CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA - UNIALFA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS HENRIQUE DE SOUZA ROSA

TEORIA GERAL DAS PENAS E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

GOIÂNIA
NOVEMBRO DE 2022

CARLOS HENRIQUE DE SOUZA ROSA

TEORIA GERAL DAS PENAS E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Alves Faria, sob orientação do Prof. Rafael Barreira Alves, como requisito para a conclusão do Curso de Direito.

Orientador: Prof. Rafael Barreira Alves

GOIÂNIA

NOVEMBRO DE 2022

CARLOS HENRIQUE DE SOUZA ROSA

TEORIA GERAL DAS PENAS E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Esta monografia foi analisada e julgada adequada para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Orientador e Banca Examinadora designada pelo Curso de Direito do Centro Universitário Alves Faria.

_____

Prof. Orientador Rafael Barreira Alves – UNIALFA

Aprovado em_____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Orientador Rafael Barreira Alves – UNIALFA_____

Prof. Leitor Anderson Brasil – UNIALFA_____

GOIÂNIA

NOVEMBRO DE 2022

Aos meus familiares, professores e amigos, que compartilharam comigo os momentos de tristezas e alegrias.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por essa etapa conquistada, que me guiou nessa trajetória, abrindo as portas para o sucesso.

Agradeço também aos meus familiares por me dar suporte, força e esperança de forma especial, me apoiando em todos os momentos.

E quero, por último, ao meu mestre, em especial ao orientador, pela paciência e dedicação, bem como pela sua partilha comigo do seu conhecimento em contribuição à conclusão desse trabalho.

Os problemas do trabalho que são levados para a sua vida eliminam sua qualidade de vida. Os problemas da vida que são levados para seu trabalho diminuem sua carreira.

Fagner Gouveia

RESUMO

ROSA, Carlos Henrique de Souza. **Teoria geral das penas e suas principais características**. Monografia, 2022. 47 f. Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Goiânia, 2022.

Antigamente, a prisão era utilizada como meio de custódia, e somente na Idade Média assumiu as características de pena privativa de liberdade, sendo ainda a principal prática de controle social pelo direito penal e a maior corporificação do direito penal nacional. Este estudo visa principalmente analisar a relação entre prisão e pena, essa evolução, a teoria que legitimou sua existência e aplicação, e a finalidade da pena aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro. A relevância temática é verificada pela aparente crise de validade da pena e pela falência do sistema prisional. De fato, a legislação penal vigente no Brasil tem se mostrado inconsistente com a finalidade proposta, principalmente no que diz respeito à ressocialização de infratores. O presente trabalho tem por objetivo estudar a teoria geral das penas e suas principais características analisando o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), através do desenvolvimento dos aspectos legais envolvidos na criação deste regime disciplinar, além de verificar sua legalidade e consonância com as garantias constitucionais dos indivíduos. A metodologia utilizada neste trabalho foi a bibliográfica. No desenvolvimento deste trabalho, percebeu-se que o legislador não teve o cuidado de observar as regras e princípios já determinados pelo direito penal e constitucional pátrio. Como se observa a função da pena é a retribuição e a prevenção visando a ressocialização do indivíduo. Essa disposição é completamente ignorada pela lei que instituiu o RDD, pois não se pode falar em ressocialização para um indivíduo que cumpre sua pena em um regime disciplinar demasiadamente rigoroso.

PALAVRA-CHAVE: Teoria geral das penas. Direito penal. Ressocialização.

ROSA, Carlos Henrique de Souza. **General theory of feathers and its main features**. Monograph, 2022. 47 f. Law Graduation Course at Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Goiânia, 2022.

