes desta vertente foi Hans Welzen, cujo momento histórico em que viveu, a Segunda Guerra Mundial, revela o porquê do seu apego pelo formalismo e necessidade de proteção aos valores morais. Dessa forma, os defensores da prevenção geral positiva atribuíram diversos efeitos à pena: de ensinar aos indivíduos o que é correto, de restabelecer a confiança do cidadão no ordenamento jurídico, de restabelecer a paz jurídica, de estabelecer uma confiança jurídica coletiva, bem como de satisfazer o desejo coletivo de vingança da sociedade.⁹²

Na mesma direção, Emile Durkheim, responsável pela teoria da deviação, apontava que a pena funciona como um fator de estabilização social. Ou seja, há uma busca pela proteção da estabilidade do ordenamento e o indivíduo é, conseqüentemente, subordinado “às exigências do sistema social geral”.⁹³

Resumidamente são estes os principais pontos acerca das principais teorias da modernidade no que tange à justificação das penas. Diante das inúmeras falhas apontadas nestas teorias, emergiram novos discursos de justificação da pena contemporâneos, que foram responsáveis por revitalizar as teorias clássicas. Nessa renovação emergiram, portanto:

[...] tendências neorretributivas por meio da teoria do merecimento (Tonry, Hirsch, e Asworth), a perspectiva neoutilitária da teoria garantista (Ferrajoli), os modelos preventivos especiais da teoria neocorrecionalista (Garland) e as teses incapacitadoras e dissuasórias da teoria funcionalista-sistêmica (Jakobs) e das teorias atuariais do cálculo racional (Wilson e Keeling).⁹⁴

As teorias do merecimento representam a primeira mudança no pensamento criminológico dos países do *common law* em desconstrução às teorias anteriores. Em oposição às teorias correcionalistas, as teorias do merecimento formam justamente o sistema de penas determinadas, que leva em consideração critérios equitativos e homogêneos para determinar a pena proporcionalmente adequada ao sujeito, que é considerado capaz e responsável por sua conduta.⁹⁵

Assim, elaborou-se uma estrutura punitiva, baseada na previsão legal da sanção, devendo o autor ser punido conforme a reprovabilidade da conduta e na medida de sua

⁹¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al., op. cit., p. 205.

⁹² Ibidem, p. 206.

⁹³ FERRAJOLI, op. cit., p. 256.

⁹⁴ CARVALHO, op. cit., p. 96.

⁹⁵ Ibidem, p. 102.

culpabilidade. Houve, deste modo, uma importante redução da discricionariedade na aplicação da pena.⁹⁶

No entanto, em uma análise mais atenta, apesar de avanços necessários, é notável que as teorias do merecimento inauguram o neorretributivismo, recaindo nas mesmas falhas do retributivismo. Isso porque seus defensores acreditam em uma única finalidade da pena: a reprovação do autor pela lesão causada.⁹⁷

Apesar desta nova tendência de penas determinadas servir de orientação para a aplicação das penas pelos juízes nos países de *common law*, paralelamente, as teorias atuariais e gerencialistas obtiveram maior destaque.

Desde a década de 1980, é notável nos países de *common law* a prevalência do pensamento atuarial nas alterações legislativas, o que potencializou o punitivismo e o aumento no índice de encarceramentos, consolidando o conservadorismo contemporâneo nas teorias da pena.⁹⁸ Contudo, tais teorias merecem maior destaque por exercerem expressiva influência nas políticas criminais do Brasil e do mundo, desta forma, serão exploradas no próximo tópico.

Ato contínuo, nos países de *civil-law*, o pensamento introduzido pela Escola Funcionalista de Hans Welzen foi revitalizado por autores como Luhmann e Gunther Jakobs na teoria funcionalista-sistêmica, na qual se acredita que a pena busca reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões.⁹⁹ Neste modelo teórico, houve a radicalização dos discursos de incapacitação e neutralização.

As teorias funcionalistas-sistêmicas surgiram nos países rômânico-germânicos a partir da década de 1980, introduzindo o conceito de direito penal do inimigo de Gunther Jakobs. Tendo em vista o surgimento de organizações criminosas, surgiu a ideia de legitimação do terrorismo do Estado ao se opor a estes grupos de risco, que devem ser neutralizados para que a fidelidade dos cidadãos às instituições seja renovada.¹⁰⁰

Nesta vertente há dois tipos de direitos: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Assim, o cidadão que comete um crime dentro da normalidade, possui direitos e garantias, devendo ser punido para que a estabilidade do ordenamento seja restabelecida. Por outro lado, há pessoas que, ao extrapolarem as expectativas sociais, merecem ser despersonalizadas, ou seja, destituídas de seus direitos fundamentais.¹⁰¹

⁹⁶ Ibidem, p. 103-104.

⁹⁷ Ibidem, p. 104.

⁹⁸ Ibidem, p. 98.

⁹⁹ FERRAJOLI, op. cit., p. 256.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 113.

¹⁰¹ Ibidem, p. 114.

De início a teoria objetivava justificar a atuação repressiva do Estado frente aos grupos terroristas. Entretanto, uma das principais críticas tecidas à teoria de Jakobs é a utilização do conceito de direito penal do inimigo como discurso legitimador da despersonalização de qualquer grupo ou indivíduos que representem uma ameaça à ordem vigente, variando de acordo com os objetivos do Estado.¹⁰²

Sendo este debate de grande relevância no pensamento crítico-criminológico até os dias de hoje, a conceituação mais detalhada da teoria e a análise da relação entre o direito penal do inimigo e o regime disciplinar diferenciado será feita no terceiro capítulo.

Por fim, cabe ainda mencionar a teoria garantista de Ferrajoli, que surgiu como resposta ao punitivismo exacerbado proporcionado pelas teorias atuariais e gerencialistas, bem como pela teoria funcionalista-sistêmica.

Neste modelo teórico o objetivo central é limitar o poder punitivo. Assim, se caracteriza por ser um utilitarismo reformado e por almejar impor menos sofrimento possível para os apenados, através do controle de qualidade e quantidade das penas. Da mesma forma, segundo Ferrajoli, a pena é capaz de proteger tanto o infrator, quanto à sociedade, já que evita que o infrator seja punido por alguém senão o Estado, que deve respeitar seus direitos fundamentais.¹⁰³

Apesar de ter sido uma importante ferramenta contra o excesso punitivo do Estado, a teoria garantista também apresenta suas falhas, pois ao retomar o sentido intimidatório da pena, a teoria não consegue impedir com que o Estado aumente gradualmente a punição para se impor perante a sociedade.¹⁰⁴

2.2. A nova penologia e o discurso punitivista na América-Latina

Após traçado um panorama acerca das principais teorias da pena, optou-se por analisar separadamente as teorias atuariais e gerencialistas para que seja traçado um paralelo entre elas e o discurso punitivista atual na América Latina.

Como citado anteriormente, a partir da década de 1980 os países anglo-saxões assistiram a emergência de discursos punitivistas. Contudo, nos países latinos a onda conservadora no campo punitivo tomou força apenas na década de 1990, tendo em vista a barreira ao punitivismo criada pelas Constituições que sucederam períodos ditatoriais e

¹⁰² Ibidem, p. 114-115.

¹⁰³ Ibidem, p. 117-120.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 121.

abriram campo para a redemocratização.¹⁰⁵

Essa chamada nova penologia, baseada no populismo punitivo e no incentivo ao encarceramento em massa, emergiu a partir do enfraquecimento das teorias correcionalistas, quando os discursos políticos passaram a legitimar um direito penal criminalizador e seletivo. Enquanto nos ambientes acadêmicos as teorias funcionalistas-sistêmicas também obtiveram destaque, na década de 1990, através de modelos de tolerância zero, os Estados Unidos conseguiu globalizar os discursos gerencialistas.¹⁰⁶

Antes de esse discurso se popularizar no mundo inteiro, foi a partir da década de 1970 que nos Estados Unidos o discurso político de “lei e ordem”¹⁰⁷ passou a dominar como resposta à crescente criminalidade e ao Movimento Pelos Direitos Civis¹⁰⁸. O presidente Richard Nixon, eleito em 1969, enfatizava em seus discursos “a guerra ao crime” e a “guerra às drogas” classificando como prioridade no país a questão da segurança pública. Esse pensamento se perdurou nos governos seguintes, contribuindo para com que a população carcerária americana se tornasse a maior do mundo.¹⁰⁹

Nesse sentido, uma das medidas tomadas pelo estados americanos de maior repercussão e que representam o pensamento criminalizador que posteriormente influenciou diversos países, foram as leis de “*threestrikes out*”, introduzidas no país a partir da década de 1990. Simplificadamente, as referidas leis determinam que ao cometer um terceiro crime grave, o infrator será condenado à prisão perpétua.¹¹⁰

Dessa forma, nota-se um completo abandono das antigas funções da pena como a ressocialização e prevenção, abrindo-se um espaço para a “ideia de controle e de gestão dos riscos gerados por determinadas pessoas ou certos coletivos”.¹¹¹

Com a defesa da instituição de penas mais severas, as teorias atuariais e gerencialistas entendem que o criminoso é um ser capaz de determinar seus atos e que realiza

¹⁰⁵ Ibidem, p. 106.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 106.

¹⁰⁷ Em uma definição crítica, o *law and order* é “um conjunto de políticas públicas e instituições jurídicas caracterizadas pela forma punitiva, racial e socialmente enviesada, de tratar o problema da criminalidade nos Estados Unidos.” (CARVALHO JUNIOR, Orlando Lyra de. **O impacto de Law and Order nas Políticas Criminais do Brasil**. Democracia, Estado De Direito E Cidadania (UFF) Niterói: 2011, Volume: 1.

¹⁰⁸ Como explica o historiador e professor de Harvard, Khalil Gibran Muhammad, o Movimento pelos Direitos Civis dos negros norte-americanos contra as leis de segregação racial que existiam no país, foi um dos motivos para que o Estados Unidos adotasse uma política criminal de guerra às drogas. A criminalização das drogas instituiu regras mais duras para os entorpecentes que dominavam as comunidades negras, evidenciando-se o intuito segregador e seletivo das políticas criminais da época em relação à população negra. (DUVERNAY, Ava. **A 13ª Emenda**. Produção: Howard Barish, Ava DuVernay, Spencer Averick. Roteiro: Ava Duvernay, Spencer Averick. Nova York: Netflix, 2016)

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ CARVALHO, op. cit., p. 108.

um cálculo racional sobre as vantagens e desvantagens de se cometer um crime. Diante desse binômio ônus -bonus, a severidade das penas se justifica, já que a pena deve ser capaz de dissuadir o infrator.¹¹²

Em outros termos, o criminoso vê o crime como uma oportunidade. Por isso, opera-se a lógica de que quanto mais severa a pena, menor a probabilidade de mais pessoas infringirem a lei. Para sustentar essa tese, seus defensores se pautam em dados estatísticos sobre decréscimo de crimes, aumento de prisões e afins, para justificar as penas maiores e as prisões cada vez mais lotadas.¹¹³

Apesar dessa mentalidade dominar o *mainstream* do direito penal, o pensamento crítico criminológico majoritariamente rechaça a tese incomprovada de que necessariamente o aumento de prisões resulta no decréscimo de crimes. Assim, há diversos autores que contestam fundamentadamente a pretensão de punição crescente em razão do aumento da criminalidade.¹¹⁴

De qualquer forma, esse pensamento é extremamente presente nos discursos punitivos populistas no Brasil e na América Latina, que partem do senso comum de que a impunidade impera no país e cometer crimes parece ser vantajoso para o infrator. Nesse sentido, a população, em grande parte, clama por penas mais severas para que o infrator de fato repense antes de cometer um crime.¹¹⁵

Em seguida, as teorias gerencialistas se desenvolveram, então, para além da fórmula custo e benefício e, em uma nova retomada, passaram a justificar o controle social sobre grupos específicos. Assim, há uma busca pela neutralização de grupos mais prováveis de se tornarem criminosos, em uma redefinição da “periculosidade individual para a periculosidade coletiva”.¹¹⁶

Tendo em mente grupos de risco a serem vigiados e controlados, a lógica gerencialista faz com que a administração carcerária e as medidas de segurança pública nos espaços públicos sejam tomadas por projetos tecnológicos, desde a monitoração eletrônica, câmeras de vigilância, até exames toxicológicos.¹¹⁷

¹¹² Ibidem, p. 108.

¹¹³ Ibidem, p. 109-110.

¹¹⁴ Salo de Carvalho destaca as obras: “The New Penology in a Critical Context”, de Michelle Brown e “La economía Política del Castigo”, de Larrauri. (Ibidem, p. 110).

¹¹⁵ É fácil de encontrar discursos nesse sentido em programas televisivos sensacionalistas que se destinam a noticiar crimes bárbaros, como o “Brasil Urgente”. Ao pesquisar pelo tema “impunidade”, é possível encontrar também diversos textos que propagam a ideia do crime como vantagem, como em “A impunidade no Brasil é um convite ao crime”, disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/>

¹¹⁶ CARVALHO, op. cit., p. 111.

¹¹⁷ Ibidem, p. 112.