In the past, prison was used as a means of custody, and only in the Middle Ages it assumed the characteristics of a custodial sentence, being still the main practice of social control by criminal law and the greatest embodiment of national criminal law. This study mainly aims to analyze the relationship between prison and sentence, this evolution, the theory that legitimized its existence and application, and the purpose of the sentence accepted by the Brazilian legal system. The thematic relevance is verified by the apparent crisis of validity of the sentence and by the failure of the prison system. In fact, the criminal legislation in force in Brazil has been inconsistent with the proposed purpose, especially with regard to the rehabilitation of offenders. The present work aims to study the general theory of penalties and its main characteristics, analyzing the Differentiated Disciplinary Regime (RDD), through the development of the legal aspects involved in the creation of this disciplinary regime, in addition to verifying its legality and consonance with the constitutional guarantees of the individuals. The methodology used in this work was the bibliography. In the development of this work, it was noticed that the legislator was not careful to observe the rules and principles already determined by the criminal and constitutional law of the country. As can be seen, the function of the penalty is retribution and prevention aimed at the resocialization of the individual. This provision is completely ignored by the law that instituted the RDD, as one cannot speak of resocialization for an individual who is serving his sentence in an overly strict disciplinary regime.

KEYWORD: General theory of penalties. Criminal law. Resocialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**
1 Função da Pena **14**
1.1 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena **14**
1.1.1 Formulações das Teorias Retributivas da Pena 15
1.1.1.1 Teoria de Kant 16
1.1.1.2 Teoria de Hegel 17
1.1.1.3 Outras Teses Retribucionistas da Pena 17
1.2 Teorias Relativas ou Preventivas da Pena **18**
1.2.1 Prevenção Geral Negativa 19
1.2.2 Prevenção Geral Positiva 20
1.2.3 Prevenção Especial 21
1.3 Teoria Mista ou Teoria Unificadora da Pena **22**
1.4 Teorias Deslegitimadoras da Pena **24**
1.4.1 A Inexistência do Crime 24
1.4.2 Inidoneidade Funcional 25
1.4.3 Excepcionalidade da Intervenção Penal 25
1.4.4 Seletividade Arbitrária do Sistema Penal 25
1.4.5 Caráter Consequencial da Intervenção Penal 26
1.4.6 Caráter Criminógeno do Sistema Penal 26
1.4.7 Neutralização da Vítima pelo Sistema Penal 27
1.4.8 Intervenção do Sistema Penal sobre Pessoas e Não sobre Situações 27
2 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL **28**
2.1 Princípio da Legalidade **29**
2.2 Princípio da Jurisdicionalidade **30**
2.3 Princípio do Devido Processo Legal **31**
2.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa **32**
2.5 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição **32**
2.6 Princípio da Humanidade **33**
2.7 O Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal **34**
3 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO RDD **36**
3.1 Hipóteses de Inclusão do Indivíduo em Regime Disciplinar Diferenciado **37**
3.2 Do Procedimento para a Inclusão do Preso em Regime Disciplinar Diferenciado **38**

3.3 Da Violação do RDD à Função da Pena 39
3.4 Da Violação do RDD aos Princípios Constitucionais 41
3.4.1 Da Violação ao Princípio da Legalidade 41
3.4.2 Da Violação ao Princípio da Humanidade 42
3.4.3 Da Violação ao Princípio da Presunção do Estado de Inocência 42
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS 44
REFERÊNCIAS 45

INTRODUÇÃO

A pena apresenta-se de maneira eficaz com a finalidade de punir a pessoa que comete um delito desvalendo seu semelhante, ou contra a sociedade. A pena pode ser avaliada como a imposição da perda ou redução de um bem jurídico, prevista em uma lei e aplicada, pelo judiciário, a quem cometeu ilícito penal (BORGES, 2012).

Para Mirabete (2017, p. 89) "a pena é a sanção imposta pelo Estado, consoante a ação penal, ao promotor de uma infração (penal), como pagamento de seu ato ilícito, condizente a diminuição de um bem jurídico, no intuito de se evitar novos delitos".

A pena deve ser entendida como um castigo, uma reprimenda pelo ato antijurídico cometido, devendo o autor de tal ato sofrer limitações, devendo também sentir-se prejudicado, como forma do mesmo compreender a pena como um retorno de sua conduta reprovável.

A Lei de Execução Penal conhecida como (LEP) (Lei 7.210 de 1984), visa regular a execução das penas aplicadas através de uma sentença penal condenatória aos indivíduos que cometeram crimes.

A LEP descreve como deve ser o efetivo cumprimento da pena imposta. Entre os tipos de pena previstos no ordenamento jurídico, o mais conhecido é a pena privativa de liberdade, em que o indivíduo fica privado de liberdade pelo tempo determinado na sentença penal condenatória.