Aponta-se, desta forma, que diante das dificuldades probatórias de se investigar complexas organizações criminosas, o Direito Penal de emergência tomou espaço na sociedade contemporânea, com um discurso que despreza os princípios dogmáticos e tenta simplificar o problema mediante a reação rápida e violenta do Estado. Todo esse panorama aponta para uma clara tendência: a flexibilização dos direitos do acusado.¹¹⁸

Sendo assim, os países latino-americanos, ao se depararem com o crime organizado e sua ascensão, se espelharam nas políticas gerencialistas que haviam se globalizado, principalmente por influência norte-americana. Com a ajuda dos meios de comunicação, a América Latina aderiu ao discurso simplista e autoritário norte-americano, impondo o que Zaffaroni chama de “autoritarismo *cool* na América Latina”.¹¹⁹

Esse denominado poder punitivo autoritário é exercido sob a forma de medidas de contenção com base na suspeita ou presunção de periculosidade. Não por acaso, os países latinos se caracterizam por exibirem índices alarmantes de presos preventivos.¹²⁰

No entanto, há de se destacar algumas diferenças pontuais entre o autoritarismo penal norte-americano e o latino, que se deram em razão da desigualdade social muito mais severa existente na América Latina.

Em um primeiro ponto, a exclusão social presente nas comunidades latinas, bem como a profunda polarização econômica e sensação de insegurança advinda da globalização, tornou ainda mais aceitável o discurso popular e primitivo de vingança através das penas nesta parte do continente americano.¹²¹ Isso fez com que a classe média se tornasse anômica. Como explica Zaffaroni:

Nestas sociedades, a polarização de riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas. Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais. **São anômicos patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam estrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-ameicano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada.** Esse discurso permitirá um maior controle sobre estas mesmas classes médias, especialmente porque são naturais provedoras de futuros dissidentes.¹²² (grifo nosso).

Em um segundo ponto, enquanto os Estados Unidos utiliza as prisões como uma empresa que ocupa milhões de pessoas e soluciona, em parte, a questão do desemprego, na

¹¹⁸ BECK, Rafael Francis. **Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea: Da Crise do Modelo Liberal às Tendências de Antecipação da Punibilidade e Flexibilização das Garantias do Acusado.** In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo (org. Salo de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P. 270.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão setembro de 2014. – (Pensamento criminológico;14). P. 70-72.

¹²⁰ Ibidem, p. 70-71.

¹²¹ Ibidem, p. 72-73.

¹²² Ibidem, p. 72.

América Latina, as prisões, além de serem violentas, apenas controlam os excluídos da sociedade, longe de proporcionarem qualquer perspectiva de emprego.¹²³

Além disso, a dificuldade dos países latino-americanos em lidarem com o sistema penitenciário é acentuada com a precária estrutura das polícias que, em sua maioria, são tomadas pela corrupção e pela falta de dinamicidade ocasionada pela militarização de suas corporações.¹²⁴

Toda essa mentalidade baseia-se, portanto, em propagandas que vendem o poder punitivo como se fosse uma mercadoria, sem qualquer base teórica. A população é manipulada para sentir medo e para apoiar a espetacularização do controle ao crime por meio de uma repressão indiscriminada, que constantemente viola direitos individuais.¹²⁵

Em suma, os discursos punitivos se reduzem a “mera publicidade” e, na América Latina, atingem principalmente as classes marginalizadas, de onde se extrai os criminosos. Aos declarados inimigos a serem combatidos, é conferido um tratamento diferenciado, potencializado pelos discursos de vingança proliferados nos meios de comunicação de massa.¹²⁶

Logicamente, o Brasil segue essa estratégia de segregação punitiva, perpetuando o que Garland chama de “cultura do controle”. No entanto, Gaio defende que as instituições estatais brasileiras, diferentemente do constatado por Garland acerca da Inglaterra e dos Estados Unidos, jamais desenvolveram uma discussão coerente sobre o fenômeno do crime.¹²⁷

Não estamos afirmando que o Estado está ausente no controle ao crime. O Estado pune, porém **pune seletivamente, penalizando negros, pobres, drogadiços, enfim, a ralé** (Souza, 2001). O crescimento expressivo da população carcerária (a 4ª maior do mundo), a existência de uma das mais abrangentes legislações penais do mundo, criminalizando tudo e todos, a produção legislativa vertiginosa, especialmente na área penal, por exemplo, **demonstram que o Estado está presente, mas sua atuação carece de qualquer princípio de coerência, planejamento, integração e sofisticação.** (grifo nosso).¹²⁸

Diante da pluralidade de culturas e das diversas estratégias incoerentes sendo adotadas pelo Estado quanto à criminalidade, a sociedade parece não entender a raiz dos problemas que as aflingem. Sendo o crime a face mais explícita da desigualdade social, é nele que a sociedade deposita todos os seus medos e receios.¹²⁹

Nesse ponto, há de se destacar a ausência de uma ideologia única na lógica penal

¹²³ Ibidem, p. 73.

¹²⁴ ZAFFARONI, op. cit., p. 74.

¹²⁵ Ibidem, p. 74-76.

¹²⁶ Ibidem, p. 76-82.

¹²⁷ GAIO, André Moysés. **Crime e controle social no Brasil Contemporâneo**. Teoria e Cultura, v. 1, n. 2, 2006. P. 18.

¹²⁸ Ibidem, p. 18

¹²⁹ Ibidem, p. 18.

brasileira, o que certamente contribuiu também para a falência do sistema prisional, ante a dificuldade de se traçar um planejamento que integre todos os órgãos da persecução penal.¹³⁰

É cediço que as normas penais brasileiras caracterizam-se por seguirem as tendências mundiais do momento e, nesse caminho, temos hoje leis penais que tentam reprovar, prevenir, intimidar, castigar e também ressocializar, tudo ao mesmo tempo, ocorrendo uma mistura das diversas teorias de justificação da pena. Enquanto, por exemplo, o artigo 59 do Código Penal com seus critérios de fixação da pena-base remete à teoria neorretributivista do merecimento, o artigo 1º da LEP, por sua vez, remete às teorias correcionalistas ao visar a reintegração social do condenado.

Como ressaltam Zaffaroni e Pierangeli, na Argentina e no Brasil, os discursos são ecléticos: de um lado a polícia adota um discurso moralizante; de outro, o discurso jurídico é pautado na ressocialização ou retribuição; e, por fim, o discurso penitenciário baseia-se no tratamento.¹³¹

Desta forma, em análise genérica à legislação brasileira nas últimas décadas, Adorno aponta que até a década de 1980 as alterações legislativas no campo do direito penal demonstravam que o Brasil seguia a tendência mundial de tentar amenizar as consequências do uso das penas privativas de liberdades.¹³²

Porém, na década de 1990, essa perspectiva começou a mudar e as novas alterações legislativas, como a Lei dos Crimes Hediondos, representaram efetivas reformas penais, que intervíram na filosofia das penas, no regime de cumprimento de pena, dentre outras alterações, não mais visando atenuar o impacto das prisões.¹³³

Desse modo, diante da falha e declínio dessas teorias é que se abriu espaço para o uso da pena como inabilitação e neutralização do preso, em um momento em que já se admite a ineficiência das prisões.

[...] o recrudescimento do controle disciplinar no interior do cárcere surge como iniciativa penal de dimensões complexas que, **além de concentrar objetivos de neutralização e incapacitação, responde também aos desejos imanentes de segurança e proteção decorrentes dos medos ambientes.** Atualizados os propósitos penais, hoje o que está colocado é a necessária combinação entre a certeza de uma **punição severa e eficaz** complementada pelo propósito de proporcionar algum tipo de confiança **capaz de reduzir, mesmo que parcialmente, as angústias coletivas.**¹³⁴(grifo nosso).

¹³⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 71.

¹³¹ Ibidem, p. 71-72.

¹³² ADORNO, Sérgio(1996). **A gestão urbana do medo e da segurança. Violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea.** Tese de livre-docência. São Paulo, FFCH/USP. P. 183-191.

¹³³ Ibidem, p. 183-191.

¹³⁴ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro.** In: Crítica à Execução Penal - 2º Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.p. 277.

O que se observa, portanto, nessa nova perspectiva das leis penais brasileiras, é a prevalência da suposição de periculosidade. Já no âmbito da execução penal, embora seja previsto o caráter remissivo das penas na legislação, na prática não há qualquer esforço para que o sistema penitenciário disponha de condições adequadas para cumprir a função a qual lhe foi determinada.¹³⁵

Diante disso, a ausência de um pensamento racional na aplicação de políticas criminais resulta em um total descompasso entre os objetivos utópicos traçados por essas alterações legislativas e seu impacto na justiça criminal. Nesse sentido, Adorno critica a simplicidade com que o fenômeno criminológico é tratado no Brasil.¹³⁶

Quase sempre impulsionadas por pressões de "última hora", conquanto os problemas venham se arrastando por décadas, tendem a solucioná-los a partir de uma perspectiva administrativa que reduz suas raízes a um fundamento técnico-racional. Tudo se passa como se bastassem leis justas e perfeitas para que o sistema de justiça criminal pudesse funcionar de modo a atender suas demandas, as demandas da "opinião pública" e os requisitos de controle social eficaz. **O resultado é, quase sempre, frustrante porque parece não atacar o mal pela raiz. Permanecem intocáveis os pontos de estrangulamento e as zonas de tensão que fragmentam o sistema de justiça criminal em áreas descontínuas de competência,** fragilmente integradas entre si, somente capazes de ofertar insegurança à população, em lugar de proteção.¹³⁷ (grifo nosso).

Com isso, é notável que o Brasil, mesmo dotado de algumas particularidades, ainda segue em compasso com o discurso punitivista perpetrado pelas teorias da pena contemporâneas. O autoritarismo gerencialista praticado no país é ainda mais grave do que em países como o Estados Unidos, por carecer de qualquer fundamentação teórica e de estratégias coerentes, e ainda, por acentuar a desigualdade social que já era latente.

2.3. A política penitenciária adotada no controle ao crime organizado

2.3.1 Análise do discurso punitivista contemporâneo na implementação do regime disciplinar diferenciado e do sistema penitenciário federal.

Com a lógica punitivista enraizada no campo criminal brasileiro, conseqüentemente as políticas criminais adotadas no país quanto ao crime organizado são denotadas do mesmo teor punitivo, como veremos.

Antes disso, cabe esclarecer que denomina-se política criminal o conjunto de “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação”.¹³⁸

¹³⁵ ADORNO, op. cit., p. 189-190.

¹³⁶ Ibidem, p. 190-191.

¹³⁷ Ibidem, p. 190-191.

¹³⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** – 12º ed. Revista e atualizada – Rio de

Assim, a política criminal abrange a política de segurança pública, a política judiciária e a política penitenciária.¹³⁹ Nesse sentido, por vezes, será utilizada a expressão “política criminal”, levando em conta que a política penitenciária, na qual o regime disciplinar diferenciado se insere, é abrangida por ela.

Ato contínuo, cabe inicialmente destacar que a criação do regime disciplinar diferenciado não foi de toda uma inovação. Na verdade, o RDD representa uma escalada em políticas criminais que já apresentavam a tendência de maximização do poder punitivo em nome do controle da criminalidade.

Como já mencionado anteriormente, a partir da década de 1990, o Brasil, assim como o restante da América Latina, assistiu o expressivo aumento de sua população carcerária, sobretudo de presos preventivos.

Com a preocupação pública voltada para o crime, houve o endurecimento de diversas penas e regras, inclusive àquelas destinadas ao crime organizado.¹⁴⁰ Ainda, uma das principais causas atribuídas à superlotação das prisões é o endurecimento da legislação antidrogas, que tornou as prisões um ambiente propício para a criminalidade organizada.¹⁴¹

Além da introdução de novos tipos penais e o endurecimento do modo de execução de pena, com destaque à Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072 de 1990), houve significativas alterações também nas regras de processo penal, em perpetuação ao discurso punitivista.¹⁴²

Não obstante, em matéria processual penal, **a consolidação da inquisitorialidade do Código de Processo Penal (CPP) fomentou um alargamento da criminalização secundária.** Desta forma, não apenas as possibilidades de prisão cautelar foram (re)estruturadas - v.g. prisão temporária (Lei 7.960/89) e novas espécies de inafiançabilidade e vedação de liberdade provisória (Leis 7.716/89, 8.072/90, 9.034/95 e Lei 9.455/97) -, como foi criada, em absoluta ofensa ao princípio constitucional de presunção de inocência, modalidade de execução de pena sem o trânsito em julgado de sentença condenatória (Lei 8.038/90).¹⁴³ (grifo nosso).

Por óbvio, as políticas criminais brasileiras seguem nessa mesma direção no

Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

¹³⁹ Ibidem, p. 33.

¹⁴⁰ Um exemplo de norma que endureceu a repressão ao crime organizado é a Lei 9.034 de 1995, que posteriormente foi alterada pela Lei 10.217 de 2001. Ambas dispõem sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. (SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes; SILVESTRE, Giane. **Políticas Penitenciárias e as facções criminosas: uma análise do regime disciplinar diferenciado (RDD) e outras medidas administrativas de controle da População carcerária.** Estudos de Sociologia, v. 17, n. 33, 2012. P. 337.)