A referida lei regula os procedimentos que devem ser obedecidos durante a execução da pena restritiva de liberdade, dentre elas estão todas as garantias do preso, direitos, deveres e as faltas e suas respectivas sanções. No que se refere ao aspecto disciplinar, a lei prevê determinado tipo de sanção de acordo com a falta cometida pelo sentenciado.

Em 1° de dezembro de 2003 houve a aprovação da Lei 10.792, que trouxe algumas mudanças na Lei de Execução Penal (LEP). Tais alterações acabaram por instituírem o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Este regime disciplinar é previsto como forma de sanção disciplinar e deverá ser aplicado somente em casos extremos, em que a própria LEP define de forma expressa.

Para se elucidar os aspectos em pauta sobre a finalidade da pena, incumbe apresentar as doutrinas sobre o assunto. Salienta-se que têm várias teorias para elucidar a função da pena, porém, considera-se mais expressivas as teorias retributivas, as teorias preventivas e as teorias unificadoras ou mistas (BORGES, 2012).

Tendo-se apontado de forma geral as teorias cuidadoras da finalidade da pena criminal, apontando a existência das funções reais ou latentes, abordar-se-á cada uma das teorias, no intuito de fazer uma análise mais crítica das mesmas (MIRABETE, 2017).

A pena apresentou significativas evoluções desde os primórdios, em que uma reação irracional, uma simples descarga de tensão emocional, na antiguidade, para na atualidade apresentar retribuição proporcional a um mal cometido. Sempre que prevista em lei, possui cunho preventivo geral no tocante a toda a sociedade e em especial para o delinquente, busca uma reeducação e uma recuperação do indivíduo no intuito de melhor poder retornar à liberdade (BITTENCOURT, 2020).

Dentre as espécies de pena, a denominada pena privativa de liberdade, se apresenta como a mais aplicada, bem como a mais criticada mediante as deficiências do sistema prisional. Pois o mesmo não consegue, geralmente, atender aos desígnios das leis pertinentes à execução das penas, especialmente a de prisão, que deve garantir aos apenados diversos direitos no intuito de alcançar sua ressocialização. No entanto, infelizmente, direitos como os descritos no escopo deste trabalho, não estão sendo cumpridos (SILVA, 2021).

Sob o ponto de vista histórico, a pena presente na atualidade, prevê a troca da pena privativa de liberdade (PPL) por penas alternativas, como as penas restritivas de direito (PRD). No entanto, sabe-se que no momento não se pode abandonar por completo a pena privativa de liberdade em algumas situações **(**SANTOS, 2016).

A sociedade contemporânea não apresenta evolução o suficiente para deixar de lado o entendimento de que a pena não deve mais ter caráter retributivo e sim, educativo e ressocializador (CAPEZ, 2021).

Aos indivíduos que devem pagar pelos seus crimes, não basta apenas priva-los de sua liberdade, mas sim deve-se dar as devidas condições de higiene, alimentação, local para dormir, entre outros (DELMANTO, 2016).

O grande problema é que o RDD é um regime disciplinar exageradamente rigoroso, pois, prevê que o sentenciado fique preso de forma isolada, sem contato com qualquer outro preso, além de limitar o tempo de permanência fora da cela e a quantidade e a duração das visitas. Mais grave ainda é permitir a inclusão do preso no RDD sem que esteja sequer condenado de forma definitiva, pois a lei prevê sua aplicação também a presos provisórios (FARTH, 2018).

No tocante ao respeito à dignidade humana do apenado, deve-se garantir todos os seus direitos garantidos no ordenamento jurídico, no entanto, o que se percebe é a existência de celas de presídios minúsculas, sem janelas, com inúmeros colchões. Sabendo-se que no sistema penal

brasileiro, a maior pena prevista é de quarenta anos, o que realmente acontece é a maioria dos reclusos cumprir em média o equivalente há quinze anos e então saem para liberdade (GOMES, 2016).