¹⁴¹ DA CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves; DE SOUZA, Letícia Godinho; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. **Percorso recente da política penitenciária no Brasil: o caso de São Paulo.** Revista de Administração Pública, v. 47, n. 5, p. 1307-1325, 2013. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122013000500011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122013000500011&lng=en&nrm=iso)&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122013000500011>.

¹⁴² CARVALHO, FREIRE, op. cit., p. 271.

¹⁴³ Ibidem, p. 271.

momento em que o Estado se depara com o momento crítico de domínio total do crime organizado sobre as prisões. Em outras palavras, as características destacadas sobre a nova penologia contemporânea são facilmente identificadas nas políticas penitenciárias brasileiras adotadas no contexto do crime organizado.

Em uma rápida análise, em conformidade ao discurso punitivista latinoamericano influenciado pela política criminal norte-americana, é possível aferir que a cidade de São Paulo, assim como a de Nova York, comumente utiliza dados estatísticos como sua principal justificativa para implementação de medidas mais rigorosas.¹⁴⁴

Da mesma forma que a cidade americana utilizou dados de decréscimo da criminalidade para justificar e importar as políticas de “*law and order*”, mascarando outros fatores determinantes para que a queda de crimes tenha acontecido¹⁴⁵, a cidade brasileira também utiliza do mesmo artifício para defender sua política criminal gerencialista: como exemplo, temos a melhora dos índices de criminalidade na cidade nos anos 2000.

De fato, desde a virada do século, em comparação à década de 1990, a cidade de São Paulo deparou-se com a queda na taxa de criminalidade e violência. No entanto, as razões a que se atribuem essa mudança são diversas. Karina Biondi defende, por exemplo, que o surgimento do Primeiro Comando Capital (PCC) foi determinante para a queda acentuada de homicídios na cidade paulista, graças às regras de controle que eles impuseram sobre seus filiados e às comunidades paulistas.¹⁴⁶

Essa manipulação de dados a favor do Estado torna ainda mais favorável a aprovação de políticas gerencialistas pela população.¹⁴⁷ Sendo assim, não é de se estranhar que medidas de exarcebado caráter punitivo tenham chegado até a execução penal, campo em que o controle sobre os corpos aprisionados é ainda maior.

Assim, o governo lançou mão de dois projetos centrais para atacar a criminalidade organizada: o sistema penitenciário federal e o regime disciplinar diferenciado. Destaca-se que o regime disciplinar diferenciado foi a primeira nomartização específica voltada a controlar a atuação do crime organizado dentro do sistema prisional.¹⁴⁸

Como se sabe, ambas as medidas apostam no confinamento máximo e na supressão

¹⁴⁴ CRUZ; SOUZA; BATITUCCI, op. cit.

¹⁴⁵ Como explica Orlando, a queda de criminalidade na cidade de Nova York em 1995 é também atribuída a fatores econômicos, como o boom econômico da era Clinton e o declínio nas taxas de desemprego. O autor chama de “a importação de uma falácia” essa tentativa das cidades americanas em atribuir o declínio das taxas de criminalidade ao sucesso das políticas punitivas implantadas. (CARVALHO JUNIOR, op. cit., p. 12-13)

¹⁴⁶ BIONDI, Karina. **Etnografia no movimento: território, hierarquia e lei no PCC**. 2014. 336 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014. P. 13.

¹⁴⁷ CARVALHO JUNIOR, op. cit., p. 13.

¹⁴⁸ SALLA; DIAS; SILVESTRE, op. cit., p. 338.

de direitos individuais para solucionar os problemas que giram em torno da segurança dos presídios. E a maneira pela qual tais medidas foram anunciadas ou implementadas na legislação denotam a necessidade do poder público de oferecer respostas rápidas à população.¹⁴⁹

Em nome da “defesa social” e da “disciplina carcerária”, o confinamento máximo do preso considerado de alta periculosidade instrumentaliza **práticas de pura segregação e punição** que, oficializadas por **legislações do pânico**, buscam justificação em princípios da criminologia positivista e se afirmam sobre o declínio do ideal ressocializador, espalhando, assim, **uma ilusória sensação de que “a grande criminalidade” está sendo enfrentada forma rígida e efetiva.**¹⁵⁰ (grifo nosso).

Não por acaso vários autores identificam como características descritivas do direito penal atual as palavras imediatismo, emergencialismo e pânico. É prática comum dos nossos legisladores se apressarem para aprovar projetos de lei criminalizadores logo após o momento em que a sociedade se depara com crimes que viralizaram nos meios midiáticos.

A implementação do regime disciplinar diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro seguiu essa mesma lógica. Como explica no primeiro capítulo, houve uma tentativa de instituição do RDD via medida provisória e posteriormente a Lei 10.792 teve seu processo de aprovação acelerado em ocasião da morte de dois juízes de Varas de Execução Penal.

Outrossim, em clara tentativa de demonstrar um enfrentamento rígido e efetivo à criminalidade, a construção das penitenciárias federais foram rapidamente anunciadas também no ano de 2003 no Governo Lula, como promessa de sucesso por tomarem como base a estrutura das prisões “*supermax*” americanas, almejando-se igualmente o controle do crime organizado.¹⁵¹

Apesar das referidas instituições federais, conhecidas por conterem um rígido sistema de vigilância e monitoração que funciona 24 (vinte e quatro) horas por dia¹⁵², só terem sido inauguradas a partir de 2006, já existia o cargo de Agente Penitenciário Federal, criado pela Medida Provisória nº 110 de 2003 no mesmo ano em que o regime disciplinar diferenciado foi instituído nacionalmente.¹⁵³

Isso demonstra que a intenção estatal de retomada do controle das prisões e de

¹⁴⁹ BICALHO, Pedro Paulo Gastalho; REISHOFFER, Jefferson Cruz. **O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção.** Rev. Polis e Psique, 2013; 3(2). P. 166-167.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 166-167.

¹⁵¹ BICALHO; REISHOFFER, op. cit., p. 168.

¹⁵² **Penitenciária Federal é instrumento para desarticular o crime organizado.** Ministério da Justiça e Segurança Pública: Governo Federal. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1553543577.54>

¹⁵³ BICALHO; REISHOFFER, op. cit., p. 168.

neutralização dos presos através das penitenciárias federais e do regime disciplinar diferenciado foram pensadas conjuntamente, sob o mesmo viés político-criminal.¹⁵⁴

Em observância ao exposto, importa destacar, portanto, em que pese o governo do Partido dos Trabalhadores (PT) ser considerado ideologicamente de esquerda, as políticas criminais adotadas durante o mandato do Presidente Luis Inácio Lula da Silva revelam clara inclinação à adoção de medidas neoliberais no campo punitivo, o que é evidenciado com a perpetuação de projetos políticos como a “guerra às drogas” e as políticas criminais supracitadas.¹⁵⁵

O Governo Lula seguiu a tendência mundial de controle social e encarceramento em massa, o que é possível de se verificar em análise aos dados sobre encarceramento¹⁵⁶: de 2003 até 2012, a população prisional no Brasil saltou de 308.300 pessoas para 581.500 aprisionados, quase dobrando em menos de 10 anos.¹⁵⁷

Enfim, não há dúvidas de que o punitivismo contemporâneo é evidente na adoção das medidas supramencionadas. Nesse sentido, podemos dizer que, desde o início deste século, há uma tendência de substituição de políticas sociais por políticas de segurança pública, sob o pretexto de se garantir a “lei e ordem”. E com a difusão da insegurança nos meios de comunicação, as políticas criminais tendem a se tornar cada vez mais excludentes e punitivas.¹⁵⁸

2.3.2. As estratégias utilizadas na política penitenciária brasileira para controlar o crime organizado.

Noutro ponto, não podemos deixar de mencionar duas estratégias que, em conjunto ao regime disciplinar diferenciado, são exaustivamente utilizadas para conter a atuação do crime organizado dentro do sistema prisional: a criação de novos presídios e as transferências dos presos pelo sistema.

Sendo assim, a primeira estratégia a ser mencionada para controlar o crime organizado, de utilização primordial pelo governo brasileiro nos últimos anos, é o investimento expressivo na construção de novos presídios. Nesse ponto, importa explicar que

¹⁵⁴ Ibidem, p. 166-167.

¹⁵⁵ LEAL, Jackson da Silva. **A Política Social e a Política Criminal na Governabilidade Moderna – 10 anos de governo do PT**. R. Praia Vermelha, Rio de Janeiro, v.23, n.1, p. 197-227, Jan./Jun. 2013. P. 217.

¹⁵⁶ **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016 – organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa [et. Al]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. P. 9. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf.

¹⁵⁷ LEAL, op. cit., p. 218.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 218.

o regime disciplinar diferenciado foi demandado também em razão da falta de vagas no sistema penitenciário.

Com o advento da Lei de Crimes Hediondos, a qual impunha em seus primórdios a impossibilidade de progressão de regime e liberdade condicional, o Estado passou a investir na construção de presídios para presos de regime fechado, para atender a nova demanda trazida pela Lei.¹⁵⁹

Todavia, a construção de novos presídios de regime fechado não atendeu a lógica prevista no Código Penal, no qual a maioria dos crimes na verdade prevê penas a serem cumpridas em regime aberto ou semi-aberto. Assim, muitos presos de regimes menos gravosos foram transferidos para estabelecimentos que deveriam abrigar apenas presos de regime fechado, por falta de vagas nas instituições adequadas a eles.¹⁶⁰

Diante disso, o Estado não conseguiu dar a atenção devida aos presos de regime fechado, criando-se uma demanda para a instituição de um “regime superfechado”, para o poder estatal de fato exercer um controle mais efetivo sobre os presos, o qual deveria ter sido feito desde a criação das penitenciárias exclusivas para os apenados do regime fechado.¹⁶¹

Em outros termos, a adoção do RDD tornou-se necessária também, na visão estatal, devido à falência do próprio sistema penitenciário que, por conta de um planejamento equivocado, não soube comportar os presos na medida de suas necessidades. E essa conjuntura impulsionou ainda mais a visão estatal de que o sistema penitenciário precisava ser amplificado.

A problemática da falta de vagas juntou-se ao caos instaurado nas prisões com as rebeliões e motins realizados pelas facções, dando ensejo à justificação da adoção por medidas de contenção e isolamento de presos.

Junto à construção de novos presídios, seguindo a lógica da necessidade de contenção de crises, outra estratégia que vêm sendo utilizada pela administração penitenciária brasileira desde o surgimento das facções é a transferência de presos¹⁶², podendo essa transfêrencia ter por destino o regime disciplinar diferenciado ou significar simplesmente a remoção de um preso para outro presídio comum por questões de logística

¹⁵⁹ BRITO, op. cit., p. 263-264.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 263-264

¹⁶¹ Ibidem, p. 263-264.

¹⁶² Atualmente, a transferência de presos é prevista no Art. 1º da Lei 11.671 de 2008: “Art. 1º. A inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e a transferência de presos de outros estabelecimentos para aqueles obedecerão ao disposto nesta Lei”. (BRASIL. **Lei 11.671 de 8 de maio de 2008**. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. Brasília, 8 de maio de 2008. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm)

organizacional.

Como vimos, desde o Massacre do Carandiru, a política penitenciária brasileira utiliza as transferências como uma resposta rápida na tentativa de retomada do controle das prisões. No entanto, a adoção dessa estratégia já se mostrou questionável por diversas vezes.

A possível ineficiência das transferências tornou-se ainda mais evidente quando aconteceram as novas ondas de ataque¹⁶³ arquitetadas pelo PCC no ano de 2006, como uma reação às transferências de membros da facção realizadas pelo governo paulista, da mesma forma que aconteceu na megarrebelião de 2001, o que foi inclusive admitido pelo ex-administrador da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP) Nagashi Furukawa.¹⁶⁴

Não obstante, o próprio secretário deu indícios de que a reação organizada da facção já era esperada pela administração após as transferências de 2006. Esse cenário evidencia a insuficiência do investimento massivo do governo na construção de novos presídios e na dispersão desses presos pelo sistema penitenciário para desarticular as facções, já que, em um mesmo padrão, os acontecimentos de 2001 se repetiram em 2006.¹⁶⁵

Além disso, o próprio uso do regime disciplinar diferenciado também passou a ser questionado, já que nesse período o instituto já era implantado e, ainda assim, a facção paulista conseguiu se organizar e mostrar sua força, alcançando resultados ainda mais surpreendentes do que aqueles obtidos na rebelião de 2001.

É oportuno esclarecer, entretanto, que não objetiva-se concluir pela eficiência ou ineficiência completa da utilização de transferências de presos como forma de desarticular a atuação do crime organizado dentro das prisões. Contudo, há de ser mencionada a opinião de especialistas no assunto, como Fernando Salla e Camila Nunes Dias, referenciados acima, quanto à insuficiência da utilização desta medida como única solução para a retomada de controle das prisões.

De qualquer forma, apesar dos constantes questionamentos, a transferência de presos e a construção de novos presídios são medidas incansavelmente utilizadas até hoje.

Neste ano, por exemplo, a transferência de Marcola, visto como o principal líder do PCC, e de mais 21 membros do Comando para presídios federais ganhou destaque na mídia,

¹⁶³ Sobre as ondas de ataque de 2006, Camila Nunes Dias explica que este rebelião superou significativamente a megarrebelião de 2001. Desta vez, ocorreram rebeliões simultâneas em 74 unidades prisionais, centenas de ataques às forças de segurança do estado e às civis, tendo por resultado centenas de mortes. A autora pontua que esses ataques promoveram uma desmoralização do governo paulista, bem como expuseram a limitação do uso do RDD como ação política de controle à facção. (DIAS, op.cit., p. 146).