Sem uma política que se apresente eficaz na reintegração à sociedade do egresso. O que se percebe é que a maioria se torna reincidente, talvez pelos traumas e pelos horrores sofridos em seu cárcere. Em não existindo um planejamento plenamente eficaz do Estado no intuito de solucionar tal problema, o que permanece é a transferência de local de alguns presos, ficando tudo no mesmo. Quer-se crer que no decorrer do tempo possa encontrar-se uma solução para que a pena passe a ter uma função mais preventiva e que, na pratica, cumpra sua função ressocializadora (MIRABETE, 2021).

A pergunta que norteou este trabalho foi: Quais as principais características da sanção disciplinar denominada Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), através do desenvolvimento dos aspectos legais?

Se justifica o estudo em questão pela relevância do assunto em detectar se o padrão prisional aplicado atualmente está firmado nos princípios da Constituição Federal de 1988. Este trabalho procurará traçar as teorias dos fins das penas, justificando a finalidade das penas perante sua função social, bem como abordar a evolução histórica da pena, sobre como as penas foram evolucionando e procurando uma maior humanização em relação às pessoas que desobedeciam às normas, já que, desde os primórdios até os dias de hoje, a pena sempre teve um estilo predominantemente de retribuição e castigo (GRECO, 2020).

Um Estado que visa garantir a proteção daqueles que habitam em seu território, deve respeitar os limites quanto ao seu direito de punir, preservando assim a dignidade das pessoas. Sabe-se que o sistema de pena já foi muito cruel e ainda assim existem vários países em que se aplicam penas demasiadamente cruéis. Entretanto, existem vários dispositivos que visam aplicar a pena de forma que o ser humano não seja punido cruelmente e que este se possa se ressocializar perante a sociedade (MARCÃO, 2021).

A pena é considerada a consequência jurídica mais importante do delito, pelo fato de privar e restringir bem jurídicos, com base nas leis impostas pelo poder judiciário ao indivíduo que cometeu uma infração penal **(**BORGES, 2012**)**.

Em relação à evolução histórica das penas, as penas sofreram inúmeras modificações tendo funções e objetivos diferentes em cada período. Neste sentido, a evolução que sofreu o caráter da pena e a sua função social houve uma grande evolução (GRECO, 2020).

Contudo, ainda existem dúvidas em relação a função da pena, pois mesmo depois de toda evolução com as teorias que foram surgindo, a sua função não tem se mostrado tão eficaz, deixando a dúvida se seria melhor uma função punitiva ou reeducativa (MIRABETE, 2021).

O presente trabalho tem por objetivo estudar a teoria geral das penas e suas principais características analisando o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), através do desenvolvimento dos aspectos legais envolvidos na criação deste regime disciplinar, além de verificar sua legalidade e consonância com as garantias constitucionais dos indivíduos já os objetivos específicos foram: entender a teoria geral das penas, descrever os princípios da execução Penal e apresentar o RDD como forma de justiça social ao apenado (LEVORIN, 2017).

Este estudo caracteriza-se como pesquisa bibliográfica de caráter descritivo qualitativo, onde o pesquisador é quem descreve o objeto de pesquisa, assumindo o papel de observador. A fundamental vantagem da investigação bibliográfica reside no acontecimento de consentir ao investigante a cobertura de uma quantidade muito mais ampla do objeto em estudo do que aquela que poderia pesquisar abertamente. Segundo Gil (2017) a pesquisa bibliográfica ainda é imprescindível nos estudos históricos. Em muitas circunstâncias, não existe outra maneira de apreciar os casos que já se passaram sem ser com base em dados bibliográficos.

As bases que serão utilizadas para coleta de dados foram a *scielo* e google acadêmico, e revistas nacionais e internacionais de artigos de acesso livre na internet, e livros. Os dados foram coletados através do levantamento de livros e produções cientificas sobre a teoria geral das penas e suas principais características, produzidos entre os anos, 2012 a 2021 e foram excluídos os que não tratar do assunto ou que for de publicações anteriores a 1998. Foram utilizados livros e artigos que falam sobre a teoria geral das penas e suas principais características (FACHIN, 2017).

Após a colhimento dos dados de pesquisa, foi realizado o estudo e interpretação destes. O estudo e interpretação de dados têm por objetivo sumarizar os dados de forma que possibilitem identificar as respostas do problema. Já a interpretação tem por objetivo procurar o sentido mais amplo das respostas.