¹⁶⁴ SALLA;DIAS; SILVESTRE, op. cit., P. 338.

¹⁶⁵ SALLA; DIAS; SILVESTRE. p. 338.

ocasião na qual novamente alguns agentes estatais admitiram à imprensa o temor por novos ataques, semelhantes aos que ocorreram em 2006.¹⁶⁶ Da mesma forma, em 2018, a inauguração da Penitenciária Federal de Brasília foi comemorada, dispondo de 208 vagas para abrigar presos como o Marcola.¹⁶⁷

E apesar das constantes declarações de guerra ao crime organizado e da priorização que se tem direcionado ao tema, um estudo de 2018 divulgado pelo NEV/SP (Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo) aponta que o PCC encontra-se em expansão, tendo inclusive conseguido batizar 18 mil novos membros para a facção nos últimos quatro anos.¹⁶⁸

Ainda, o estudo indica que, junto ao PCC e ao Comando Vermelho, há mais de 20 facções espalhadas pelo país, desde 2016, disputando o controle dos presídios e o domínio do mercado do tráfico de drogas.¹⁶⁹

Por fim, vale mencionar que o Brasil vive atualmente em um momento de apíce da vangloriação aos discursos contrários aos direitos humanos, com a recente eleição do Presidente Jair Messias Bolsonaro, defensor ferrenho da ditadura militar e conhecido por declarações polêmicas como "Policial que não mata não é policial".¹⁷⁰

Apenas um mês após tomar posse na presidência, o político do PSL declarou guerra ao crime organizado no Congresso Nacional e defendeu que nos últimos anos o poder público foi “efusivo na vitimização social” de criminosos e as leis foram “demasiadamente permissivas”.¹⁷¹

Seguindo essa linha, dentre as várias alterações legislativas sugeridas, uma das propostas contidas no Projeto de Lei 1.864/2019, popularmente conhecido como “Pacote Anticrime”, apresentado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, é justamente a ampliação do

¹⁶⁶ SOUZA, Felipe (BBC News Brasil). **Transferência de Marcola e 21 membros do PCC gera tensão em SP**. BBC News Brasil, São Paulo: fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47202312>.

¹⁶⁷ ANDREOLLA, Ana Paula; MAZUI, Guilherme. **Penitenciária federal de Brasília é inaugurada com um dos quatro blocos em funcionamento**. G1 e TV Globo. Brasília: out.2018. Disponível: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/10/16/penitenciaria-federal-de-brasilia-e-inaugurada-um-dos-quatro-blocos-esta-apto-a-receber-presos.ghtml>

¹⁶⁸ COSTA, Flávio; ADORNO, Luis. **Mapa das facções no Brasil: PCC e Comando Vermelho disputam hegemonia do crime em 9 estados**. UOL Notícias. Brasília: ago.2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/22/mapa-das-faccoes-no-brasil-pcc-e-comando-vermelho-disputam-hegemonia-do-crime-em-9-estados.htm?cmpid=copiaecola>

¹⁶⁹ Ibidem

¹⁷⁰ CASTRO, Grasielle. **A estratégia de Bolsonaro para diminuir a violência é dobrar o número de mortes por policiais**. Huffpost Brasil. Nov. 2017. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2017/11/27/a-estrategia-de-bolsonaro-para-diminuir-a-violencia-e-dobrar-o-numero-de-mortes-pela-policia_a_23289405/.

¹⁷¹ CALGARO, Fernanda; GARCIA, Gustavo. **Governo declara “guerra” ao crime organizado, diz Bolsonaro em mensagem ao Congresso**. G1 Globo. Brasília: fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/governo-declara-guerra-ao-crime-organizado-diz-bolsonaro-em-mensagem-ao-congresso.ghtml>.

prazo máximo de 1 (um) ano para 3 (três) anos de permanência dos presos no regime disciplinar diferenciado.¹⁷²

Ao que tudo indica, seguramente estaremos diante de diversas políticas criminais de repressão e controle social máximo nos próximos anos, não havendo qualquer perspectiva de mudança do paradigma atual.

Compreendida a mentalidade que está por trás da política criminal de controle ao crime organizado, importa delinear os diversos posicionamentos no mundo jurídico referentes ao regime disciplinar diferenciado.

¹⁷² **Projeto do pacote anticrime altera 13 leis da área penal e criminal.** Agência Senado. Abr.2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/02/projeto-do-pacote-anticrime-altera-13-leis-da-area-penal-e-criminal>

3. AS CRÍTICAS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Para encerrar a presente monografia, no terceiro capítulo, será exposta a polêmica discussão sobre a (in)constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado e sua (in)compatibilidade com as normas de execução penal e os tratados internacionais de direitos humanos.

A fim de se obter um panorama completo das mais diversas opiniões sobre o RDD, a exposição irá abranger posicionamentos de órgãos técnicos e posicionamentos doutrinários, contrários e favoráveis à aplicação do regime. Em momento posterior, o entendimento da política criminal do regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo será explanado e, por fim, serão tecidos alguns comentários sobre as críticas reveladas.

3.1. A conformidade do RDD em relação à Constituição Federal de 1988, à Lei de Execuções Penais e aos Tratados Internacionais.

3.1.1. O posicionamento da Ordem de Advogados do Brasil (OAB), do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo.

Dentro de uma análise do regime disciplinar diferenciado como política penitenciária aplicada pelo Estado para controlar o crime organizado, é de suma importância que seja esclarecida a discussão, latente até os dias de hoje, quanto à inconstitucionalidade ou constitutividade da aplicação da Lei 10.792 de 2003 no nosso ordenamento jurídico.

Afinal, ainda que as medidas em apreço sejam consideradas constitucionais, por enquanto, há de se refletir a aplicação de uma política criminal que “flerta” tanto com o inconstitucionalismo, tendo em vista os inúmeros posicionamentos divergentes externados na área jurídica no que tange essa discussão.

A política penitenciária do regime disciplinar diferenciado, originária de resoluções da administração penitenciária paulista, é cercada de polêmicas desde sua criação, tendo em vista que a Resolução em que se implementou o RDD em São Paulo é vista como ilegal, por extrapolar os limites da competência do poder público estadual quanto ao sancionamento dos presos no âmbito da execução penal, determinada pela Lei

de Execuções Penais.¹⁷³

As irregularidades continuaram a rodear o instituto quando o presidente Fernando Henrique Cardoso, comprovando que vivemos em um período em que o direito penal é emergencial e imediatista, tentou nacionalizar o regime mediante medida provisória e não obteve sucesso por expressa violação formal¹⁷⁴ à Constituição Federal de 1988.

E agora que o RDD já foi introduzido ao ordenamento jurídico através de uma lei federal, desta vez legalmente, questiona-se a conformidade das regras ali determinadas com as normas e princípios constitucionais.

De antemão, importa destacar que será feito ao longo do capítulo uma análise do controle de convencionalidade e de constitucionalidade da norma em questão. O primeiro trata de analisar a conformidade da norma em relação aos tratados internacionais e o segundo em relação à Constituição Federal de 1988.

Ato contínuo, antes mesmo da legislação ser aprovada no Congresso Nacional, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária já havia emitido um parecer contrário ao RDD, em abril de 2003, em análise ao Projeto de Lei 5.073 de 2001, pontuando-se a desconformidade do projeto com a Magna Carta e outras normas legais.

Argumenta-se no parecer que o projeto viola o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e” da Constituição Federal de 1988, que veda penas cruéis e que o RDD seria um cumprimento de pena que visa apenas o castigo e a vingança, também resultando na violação às Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, aprovadas pela Resolução CNPCP 14, de 11 de novembro de 1994.¹⁷⁵

Não obstante, apontam que o tratamento ao preso previsto no projeto é desumano, violando-se igualmente o artigo 5º inciso XLIX, que trata do respeito à integridade física e moral dos presos. O Conselho pontua que o isolamento prolongado pode causar uma série de consequências físicas e psicológicas no isolado, desde depressão, ansiedade, distúrbios afetivos graves, claustrofobia, dentre outros. Ainda, critica-se o fato do RDD não visar a recuperação social do condenado, apenas lhe causando deterioração de suas faculdades mentais.¹⁷⁶

O parecer também menciona a 68ª Assembleia Geral da ONU onde foram

¹⁷³ CARVALHO, Salo de et al. **O Suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a Consolidação da Política Criminal do Terror**. In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P. 383-384.

¹⁷⁴ Conforme os artigos 22 e 62, §1º, I, “b”, da Consituição Federal de 1988, é competência exclusiva da União, através do Congresso Nacional, de legislar sobre matéria de direito penal ou processo penal. Sendo assim, o presidente não pode editar medida provisória sobre medidas que visam restringir a liberdade de pessoas.

¹⁷⁵ KUEHNE, Mauricio. Lei de execução penal anotada. 11º Edição. Curitiba: Ed. Juruá, 2013. p. 181.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 170.

estabelecidas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, as quais foram aceitas pelo Brasil. Na ocasião, houve a recomendação de abolição do isolamento celular aos países participantes. A recomendação coaduna com o estudos realizados pela *Human Rights Watch* de 1997 e 1999, os quais indicam que os presídios de segurança máxima não conseguem atingir seu objetivo de controle das prisões, mas, pelo contrário, fomentam a violência e a insegurança.¹⁷⁷

Para sustentar essa tese, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária cita o exemplo do surgimento do Primeiro Comando da Capital, que se deu exatamente em um presídio de segurança máxima em que havia isolamento celular. Diante das condições severas e com seus aspectos psicológicos abalados, os presos passaram a arquitetar meios de subverter a disciplina, resultando na criação da facção.¹⁷⁸

Por fim, o Conselho também critica o tipo aberto e impreciso das hipóteses de aplicação do RDD, que inevitavelmente torna possível a arbitrariedade do aplicador e não cumpre as exigências do artigo 45 da LEP, o qual exige a previsão legal expressa e anterior de uma sanção disciplinar.¹⁷⁹

Sendo asism, conclui-se no parecer que o texto em apreço viola a Constituição Federal, bem como os Tratados Internacionais, a Lei de Execução Penal e as diretrizes básicas de Política Criminal e Penitenciárias adotadas pelo próprio Conselho.¹⁸⁰

Apesar das manifestações contrárias ao regime elucidadas pelo órgão referido acima e também pela própria Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, na qual a Subcomissão de Segurança Pública optou por não recomendar a instituição do RDD, o Projeto de Lei foi aprovado e, como sabemos, promulgou-se no país a Lei 10.792 de 2003.¹⁸¹

No entanto, os questionamentos acerca da inconstitucionalidade do instituto persistem. Tanto é que a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo já declarou, em sede de Habeas Corpus impetrado pela defesa de Marcola, a inconstitucionalidade do RDD.¹⁸²

Na ocasião, o TJSP determinou a remoção do paciente que havia sido inserido cautelarmente no regime diferenciado, por considerar a lei inconstitucional. Irresignado, o

¹⁷⁷ Ibidem, p. 170.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 171.

¹⁷⁹ Ibidem., p. 171.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 171.

¹⁸¹ Ibidem., p. 171.

¹⁸² PORFÍRIO, Fernando. **Regime desumano: TJ-SP julga Regime Disciplinar Diferenciado inconstitucional.** Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Agosto de 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-ago-15/tj_paulista_afirma_rdd_inconstitucional

Ministério Público recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando que a declaração de inconstitucionalidade da lei teria de ser feita pelo plenário do TJ/SP, e não por uma de suas câmaras. Com isso, o STJ atendeu o pedido ministerial, determinando o retorno do processo ao TJSP para novo julgamento.¹⁸³

Em razão disso, a defesa impetrou Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal pedindo o afastamento da aplicação do RDD de forma cautelar ao paciente. Entretanto, no momento em que a ação foi julgada pelo STF, o paciente já havia cumprido o período de internação, restando prejudicado o objeto da ação.¹⁸⁴

Em outras oportunidades, o STJ já declarou constitucional a imposição do regime disciplinar diferenciado, no HC nº 44049 SP e no HC nº 40300 RJ. Todavia, até o momento, o Supremo Tribunal Federal não enfrentou diretamente a questão da constitucionalidade do regime imposto.¹⁸⁵

Não por acaso, está parada até hoje no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4162, proposta pela Ordem de Advogados do Brasil (OAB) em 2008, pedindo que sejam declarados nulos os artigos referentes ao RDD da Lei 10.792/03, especificamente os artigos 52, 53 (inciso V), 54, 57 (parte referente ao artigo 53), 58 (parte sobre o regime diferenciado) e artigo 60 (caput e parágrafo único).¹⁸⁶

Na ação proposta, a OAB primeiramente acentua que os aspectos formais do RDD afrontam o devido processo legal e os princípios do contraditório e ampla defesa, já que a aplicação do regime de exceção necessita apenas de solicitação do diretor da penitenciária e um despacho do juiz, sem transcorrer um processo judicial.¹⁸⁷

Nessa seara, em remessa às lições de José Afonso da Silva¹⁸⁸, a OAB defende que a natureza do regime disciplinar diferenciado é de uma sobre-condenação criminal e como não há a definição de regras procedimentais, há claro prejuízo às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa e isso se torna ainda mais grave na hipótese em que recai sobre o preso meramente uma suspeita de envolvimento com o

¹⁸³ **Defesa de Marcola pede desinternação de RDD.** Notícias STF. Fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171917>

¹⁸⁴ **Defesa de Marcola pede desinternação de RDD.** Notícias STF. Fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171917>

¹⁸⁵ ROIG, op. cit., p. 264.

¹⁸⁶ **Discussão sobre RDD para presos infratores está travada no STF.** JOTA. Brasília: out.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/ru/discussao-sobre-rdd-para-presos-infratores-esta-travado-no-stf-10102018>.

¹⁸⁷ Ordem de Advogados do Brasil. **Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido cautelar nº 4162.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 3.ed. São Paulo, Malheiros, 2007. P. 86 e 87.

crime organizado.

A OAB novamente utiliza os ensinamentos de José Afonso da Silva para alegar que as restrições de visita, o isolamento e a incomunicabilidade instituídas aos presos inseridos no regime configuram-se em penas cruéis e tratamento desumano ou degradante e ferem o princípio da dignidade humana, o que é explicitamente vedado pela Magna Carta.

Ainda, argumentam que a única diferenciação para cumprimento de pena existente na Constituição Federal de 1988 é para beneficiar o réu de acordo com a idade, natureza do delito e sexo do apenado e não para castigá-lo, como o regime de exceção pretende.¹⁸⁹

Somado a esses argumentos, ao protocolar a ação, a OAB juntou um parecer emitido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, cujo colegiado novamente se posicionou contrário à constitucionalidade das regras que dispõem sobre o regime disciplinar diferenciado.

Neste parecer, o Conselho cuidou de abordar a relação do RDD com a Constituição Federal de 1988 e principalmente com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que possuem força constitucional, embora formalmente não expressos na Lei Maior. Os pontos levantados no documento são extremamente pertinentes, sendo oportuno a elucidação deles de forma mais detalhada a seguir.¹⁹⁰

Assim, primeiramente indica-se a violação ao artigo 10, inciso 1 e 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como ao artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos e ao artigo 1º da Lei de Execução Penal, os quais preveem o respeito à humanidade e integridade (física, moral e psíquica) do preso, devendo o estabelecimento penitenciário visar a reforma e reabilitação moral dos presos.

Desta forma, argumenta-se que todos os dispositivos supracitados guardam relação com a dignidade da pessoa humana e a finalidade ressocializadora da pena e, caso contrariados, viola-se não somente os direitos individuais do preso, mas também o direito difuso da sociedade de “ver a atividade estatal empregada em algo que contribua para o bem comum”.¹⁹¹

Em sentido semelhante, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a

¹⁸⁹ **Discussão sobre RDD para presos infratores está travada no STF**. JOTA. Brasília: out.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/ru/discussao-sobre-rdd-para-presos-infratores-esta-travado-no-stf-10102018>.

¹⁹⁰ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Ministério da Justiça). **Parecer – RDD**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>

¹⁹¹ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Ministério da Justiça). **Parecer – RDD**. p. 10. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>.

Convenção Americana de Direitos e também a Constituição Federal de 1988 dispõem que ninguém poderá ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Como não há uma definição clara, explica-se no documento que tratamento desumano ou degradante seria uma forma atenuada de tortura. Ou seja, são tratamentos cruéis proibidos que não chegam a ser tortura, como por exemplo castigos corporais ou detenção em celas escuras.

Desta feita, reunindo-se as diversas definições contidas em Tratados Internacionais distintos e as determinações previstas nas Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, o Conselho aponta que o isolamento celular, embora não seja proibido, deve ser usado excepcionalmente, de forma restrita e por um curto período de tempo, sob pena de se inferir um castigo cruel e desumano ao apenado.

Portanto, haja vista que no regime disciplinar diferenciado não há sequer acompanhamento médico diário aos presos isolados por um período de tempo considerado grande, há grave violação à sanidade mental e física do preso, configurando-se grave incongruência aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e à Constituição Federal de 1988.

Nesta senda, tendo em mente que o isolamento celular pode ser usado apenas de forma moderada, o Conselho defende que essa não é a única saída possível para conseguir separar os líderes de facções dos demais presos. Assim, pondera-se que, de fato, embora seja necessário o isolamento desses indivíduos de alta periculosidade, esse isolamento deveria ser feito mediante a utilização de um diferente regime de cumprimento de pena, não em uma sanção disciplinar.

Ora, uma sanção disciplinar exige tipicidade estrita e proporcionalidade entre a ação e sanção, conforme os princípios e normas da execução penal. Não é o que acontece no RDD, no qual se justifica a aplicação de uma sanção aos presos com a mera necessidade de separá-los dos demais. Tanto é que a única hipótese em que é possível vislumbrar uma sanção, que pode ser provada e individualizada, é a de prática de fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina, prevista no caput do artigo 52 da LEP.

Nos demais casos, como argumentado também pela OAB, há clara imprecisão sujeita à arbitrariedade nos tipos previstos nos §1º e §2º do artigo 52 do mesmo dispositivo. Isso atenta diretamente ao Estado Democrático de Direito, pois é extremamente subjetivo definir quais comportamentos podem ser considerados de “alto risco” para a segurança e ordem do estabelecimento penal e quais comportamentos

podem ser considerados indicativos de participação em organização criminosa, já que basta a mera suspeita.

Sob esse prisma, se esclarece no parecer que os textos dos dispositivos supramencionados recaem justamente no “direito penal do autor”, no qual a análise subjetiva de periculosidade do autor prevalece sobre a conduta objetiva que deveria ser avaliada. Pela simples presunção, é possível aplicar uma sanção, como se houvesse uma conduta de fato típica e antijurídica.

E sendo o envolvimento com organização criminosa caracterizado como crime autônomo e previsto como sanção disciplinar, há a ocorrência também do *bis in dem*, penalizando-se uma mesma conduta por mais de uma vez.

Explica-se no parecer que, basicamente, em vez de optar por classificar o autor dentro do sistema penitenciário de uma forma diferente para dificultar sua atuação organizada, remetendo-o a um presídio de segurança máxima, por exemplo, o Estado prefere impor uma sanção disciplinar sobre uma conduta que já é crime, no caso de suspeita de envolvimento com o crime organizado, e que pode ser imposta mesmo diante de mera suspeita.

Além disso, no parecer há a defesa de que a punição imposta é desproporcional à falta disciplinar. Com efeito, o que ocorre na aplicação do RDD é uma defesa preponderante à necessidade de manutenção da ordem e segurança do presídio que se sobrepõe ao objetivo de reintegração social do condenado, fazendo com que a a desproporcionalidade aconteça.

Nesse sentido, o perigo de se exceder os limites da real necessidade de utilização da medida de exceção é evidente, já que a necessidade de manter a segurança possivelmente será continuamente justificada e invocada, se sobrepondo sobre o real objetivo de uma sanção: punir por um comportamento irregular.

Por isso, como se assevera no parecer, há um permanente risco de que as decisões em que se aplicam o regime disciplinar diferenciado fixem a inserção do preso no regime pelo prazo máximo. E de fato, como vimos no primeiro capítulo, a prorrogação do prazo comumente é justificada pelo constante perigo que o preso perigoso representa ao sistema prisional.

Não havendo elementos capazes de indicarem a proporção adequada entre a conduta e a sanção para definição do prazo adequado, restam violados os artigos 37 e 34 das Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, os quais preveem que as restrições utilizadas para manutenção da ordem e segurança da prisão devem ser impostas somente

pelo tempo estritamente necessário.

Em uma gama enorme de violações apresentadas no documento, destaca-se também: a violação ao artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, por descumprimento ao objetivo de reabilitação social do condenado; a violação ao artigo 5º, caput e incisos XXXIX e XLVI da Constituição Federal de 1988, por desrespeito à legalidade estrita, à tipicidade em matéria penal e à individualização da pena; bem como a violação ao artigo 39 das Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, tendo em vista que o isolamento do preso é capaz de violar o direito à informação e o direito do preso de estabelecer vínculos com o mundo exterior.

Ainda, o Conselho acertadamente lembra que o regime disciplinar diferenciado foi uma alternativa encontrada pelo Estado para lidar com a própria incapacidade da Administração Prisional de controlar o ambiente prisional, que pecou ao não separar os presos de acordo com suas características, permitindo a formação das facções.

Sendo assim, conclui-se que essa tentativa de se impor um regime “fechadíssimo”, que destoava completamente do que deveria ser uma sanção disciplinar, viola severamente a Constituição, bem como diversos tratados internacionais de direitos humanos.

Por fim, o órgão aludido defende o cumprimento real da LEP para separar os presos na medida de sua periculosidade, sem que seja necessário impor a eles uma sanção, tornando possível harmonizar a situação presente com o objetivo de reintegração dos presos à sociedade, desde que não se imponha tratamento cruel ou degradante aos apenados.

Em um terceiro ponto, faz-se mister, pois, mencionar o posicionamento do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, o qual publicou em junho de 2015 um parecer contrário à aplicação do RDD.¹⁹²

Os representantes dos psicólogos paulistas manifestaram descontentamento quanto à violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em razão do isolamento dos presos e da arbitrariedade dos aplicadores da medida, incentivada pela falta de clareza na tipificação das condutas.¹⁹³

Destacou-se a violação a diversos princípios do artigo 5º da Constituição Federal ao se insinuar uma pena cruel, em contradição ao princípio humanizador das penas. Há,

¹⁹² Conselho Regional de Psicologia – 6ª Região. **Parecer do CRP SP sobre o regime disciplinar diferenciado (RDD)**. São Paulo: 2015.

¹⁹³ **Parecer do CRP SP sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região. São Paulo, jun. 2015. Disponível em: http://www.crsp.org.br/arquivos/conteudo_pendrive/parecer-CRP-sobre-o-regime-disciplinar-diferenciado.pdf

inclusive, a defesa de que o RDD não trata-se apenas de um tratamento degradante, mas de uma forma institucionalizada de tortura.

Sendo assim, o Conselho se posicionou totalmente contrário ao uso do cárcere duro, por este ocasionar sofrimento psíquico aos presos, em desconformidade ao compromisso da psicologia de defesa aos direitos humanos e às regras instituídas no Código de Ética Profissional do Psicólogo.

Nota-se, portanto, que todos os órgãos técnicos aludidos invocam diversas violações da norma à Constituição Federal de 1988, bem como a tratados internacionais de direitos humanos e às regras contidas na LEP, em um posicionamento inteiramente a favor da declaração de inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado.

3.1.2. Posicionamentos doutrinários.

Após reunidos os principais argumentos de órgãos técnicos acerca da (in)constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, vejamos, portanto, o que dizem alguns doutrinadores sobre a aplicação do regime de exceção.

De proêmio, importa delinear as ponderações de Guilherme de Souza Nucci, cujo posicionamento é favorável à constitucionalidade do RDD. O autor acentua que o RDD se tornou um mal necessário, exatamente devido a décadas de descaso do poder público em relação ao sistema prisional. Sendo assim, é preciso controlar os presos e submetê-los a uma pena severa, mas que de maneira alguma pode ser vista como uma pena desumana.¹⁹⁴

O autor adverte para o fato de que muitos presídios possuem condições muito piores do que aquelas instituídas no RDD e isso não significa justificar um erro por outro. Para ele, seria até mesmo contraditório apontar a inconstitucionalidade deste regime diante das condições deploráveis em que se encontram os presídios de todo o país.¹⁹⁵

Por isso, Nucci justifica que o RDD decorre de uma necessidade inevitável de controle imediato das prisões e representa o direito à segurança pública da sociedade, tão importante quanto os direitos fundamentais individuais, em meio ao avanço da criminalidade organizada.¹⁹⁶

Por sua vez, Fernando Capez invoca o direito constitucional de uma administração eficiente (artigo 37 da Constituição Federal de 1988) para justificar a obrigatoriedade da

¹⁹⁴ NUCCI, op. cit., p. 79.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 79.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 79.

tomada de medidas pelo Poder Público para proteger a sociedade frente à instabilidade provocada pelo crime organizado.¹⁹⁷

No mesmo sentido que Nucci, Capez defende que nenhum direito é absoluto na Magna Carta e assim como o artigo 5º prevê a proteção de direitos fundamentais individuais, também garante o direito à segurança e considera, no inciso XLIV do mesmo artigo, imprescritíveis as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.¹⁹⁸

Sob o mesmo *prima*, posiciona-se o juiz federal Vlamir Costa Magalhães, referenciando Marcelo Lessa Bastos¹⁹⁹ para defender a constitucionalidade do RDD, tendo em vista o direito constitucional à segurança pública. Para o magistrado, o isolamento é imperativo, demonstrando ser o único meio viável para neutralizar a ação dos grupos criminosos. Dessa forma, justifica-se que a medida de isolamento não viola sequer a função ressocializadora da pena, já que estes indivíduos não demonstram a vontade de serem ressocializados.²⁰⁰

Ainda, importa destacar as falas do ex-Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, Astério Pereira, o qual defende que não há contrariedades à Constituição no RDD, uma vez que na verdade o regime de exceção possibilita que os demais presos da massa carcerária cumpram suas penas de forma digna, sem que tenham seus direitos reestringidos por líderes do crime organizado.²⁰¹

Em oposição aos posicionamentos supramencionados, temos Rômulo de Andrade Moreira, promotor de Justiça, que alega violação ao princípio constitucional da legalidade pela imprecisão das definições contidas na Lei 10.792 de 2003. Igualmente, para o autor, os incisos XLVIII, “e”, XLIX e III do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 restaram violados, em razão da instituição de pena cruel, tratamento degradante e desrespeito à integridade física e moral dos presos.²⁰²

Continua o autor denominando o RDD como um “regime da total e inexorável

¹⁹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral : / Fernando Capez. – 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 513-516. Disponível em: Minha Biblioteca.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 513-516.