Em relação ao tratamento dos dados, a apreciação de conteúdo tem um caráter dimensional que excede o conteúdo da mensagem, onde se é aceitável procurar significados de outros significados. Para discussão e análise dos dados, foi usado o método de categorização, ou seja, foram agrupadas as ideias que mais se repetem, bem como aquelas que aparecem esporadicamente, mas que representam uma preocupação relevante com a situação.

1 FUNÇÃO DA PENA

São duas as grandes correntes político-criminais sobre a função da pena: a corrente legitimadora e a corrente deslegitimadora. A legitimadora, mais tradicional, reconhece a legitimidade do Estado para penetrar na liberdade das pessoas. Já a deslegitimadora nega totalmente tal legitimação considerando-a desnecessária (CESTARI, 2018).

Considerando que a pena não é o tal mal como dizem os defensores das teorias retribucionistas da pena, mas ao contrário, que se trata de uma indispensável necessidade social, os postulados nos quais se fundamentam tais conceitos entram em profunda crise que tem antecedentes no período do iluminismo, como nos informa Borges (2012).

Assim, a pena é concebida como um castigo que se determina ao autor de um ato tipificado como crime pelas normas da sociedade para que pague por sua culpa, não havendo outra conclusão a se tirar do que a da concepção retributiva da pena (CAPEZ, 2021).

As teorias deslegitimadoras negam a existência do próprio Direito Penal e recusam a legitimidade do estado para exercer o poder punitivo, citando a distância que existe entre a teoria e a pratica penal e além disso argumentam que o Direito Penal gera mais problemas do que soluciona os já existentes na sociedade (MIRABETE, 2017).

1.1 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena

Toda teoria que defende o Direito Penal ou a pena como sendo um fim em si mesmo é considerada absoluta. Na teoria absoluta as justificativas não se relacionam com as razões utilitárias ou preventivas, pois, em regra, a pena origina-se do simples fato de ter havido um crime (SANTOS, 2016).

Para se entender melhor a função de pena em sentido retributivo, deve-se analisar o tipo de Estado que a instituiu. Como cita Sena (2012) no Estado absolutista, havia forte influência religiosa em todas as ações estatais, a começar pelo soberano, que cria que o poder que ele possuía era dado por Deus, isso fazia com que o estado e a igreja ficassem em uma situação de igualdade, misturando o direito com valores cristãos. O soberano era o próprio estado em forma de pessoa. O entendimento da época, a respeito da pena, era que esta era um corretivo com o qual se pagava o pecado cometido. Dessa forma, no Estado absolutista, aplicava-se pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se ao mesmo tempo, contra o próprio Deus.

O Estado absolutista é conhecido na história como um Estado de transição entre a baixa Idade Média e o liberalismo. Durante este período ocorreu também um grande crescimento da burguesia, havendo na época um considerável acúmulo de capital **(**BITTENCOURT, 2020**)**.

Após o surgimento do mercantilismo, iniciou-se um processo de decomposição e desgaste do Estado absoluto. Tal processo de decomposição deu margem à revisão da concepção de Estado, até então estabelecida, que se caracterizava pela vinculação entre Estado e Soberano e entre o Soberano e Deus (CAPEZ, 2021).

Surge então o Estado Burguês que tem como base a teoria do Contrato Social. Com a nova concepção, agora liberal, de Estado, a pena não poderia mais manter seus fundamentos na já extinta ligação entre a entidade divina e o líder Soberano, doutrina cristã e Estado. A pena passou então a ser considerada como uma retribuição, devido à desestabilização jurídica adotada pelos homens que, por conseguinte seria adotada pelo ordenamento jurídico. A pena tornou-se então a precisão de recuperar a diretriz legal violada **(**DELMANTO, 2016**)**.

A punição nasce da retribuição, passando então a razão de Deus trocada pela razão do Estado e as leis de Deus pela lei dos homens. Dessa forma, o indivíduo que descumpria o Contrato Social era considerado desleal por não cumprir com o compromisso de contribuir com a conservação da ordem social, produto da liberdade natural e originária (PICINATO, 2012).