¹⁹⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao Direito Penal do Inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, a.11, n.1.319. Disponível em: www.jus.uol.com.br.

²⁰⁰ MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves Notas sobre o Regime Disciplinar Diferenciado**. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n.22, 2008. P. 199.

²⁰¹ *Apud* COSATE, Tatiana Moraes. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?** Revista De Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, Maio/Ago. 2007. p. 220.

²⁰² MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O monstro RDD: é melhor chamar RDD de Regime Diferenciado da Desesperança**. Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Ago. 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-ago-16/melhor_chamar_regime_diferenciado_desesperanca?pagina=11

desesperança” e apontando violação também ao princípio de individualização da pena, inscrito no artigo 5º, XLVI da Constituição.²⁰³

Na mesma linha de entendimento encontra-se a Ministra do STJ Maria Thereza de Assis Moura. Ela cita o artigo 45 e seus parágrafos da LEP, nos quais se esbatece que não pode haver sanções coletivas ou que coloquem em perigo a integridade física do preso, vedando-se também o emprego de celas escuras. Desta feita, o cumprimento da pena deve ser feito nos limites da legalidade e, segundo a ministra, tais limites não são cumpridos no RDD, conseqüentemente ferindo-se os princípios norteadores da execução penal, que foram recepcionados pela Constituição.²⁰⁴

Para ela, o artigo 1º da LEP perdeu os sentidos com as modificações introduzidas pela Lei 10.792 de 2003. Além disso, a norma em questão viola a dignidade da pessoa humana e as vedações a penas degradantes, indo na contramão das recomendações internacionais de abolição do isolamento celular.²⁰⁵

Ademais, a ministra defende que, ao permitir a submissão do preso provisório que sequer foi julgado definitivamente ao RDD, a Lei viola o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX da Constituição), afronta a legalidade da execução do título judicial e fere a garantia constitucional de não culpabilidade (art. 5º LVII da Constituição).²⁰⁶

O RDD se revela inconstitucional também ao prejudicar o princípio da individualização da pena e ao permitir a inclusão cautelar do preso no regime, sem a presença essencial de uma decisão jurisdicional fundamentada.²⁰⁷

A ministra alerta também para a perigosa possibilidade (art. 5º da LEP) dos estados regulamentarem a necessidade de agendamento prévio do advogado para comunicar-se com o preso, já que tal medida incorre em cerceamento dos direitos e prerrogativas do advogado²⁰⁸. Ela encerra seu texto defendendo que o RDD não torna o

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal**. In: Crítica à Execução Penal - 2º Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. P. 283-292.

²⁰⁵ Ibidem, p. 286-287.

²⁰⁶ Ibidem, p. 288.

²⁰⁷ Ibidem, p. 290.

²⁰⁸ Essa questão já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2009, no Resp nº 1028847 SP, no qual os ministros decidiram que a Resolução SAP 49 do Estado de São Paulo, que condicionava os advogados ao agendamento prévio para a comunicação com os presos do RDD, foi declarada ilegal. Restou ressalvada, contudo, a possibilidade da administração penitenciária de forma motivada e circunstancial disciplinar a visita do advogado por razões excepcionais, como a segurança prisional. (Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1028847 SP**. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/05/2009, T2 – Segunda Turma, Data de publicação: Dje 21/08/2009.

preso uma pessoa melhor, tampouco torna a sociedade mais segura.²⁰⁹

Há de ser mencionado também os posicionamentos de Maria Adelaide Freitas Caíres, (psicóloga e membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo), Luiz Wolfmann (direitor de presídios paulistas) e Carmen Silvia de Moraes Barros, que alertam para o sofrimento psíquico exarcebado a que se submetem os presos inseridos no regime.²¹⁰

Paulo César Busato é outro que defende a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, sob o argumento de que há violação aos direitos humanos e ao próprio princípio da igualdade, já que se impõe uma sanção de acordo com o perfil do autor e não em razão do fato praticado.²¹¹

Por fim, dentre tantos outros autores, como Alexis Brito²¹², Elisangela Melo Reghelin²¹³ e Rodrigo Roig²¹⁴, que defendem a inconstitucionalidade do RDD, é válido mencionar a posição de Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich, que alertam para a arbitrariedade, imprecisão e abusos contidos na Lei, junto à minimização de direitos de defesa. Eles comentam que não é preciso ser “*expert*” na área de saúde para perceber a crueldade de tratamento imposto neste regime.²¹⁵

3.2. O RDD como expressão de um direito penal do inimigo

Uma das principais teses que cercam o instituto do regime disciplinar diferenciado é o entendimento de que a política criminal em apreço é uma expressão do direito penal do inimigo.

Direito Penal do Inimigo é o nome da teoria idealizada pelo jurista alemão Gunther Jakobs. Como já explicado no segundo capítulo, nesta vertente, permite-se o tratamento diferenciado aos grupos de risco que praticam terror contra o Estado.

Sendo assim, para garantir o direito à segurança das demais pessoas, é legítimo que o Estado aplique dois tipos de intervenção punitiva: o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão. Com isso, aquelas pessoas perigosas que oferecem risco à sociedade, que atuam com habitualidade e profissionalização, podem ser despersonalizadas, sendo submetidas a

²⁰⁹ MOURA, op. cit., p. 291-292.

²¹⁰ COSATE, op. cit., p. 214-215.

²¹¹ BUSATO, op. Cit., p. 293-303.

²¹² BRITO, op. cit., p. 258.

²¹³ REGHELIN, Elisangela Melo. **Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo.**

Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.14, n. 168, p. 18, nov. 2006.

²¹⁴ ROIG, op. cit., p. 263-270.

²¹⁵ CARVALHO, Salo de et al, op. cit., p. 383-386.

regras diferentes do que as regras instituídas àqueles que de fato merecem ter seus direitos individuais respeitados.²¹⁶

Portanto, sob esse prisma, a avaliação de periculosidade das pessoas torna-se fundamental para definir qual direito será aplicado. Os indivíduos considerados sem personalidade, que agem em desconformidade com as expectativas normativas, são os inimigos a serem combatidos pelo Estado.²¹⁷

Como há uma constante iminência de perigo advinda do inimigo (não pessoa), o Estado deve neutralizar esse perigo, podendo agir até mesmo preventivamente. Essa ação estatal, portanto, não é uma pena, mas uma medida de segurança que visa conter e neutralizar o perigo iminente.²¹⁸

Dito isso, como bem explica Paulo Busato, a proposta legislativa responsável por inserir o RDD ao ordenamento jurídico brasileiro imputa ao cárcere brasileiro regras influenciadas pelo modelo funcionalista-sistêmico de se pensar a pena.²¹⁹ Nota-se, pois, na redação dos parágrafos do artigo 52 da LEP, com a previsão de isolamento e restrição de visitas à presos que apresentem risco ao estabelecimento penal ou sobre os quais recaiam suspeitas de envolvimento com organizações criminosas, a prevalência de um direito penal do autor.²²⁰

Diferentemente do previsto no caput do artigo 52, o qual exige o cometimento de falta grave para a incidência do RDD sobre o preso, os parágrafos do mesmo artigo se dirigem a determinada classe de autores. Nesse sentido, não importa as ações do apenado, mas o que ele representa dentro do cárcere, direcionando-se a penalização ao autor e não ao ato cometido.²²¹

Em outras palavras, estes novos declarados inimigos são penalizados por suas características e personalidades. Enquanto na Europa esse esforço é canalizado aos grupos de terroristas, no Brasil a denominação de inimigo vêm sendo direcionada à criminalidade organizada.²²²

Busato frisa, dessa forma, que a teoria de Jakobs representa uma centralização do sistema na norma e não mais no ser humano. Ocorre, portanto, uma desvirtuação do direito

²¹⁶ CARVALHO, op. cit., p. 114.

²¹⁷ Ibidem, p. 114.

²¹⁸ JAKOBS, Gunther. **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo**. In: JAKOBS, G; CACIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. e org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. pp. 19-48. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²¹⁹ BUSATO, op.cit, p. 294.

²²⁰ Ibidem, p. 295.

²²¹ Ibidem, p. 296.

²²² Ibidem, p. 296-297.

penal que, sob este prisma, busca somente a estabilização da norma, abrindo portas para construções legislativas menos garantidas.²²³

Essa permissão em se aplicar regras diferentes a determinado tipos de indivíduos é, sem dúvidas, a perpetuação de um discurso baseado na teoria do direito penal do inimigo. É isto que ocorre com o regime disciplinar diferenciado, o qual perpetua uma política criminal caracterizada por conter um ciclo vicioso de se controlar a violência com mais violência e que pouco se preocupa com as garantias e direitos fundamentais da pessoa humana.²²⁴

3.3. Considerações acerca das críticas apresentadas

De todo o exposto, importa tecer algumas considerações sobre as críticas direcionadas ao RDD no que tange a inconstitucionalidade do instituto e sua relação com a teoria do direito penal do inimigo, adiantando-se algumas conclusões.

De fato, impressiona o fato de que o STF não posicionou-se até o momento de forma contrária à aplicação do regime disciplinar diferenciado como política criminal de controle ao crime organizado.

As regras contidas na Lei 10.782 de 2003 ferem os mais variados artigos da Constituição Federal de 1988 e preceitos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, desde a individualização da pena até a vedação a penas cruéis e tratamento degradante ao preso. Não há dúvidas de que o isolamento celular impõe intenso sofrimento psíquico aos presos, ocorrendo uma grave violação à integridade física e moral do apenado.

Quanto ao sofrimento psíquico, veja-se, por exemplo, alguns depoimentos de Fernandinho Beira-Mar, tido como principal líder do Comando Vermelho, sendo um dos principais inseridos no regime de exceção:

“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.”

[...] "Isso aqui é horrível. Nada se compara com isso aqui. É uma fábrica de fazer maluco, sinceramente."²²⁵

Da mesma forma, é necessário destacar a violação ao princípio da legalidade e ao princípio da não culpabilidade. A imprecisão e os aspectos dúbios contidos na lei são

²²³ Ibidem, p. 301-302.

²²⁴ Ibidem, p. 303.

²²⁵ *Apud* 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**. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 13 nov 2019.

graves e altamente benéficos à arbitrariedade dos aplicadores da medida de exceção, que por muitas vezes são tomados por juízos de presunção.

Nesse sentido, é perceptível que o regime disciplinar diferenciado incorpora o discurso do direito penal do inimigo, ao direcionar a aplicação deste regime a grupos dotados de características específicas, tentando se penalizar o autor e não os atos praticados por ele.

A incongruência e incoerência da Lei 10.782 são evidentes, já que a norma prevê o RDD como uma sanção disciplinar de caráter temporário, uma vez listada no rol de sanções disciplinares do artigo 53 da LEP, no entanto, na prática, em casos como o de Fernandinho Beira-Mar, o preso cumpre praticamente a pena inteira inserido no regime, com base apenas na sua alta periculosidade, sem que tenha cometido qualquer ato apto a ensejar uma punição.

Essa contradição é verificável também em discursos doutrinários que defendem a constitucionalidade do RDD, como o de Nucci, que utiliza do argumento de que os presídios comuns brasileiros possuem condições muito piores do que os estabelecimentos que aplicam o RDD.

Ora, se o objetivo do regime disciplinar diferenciado é impor uma punição mais severa, como esse argumento é capaz de justificar a transferência de um preso para o RDD, onde as condições são aparentemente melhores? Nessa lógica, o regime disciplinar diferenciado seria então um benefício ao réu e não cumpriria seu papel de punição.

De qualquer forma, é absurdo utilizar a situação atual dos presídios brasileiros como parâmetro para então concluir que o regime disciplinar diferenciado não impõe um tratamento desumano aos presos. Os parâmetros a serem utilizados devem ser exatamente aqueles estabelecidos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, pelos quais resta claro que o RDD impõe penas cruéis aos presos, em razão do isolamento celular e das restrições de visita.

A eventual declaração de inconstitucionalidade do RDD não se revela contraditória à situação real dos presídios, já que continua sendo dever do Estado a melhoria das condições do sistema prisional brasileiro como um todo.

Igualmente não se sustenta o argumento de que nenhum direito é absoluto, devendo-se, nesta situação, ser concedida a devida atenção ao direito à segurança da sociedade. Este argumento é perigoso, podendo progredir para um raciocínio no qual é justificável a imposição da pena de morte, por exemplo, em nome de outros direitos a serem tutelados. Além disso, esse raciocínio é flagrantemente oposto ao princípio

constitucional da dignidade humana, cujo preceito é basilar e deve orientar todo o ordenamento jurídico.

Ainda, mostra-se questionável a afirmação de que o RDD é o único meio viável para controlar o crime organizado atualmente e que ele é capaz de desarticular as lideranças das facções.

Comprovando que essa tese não é unanimidade, Camila Nunes Dias elaborou um estudo acerca dos efeitos práticos do regime. No texto, ela defende que o RDD vêm sendo utilizado nos presídios paulistas como forma de dissimulação e negação das lideranças nas prisões e como um elemento de barganha do Estado e que, na verdade, seus efeitos práticos indicam muito mais uma tentativa de demonstração de força do Estado do que uma efetiva desarticulação das facções.²²⁶

A pesquisadora especifica que os diretores de unidade prisionais tentam transferir as lideranças negativas das facções (aquelas visíveis, inequívocas), no entanto novas lideranças surgem em um rápido mecanismo de reposição.²²⁷ Dessa forma, não há um fim de lideranças, mas uma reposição por outras lideranças que não chamam tanta atenção no exterior do ambiente prisional.

De certa forma, o Estado define os limites do exercício do poder informal pela facção, mas não os tira esse poder. Apesar disso, transmite-se a aparência de que a administração possui controle total sobre a prisão.²²⁸

A pesquisa revela que os membros do PCC, desde a criação do RDD, em entrevistas concedidas, tentam convencer de que não existem mais líderes na facção, mas que existem apenas algumas “pessoas com mente” que resolvem os conflitos. Os “irmãos” também usam “laranjas”, ou seja, pessoas que na aparência são líderes, mas na verdade não são, para se esquivarem das transferências.²²⁹

No entanto, diversos fatores indicam que os diretores das unidades geralmente sabem quem são os reais líderes e realizam tácitos acordos para definir os limites do exercício desse poder.²³⁰ Ainda, considerando as evidências de que o estabelecimento de acordos de paz entre a administração prisional e lideranças do PCC é comum desde 2003, a pesquisadora afirma que essa intensa negociação ainda ocorre com o RDD, já que não há qualquer outra política pública a médio e longo prazo sendo aplicada para resolver

²²⁶ DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional**. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 3, n. 5, p. 128-144, 2009.

²²⁷ Ibidem, p. 137-138.

²²⁸ Ibidem, p. 137-138.

²²⁹ Ibidem, p. 137-138.

²³⁰ Ibidem, p. 139.

essa situação.²³¹

Neste contexto em que o Estado permite a coexistência de um poder formal estatal e de um poder informal das organizações criminosas, há uma intensa negociação entre os dois polos na defesa de seus interesses: os criminosos negociam para manter o controle sobre a massa carcerária, enquanto o Estado tenta gerenciar as crises e manter sua imagem firm perante a sociedade.²³²

Nota-se, portanto, que não é possível concluir que o RDD seria o único meio eficaz de desarticulação das facções, até porque, diante da subjetividade característica da norma, há grande possibilidade de ocorrência do uso desvirtuado do regime, como indicado pelo estudo supramencionado.

Por fim, cabe tecer algumas considerações quanto à função ressocializadora da pena, tão invocada pelos defensores da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado.

Diante da admitida falência da função ressocializadora da pena, com o declínio das teorias correcionalistas, e diante da constatação inequívoca de ineficiência das nossas prisões quanto a esse objetivo, talvez este não seja o argumento mais adequado e realista para demonstrar a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado.

A referida argumentação não responde às ponderações de Marcelo Lessa Bastos, por exemplo, o qual defende que os presos muitas vezes não desejam serem ressocializados, não sendo um problema a aplicação do regime disciplinar diferenciado a eles.

Muito embora esteja previsto no art. 1º da LEP, recepcionado pela Constituição, que a pena deve visar a reabilitação social do condenado, é possível que se faça outra interpretação dos referidos dispositivos, mais compatíveis com a situação atual do sistema prisional brasileiro e com a própria mentalidade dos discursos penalógicos atuais.

Pois bem, sendo necessária a compatibilização das normas do nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, por óbvio as leis anteriores a ela precisam ser recepcionadas formalmente, respeitando-se o processo legislativo vigente à época, e materialmente, devendo o conteúdo da norma ser condizente com os novos valores constitucionais.²³³

Dessa forma, é preciso compatibilizar a LEP com o ordenamento constitucional.

²³¹ Ibidem, p. 139.

²³² Ibidem, p. 139-140.

²³³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal**. In: Crítica à Execução Penal - 2º Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. P. 210-222.

Consoante à lógica do texto constitucional de que o princípio da proporcionalidade é uma garantia que legitima todo o ordenamento jurídico, tem-se que todos os atos estatais devem ser regidos também por tal princípio, atentando-se, ainda, para a necessidade e adequação.²³⁴ Disso decorre a conclusão de que uma sanção penal deve sempre ser proporcional, representar adequadamente valores éticos deduzidos da Constituição e, no caso de uma execução, o meio utilizado deve ser o menos lesivo possível.²³⁵

Sob essa concepção, afere-se, portanto, que a ressocialização obrigatoriamente imposta como função única da pena na LEP é inconstitucional. Isso porque a CRFB88, em diversos momentos, protege a liberdade interna do cidadão, com a proteção da manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV), por exemplo, e a liberdade de consciência ou de crença (art. 5º, incisos VI e VIII).²³⁶

Dessa forma, pela lógica constitucional, o direito penal não pode controlar pensamentos e personalidades. Se o artigo 1º da LEP impõe como objetivo da execução penal a reabilitação social do condenado, deve este dispositivo ser reinterpretado em respeito às garantias de liberdade interna.²³⁷

Nesse novo raciocínio hermenêutico, tem-se que a ressocialização não é função da pena, mas um direito do preso. Assim, caso deseje, o preso deve ter o direito de ser ressocializado, mas a ressocialização não pode ser vista como finalidade da pena. Afinal, não pode ser imposto obrigatoriamente ao preso o dever de ser socializado, de ser obediente, disciplinado, dentre outras imposições. Tais deveres só podem ser impostos ao preso na prática de uma conduta lesiva aos direitos de outras pessoas.²³⁸

Da mesma forma, não podem os direitos fundamentais do preso serem restringidos em nome do direito à segurança, já que em nenhum momento a Constituição legitima esse tipo de pensamento derivado da ideologia da defesa social. Ora, os fins não podem justificar os meios, devendo todas as garantias fundamentais serem respeitadas.²³⁹

Entende-se, portanto, que embora não seja errônea a afirmação de que o RDD viola a função ressocializadora da pena, diante das regras instituídas na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (os quais, a maioria protege a função ressocializadora da pena), seria mais adequada a interpretação de que a ressocialização não é uma finalidade, mas um direito do preso.

²³⁴ Ibidem, p. 210-222.

²³⁵ Ibidem, p. 210-222.

²³⁶ Ibidem, p. 210-222.

²³⁷ Ibidem, p. 210-222.

²³⁸ Ibidem, p. 210-222.

²³⁹ Ibidem, p. 210-222.

Diante dessa interpretação, o RDD revela-se igualmente inconstitucional, por ferir o direito do preso de ser ressocializado, caso queira, e também por outros motivos já mencionados. Afinal, a execução penal não pode ser pautada pelo caráter do apenado, como acontece no regime disciplinar diferenciado. Pelo contrário, deve prevalecer na execução, assim como no processo penal, o princípio da culpabilidade do autor quanto ao fato praticado.

E mais ainda, o regime se revela inconstitucional, por inaugurar uma nova ordem em que a urgência e relevância são invocadas de forma desproporcional e desordenada para a imposição de severas restrições de direitos aos presos. Não podemos permitir que o direito penal seja tão mutável e desrespeite as garantias fundamentais do ser humano dessa forma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho permite que sejam delineadas algumas conclusões. Porém conclusão aqui não possui o sentido de término ou finalização, uma vez que se o direito é um “estar sendo”, que, portanto, se faz e refaz na experiência, a discussão jurídica deve ser permanente, não havendo termo final. Trata-se, na realidade, de um convite para a reflexão sobre as principais teses apresentadas.

A construção de uma política criminal devidamente eficiente e capaz de cumprir seus objetivos requer a elaboração de complexos estudos, principalmente empíricos, que ofereçam respostas sobre a melhor forma de utilização dos meios coercitivos do Estado. Por isso, não é possível propor uma política criminal que, em substituição ao regime disciplinar diferenciado, seja capaz de desarticular a atuação organizada das facções prisionais. Apesar disso, é possível tecer algumas conclusões sobre o instituto jurídico em questão.

De início, portanto, a incursão no percurso histórico dos episódios que antecederam a criação do regime de exceção até sua efetiva aplicação em todo o território nacional, com a denotação de todas as suas formas de aplicação, viabilizou a compreensão de que o objeto jurídico em questão inaugura na execução penal uma forma de tratamento ao preso que se assemelha em praticamente todos os aspectos com um regime de cumprimento de pena. Por si só, essa constatação comprova o aspecto dúbio que a norma possui, já que pretende ser uma sanção disciplinar cuja a iniciativa de aplicação começa no âmbito administrativo.

Nota-se pois, desde a conceituação do regime disciplinar diferenciado, que a norma responsável por sua implementação carece de objetividade e fundamenta-se principalmente em elementos subjetivos direcionados ao julgamento da personalidade do preso. As referidas mudanças introduzidas na Lei de Execução Penal são significativas, pois impõe-se ao preso uma forma de cumprimento da pena que não cumpre os preceitos do princípio da reserva legal, permitindo-se que até mesmo o preso provisório seja surpreendido com tal medida a qualquer momento.

Além disso, em atenção a alguns precedentes colacionados, foi possível verificar que o Judiciário segue justificando a flexibilização das próprias regras instituídas na norma em nome da segurança coletiva, que parece ter atingido um patamar de direito máximo e intocável que deve ser protegido a todo custo no nosso ordenamento jurídico. Enquanto isso, os direitos individuais fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988 e o princípio basilar da dignidade da pessoa humana são constantemente relativizados, consolidando-se a tendência de maximização do direito penal desenfreada, que por muitas vezes apresenta

indícios de arbitrariedade.

Com a explicação da evolução das teorias justificadoras da pena foi possível imergir na complexa discussão sobre as finalidades da pena, tornando-se perceptível a dificuldade de se elaborar uma teoria que consiga abranger todos os aspectos da criminalidade. E diante dessa dificuldade, tivemos diversas teorias contemporâneas que tentaram romper com os paradigmas das teorias anteriores, mas que na verdade foram apenas adaptações e reformulações de teorias que já eram desacreditadas. Em meio a esse embrólio, abriu-se espaço para a dominação de teorias que não buscam exatamente justificativas racionais, pois, como visto, a falta de mecanismos para lidar com as consequências advindas da globalização, fez surgir um discurso neutralizador e seletivo, pautado na presunção de periculosidade.

Com efeito, foi possível compreender que a gestão contemporânea da criminalidade, denotada pela ampliação e endurecimento do direito penal, não foi inaugurada com a insituição do regime disciplinar diferenciado. Pelo contrário, há pelo menos duas décadas as políticas criminais brasileiras são tomadas pela nova penologia gerencialista, responsável pelo aumento expressivo da população carcerária em diversos países pelo mundo. Sendo assim, o regime disciplinar diferenciado apenas perpetua o discurso punitivista que já era predominante no país, sendo esta predominância explicada, em parte, pela incapacidade do Estado de lidar com o aumento da criminalidade.

Com a elucidação das medidas tomadas pelos órgãos estatais brasileiros no contexto do controle ao crime organizado, foi possível averiguar que ao longo dos anos as mesmas estratégias estão sendo adotadas para reestabelecer o controle estatal sobre os prisões, ainda que essas medidas adotadas não tenham apresentado até agora resultados expressivos capazes de justificar essa escolha. O levantamento de dados, teses e informações pertinentes às políticas penitenciárias adotadas nos últimos anos também denunciou a falta de coerência e racionalidade das escolhas estatais, que se pautam inteiramente na necessidade de oferecer uma resposta rápida à sociedade anêmica que clama por mais punição.

Em vista disso, evidencia-se que o problema da aplicação de uma política criminal tão repressiva e subjetiva como o RDD é muito mais complexo do que se aparenta, já que o direito penal brasileiro encontra-se completamente tomado pela mentalidade gerencialista e neutralizadora de se lidar com o crime.

De consectário, resta claro que não há qualquer perspectiva de mudança no cenário criminal do Brasil nos próximos anos. Cada vez mais, a sede de vingança justifica a aplicação de medidas imediatistas, em uma sociedade que tolera a existência de uma população carcerária que se aproxima ao número de 800 mil presos. O foco é prender mais e restringir

mais ainda, mas não atacar as raízes da criminalidade.

A intenção do estudo foi, assim, tornar clara a informação de que as políticas criminais atuais objetivam simplesmente a contenção e controle dos infratores, pouco se importando com o futuro desses criminosos. Os agentes estatais não mais escondem que não pretendem ressocializar o preso, mas apenas neutralizá-lo. Aliás, ao se deparar com a situação crítica do sistema prisional brasileiro, é válido questionar se o projeto ressocializador sequer existiu em algum momento no país.

Ademais, a exposição sobre o debate acerca da (in)constitucionalidade do instituto demonstrou que a tese sustentada pelas Cortes Superiores de que o RDD é constitucional está longe de ser unanimidade.

Em oposição, nos parece claro que o objeto jurídico é inconstitucional e fere também preceitos importantes dos tratados internacionais de direitos humanos e as regras previstas na Lei de Execução Penal. Isso porque o regime disciplinar diferenciado, ao instituir obrigatoriamente o isolamento celular e severas restrições ao direito à visita, indubitavelmente impõe intenso sofrimento psíquico aos presos, tendo em vista a constatação científica de que o ser humano precisa de interações sociais para o seu bem-estar.

É claro que podemos dizer que praticamente nenhuma prisão brasileira consegue oferecer algum tipo de bem-estar ao preso. No entanto, a realidade não pode servir de pretexto para que mais violações aos direitos humanos sejam praticadas. É preciso que o Estado adote medidas para mudar esse panorama, em vez de se buscar a institucionalização de um tratamento degradante ao preso.

Além disso, foi possível constatar que o regime de exceção expressa-se como um direito penal do inimigo pois, com enfoque na avaliação subjetiva da periculosidade do preso, a política criminal em questão foi idealizada visando atingir um grupo de presos específicos, que são considerados, de antemão, perigosos, ainda que não tenham realizado nenhum tipo de ação concretamente demonstrativa de perigo.

E apesar dos defensores do regime disciplinar diferenciado destacarem que a sua aplicação tornou-se um mal necessário, sendo o único meio capaz de desarticular as facções, o presente trabalho contribuiu para explicitar que existem vários indícios que apontam para a direção contrária. Como se não bastasse a inconstitucionalidade do instituto jurídico, o que por si só torna necessária a sua remoção do ordenamento jurídico, essa percepção torna ainda mais gritante a inadequação do seu uso na execução penal.

Sendo uma medida tão excepcional e rigorosa, o mínimo que se esperava eram altos índices de sucesso quanto ao objetivo inicial da norma: o controle ao crime organizado. No

entanto, a única certeza que temos é a de que o Estado penalizador, com o uso de medidas como o regime disciplinar diferenciado, mantém intacta sua imagem de instituição capaz de reprimir os problemas que tanto afligem uma sociedade tomada pelo medo, pela ansiedade e pela sede de vingança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio(1996). **A gestão urbana do medo e da segurança.Violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea**. Tese de livre-docência. São Paulo, FFCH/USP. P. 183-191.

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. **Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC**. Estud. av. São Paulo, v. 21, n. 61, p. 7-29, Dec. 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300002&lng=en&nrm=iso>. access on 24 Sept. 2019.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300002>. Acesso em: 25-09-2019.

Agência Senado. **Projeto do pacote anticrime altera 13 leis da área penal e criminal..** Abr.2019. Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/02/projeto-do-pacote-anticrime-altera-13-leis-da-area-penal-e-criminal>. Acesso em 10/11/2019.

ANDREOLLA, Ana Paula; MAZUI, Guilherme. **Penitenciária federal de Brasília é inaugurada com um dos quatro blocos em funcionamento**. G1 e TV Globo. Brasília: out.2018. Disponível: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/10/16/penitenciaria-federal-de-brasilia-e-inaugurada-um-dos-quatro-blocos-esta-apto-a-receber-presos.ghtml>. Acesso em 09/11/2019.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, São Paulo: Ed. Método. Página 106. Disponível em: Minha Biblioteca.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologado direito penal** / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. -3 ed.- Rio de Janeiro: Editora Revan:Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao Direito Penal do Inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, a.11, n.1.319. Disponível em: www.jus.uol.com.br. Acesso: 05/11/2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. – 12º ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECK, Rafael Francis. **Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea: Da Crise do Modelo Liberal às Tendências de Antecipação da Punibilidade e Flexibilização das Garantias do Acusado**. In: Leituras constitucionais do

sistema penal contemporâneo (org. Salo de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BICALHO, Pedro Paulo Gastalho; REISHOFFER, Jefferson Cruz. **O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção**. Rev. Polis e Psique, 2013; 3(2).

BIONDI, Karina. **Etnografia no movimento: território, hierarquia e lei no PCC**. 2014. 336 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014. P. 13.

BIONDI, Karina. **Junto e Misturado: Imanência e transcendência no PCC**. São Carlos: UFSCar, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: 05 out. 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6049, de 2007**. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Brasília, DF, 27 fev. 2007. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/cgcmosp/decreto-no-6049.pdf/view>. Acesso em 20/10/2019.

BRASIL. **Lei 11.671 de 8 de maio de 2008**. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. Brasília, 8 de maio de 2008. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm). Acesso em: 04/11/2019.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm. Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC nº 130.808/RJ**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 21/05/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 332.212/RS**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 92.714/RJ**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2007, DJe 10/03/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 301707 RJ**, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 17/03/2015, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: Dje 24/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 44.049/SP**, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 19/12/2007, p. 1232.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 89.935 BA** – Min. Maria Thereza de Assis de Moura – 6º T. – j. em 06.05.2008 – DJ 26.05.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1028847 SP**. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/05/2009, T2 – Segunda Turma, Data de publicação: Dje 21/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 103.368/BA**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 12/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 44.417/MS**, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 96328 / SP**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 02/03/2010, Segunda Turma, j. 2-3-2010, Publicação 09-04-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 124.775**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.

BRITO, Alexis de. **Execução Penal**. 5ª Edição. Editora Saraiva: 2019. Disponível em: Minha Biblioteca.

CALDEIRA, Cesar. **A política do cárcere duro: Bangu 1**. São Paulo Perspec., São Paulo , v. 18, n. 1, p. 87-102, Mar. 2004 . Available from:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso: 02 Oct. 2019”.

CALGARO, Fernanda; GARCIA, Gustavo. **Governo declara “guerra” ao crime organizado, diz Bolsonaro em mensagem ao Congresso**. G1 Globo. Brasília: fev. 2019.

Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/governo-declara-guerra-ao-crime-organizado-diz-bolsonaro-em-mensagem-ao-congresso.ghtml>. Acesso em: 10/11/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral : / Fernando Capez. – 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 513-516. Disponível em: Minha Biblioteca.

CARVALHO JUNIOR, Orlando Lyra de. **O impacto de Law and Order nas Políticas Criminais do Brasil**. Democracia, Estado De Direito E Cidadania (UFF) Niterói: 2011, Volume: 1.

CARVALHO, Salo de et al. **O Suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a Consolidação da Política Criminal do Terror**. In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, 2ª edição. Editora Saraiva: 2015. Disponível em: Minha Biblioteca.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. In: Crítica à Execução Penal - 2ª Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.

CASTRO, Grasielle. **A estratégia de Bolsonaro para diminuir a violência é dobrar o número de mortes por policiais**. Huffpost Brasil. Nov. 2017. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2017/11/27/a-estrategia-de-bolsonaro-para-diminuir-a-violencia-e-dobrar-o-numero-de-mortes-pela-policia_a_23289405/. Acesso em 10/11/2019.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Ministério da Justiça). **Parecer – RDD**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>. Acesso em: 02/11/2019.

Conselho Regional de Psicologia – 6ª Região. **Parecer do CRP SP sobre o regime disciplinar diferenciado (RDD)**. São Paulo: 2015. Disponível em: http://www.crpsp.org.br/arquivos/conteudo_pendrive/parecer-CRP-sobre-o-regime-disciplinar-diferenciado.pdf. Acesso em: 05/11/2019.

COSATE, Tatiana Moraes. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?** Revista De Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, Maio/Ago. 2007. p. 220.

COSATE, Tatiana Morais. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?** Revista de Direito Público, Londrina: v. 2, n. 2, maio/ago. 2007. P. 208.

COSTA, Flávio; ADORNO, Luis. **Mapa das facções no Brasil: PCC e Comando Vermelho disputam hegemonia do crime em 9 estados.** UOL Notícias. Brasília: ago.2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/22/mapa-das-faccoes-no-brasil-pcc-e-comando-vermelho-disputam-hegemonia-do-crime-em-9-estados.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 10/11/2019.

DA CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves; DE SOUZA, Letícia Godinho; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. **Percurso recente da política penitenciária no Brasil: o caso de São Paulo.** Revista de Administração Pública, v. 47, n. 5, p. 1307-1325, 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122013000500011&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122013000500011>.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista.** 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pág. 65-66. doi:10.11606/T.8.2011.tde-13062012-164151. Acesso em: 25-09-2019.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional.** Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 3, n. 5, p. 128-144, 2009.

DUVERNAY, Ava. **A 13º Emenda.** Produção: Howard Barish, Ava DuVernay, Spencer Averick. Roteiro: Ava Duvernay, Spencer Averick. Nova York: Netflix, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. Ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. Ed. Rev. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 246.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema.** 2ª edição. São Paulo: RT, 2012. Disponível em: Mnha Biblioteca.

GAIO, André Moysés. Crime e controle social no Brasil Contemporâneo. Teoria e Cultura, v. 1, n. 2, 2006. P. 18.

GARCEL, Fernando. **Apenas três estados tem penitenciárias em regime diferenciado.**

Paraná Portal: 2007. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/geral/apenas-tres-estados-tem-penitenciarias-em-regime-diferenciado/>. Acesso: 10 de outubro de 2019.

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**. Disponível em:

<<http://www.bu.ufsc.br/ConstRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 13 nov 2019.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização – Junho de 2016 – organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa [et. Al]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. P. 9. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 05/11/2019.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo**. In: JAKOBS, G; CACIO MELIÁ, M. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Trad. e org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. pp. 19-48. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JOTA. **Discussão sobre RDD para presos infratores está travada no STF..** Brasília: out.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/rui/discussao-sobre-rdd-para-presos-infratores-esta-travado-no-stf-10102018>. Acesso em: 11/11/2019.

KUEHNE, Mauricio. **Lei de execução penal anotada**. 11ª Edição. Curitiba: Ed. Juruá, 2013. p. 181.

LEAL, Jackson da Silva. **A Política Social e a Política Criminal na Governabilidade Moderna – 10 anos de governo do PT**. R. Praia Vermelha, Rio de Janeiro, v.23, n.1, p. 197-227, Jan./Jun. 2013. P. 217.

LIMA, G. G. de. **Sistema prisional paulista e organizações criminosas: a problemática do PCC – Primeiro Comando da Capital**. Universidade Metodista de Piracicaba, 2009. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Ana Lúcia Sabadell da Silva.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves Notas sobre o Regime Disciplinar Diferenciado**. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n.22.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves Notas sobre o Regime Disciplinar Diferenciado**. R.

SJRJ, Rio de Janeiro, n.22, 2008. P. 199.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Como funciona o presídio federal**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/entenda-como-funciona-um-presidio-federal>>. Acesso em: 11 out. 2019.

Ministério da Justiça e Segurança Pública: Governo Federal. **Penitenciária Federal é instrumento para desarticular o crime organizado**. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1553543577.54>. Acesso em: 05/11/2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O monstro RDD: é melhor chamar RDD de Regime Diferenciado da Desesperança**. Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Ago. 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-ago-16/melhor_chamar_regime_diferenciado_desesperanca?pagina=11. Acesso em: 06/11/2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal**. In: Crítica à Execução Penal - 2º Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. P. 283-292.

Notícias STF. **Defesa de Marcola pede desinternação de RDD**. Fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171917>. Acesso em: 11/11/2019

Notícias Terra. **Saiba como é o presídio onde está Beira-Mar**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI105421-EI316,00-Saiba+como+e+o+presidio+onde+esta+BeiraMar.html>. Acesso: 10 de outubro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: Minha Biblioteca.

Ordem de Advogados do Brasil. **Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido cautelar nº 4162**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>. Acesso em: 25/10/2019.

PORFÍRIO, Fernando. **Regime desumano: TJ-SP julga Regime Disciplinar Diferenciado inconstitucional**. Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Agosto de 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-ago-15/tj_paulista_afirma_rdd_inconstitucional. Acesso em: 11/11/2019.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema Prisional** / 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: atlas, 200. Disponível em: Minha Biblioteca.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.14, n. 168, p. 18, nov. 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal : teoria crítica**. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Disponível em: Minha Biblioteca. P. 263.

SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes; SILVESTRE, Giane. **Políticas Penitenciárias e as facções criminosas: uma análise do regime disciplinar diferenciado (RDD) e outras medidas administrativas de controle da População carcerária**. Estudos de Sociologia, v. 17, n. 33, 2012. P. 337.)

SÃO PAULO. **Resolução SAP nº 11 de 13 de março de 2001**. São Paulo, 2001. Disponível em:<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/boletim22001/legiaslacao/estadual/resolucaosap11.htm>. Acesso: 02 de outubro de 2019.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal**. In: Crítica à Execução Penal - 2º Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. P. 210-222.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3.ed. São Paulo, Malheiros, 2007. P. 86 e 87.

SOUZA, Felipe (BBC News Brasil). **Transferência de Marcola e 21 membros do PCC gera tensão em SP**. BBC News Brasil, São Paulo: fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47202312>. Acesso em: 09/11/2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2º Edição junho de 2007, 3º edição dezembro de 2011, 2º reimpressão setembro de 2014. – (Pensamento criminológico;14). P. 70-72.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral** – 5. Ed. Rev. E atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 112-113.