Nesse contexto, o indivíduo não mais é considerado como parte do grupo social, mas sim como um rebelde cuja culpa pode ser retribuída pela pena. Para a ideia retribucionista cabe à pena a difícil missão de realizar a Justiça. O término da pena então, nada mais é, que a realização da justiça. O autor da violação do Contrato Social deve ter sua culpa retribuída com a atribuição de um mal, que é a pena. Assim, o fundamento para se aplicar a sanção estatal está na capacidade de decisão do indivíduo para diferenciar justo e injusto, certo e errado.

1.1.1 Formulações das Teorias Retributivas da Pena

As principais formulações das teorias retributivas da pena são as desenvolvidas por Kant e Hegel. Contudo há particular diferença entre essas formulações.

> Kant defende que a pena cumpre a precisão de justiça, que surge de um dominador ético completo, não dependendo de ponderações praticas, sendo suficiente a pena como mecanismo para se realizar a justiça, utilizando-se de justificação de valor ético. Hegel interpreta a pena como uma inevitabilidade obvia, ou que o direito é o protesto da vontade racional, pena seria a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional, utilizando-se de uma fundamentação de ordem jurídica (BORGES, 2012, p. 90).

Tais formulações centralizam na pena todo o controle da sociedade. Esse conceito torna impossível sua conciliação com a crescente relativização dos sistemas penais atuais, como as penas alternativas e a transação penal, por exemplo, ignorando, ainda, a injustiça ligada ao funcionamento desse sistema.

1.1.1.1 Teoria de Kant

Segundo Kant, aquele indivíduo que não cumpre as regras legais não é honrado do direito à cidadania, sendo obrigação do reinante castigá-lo de forma impiedosa. Kant entendia a lei, como uma doutrina que representa uma ação em si, não existindo qualquer referência a nenhum outro fim (CAPEZ, 2021).

É bom aquilo que determina a vontade através da representação da razão e, não por motivos subjetivos, mas objetivos, ou seja, por fundamentações válidas para todo ser racional. Para Kant, não apenas a legalidade das ações seria necessária também o respeito ao mandamento geral ou universal da moralidade, sendo esse respeito o motivo concreto que impulsiona à vontade.

> Kant afirma que a pena jurídica nunca pode ser aplicada como um meio de procurar outra utilidade, nem em favor do delinquente ou da sociedade, mas sempre deve ser contra o culpado, pela simples razão de ter cometido o delito. Pois um homem jamais pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado como coisa ou objeto do direito real. Segundo a tese kantiana, o indivíduo não é coisa suscetível de instrumentalização, não é, pois, algo que possa ser usado como simples meio devendo ser considerado como fim em si mesmo, em todas as ações (SENA, 2012, p. 43).

Na filosofia seguida por Kant, aplica-se a pena somente por ter ocorrido transgressão à lei. Sendo assim é seu objetivo somente a realização da justiça, pois quando não se conhece a justiça, não há razão de ser dos homens sobre a Terra.

Segundo Kant, não existe nada melhor que o *ius talionis* para expressar o atributo e a parcela de pena, mas deve ficar claro que sempre, sendo submetida à apreciação de um tribunal e nunca por julgamento particular (PICINATO, 2012).

Kant entende que o indivíduo deve ser castigado somente por ter cometido um crime, sem considerar a serventia da pena para ele e os demais que compõem a sociedade. Dessa forma, Kant nega qualquer função preventiva da pena. A pena, para ele, decorre simplesmente da transgressão da norma penal, ou seja, da simples prática do delito (GOMES, 2016).

1.1.1.2 Teoria de Hegel

Segundo Hegel a pena é a negativa da negativa do Direito. A justificação para definir a pena utilizada por Hegel é, ao contrário da utilizada por Kant, de natureza mais jurídica, como relata Sena (2012).

Para Hegel a pena se justifica na necessidade de ter restabelecido a validade da vontade Geral, que se encontra demonstrada na ordem jurídica por meio de leis e foi refutada pela vontade do delinquente (CESTARI, 2018). Entende-se, portanto, que se a vontade geral foi negada pela vontade do criminoso, tal negação deve também ser negada, neste caso através do castigo penal para que a vontade de todos seja novamente reafirmada. Sendo assim, a pena será a retribuição ao criminoso pelo delito que praticou, e de acordo com a quantidade ou a intensidade que praticou a negação, será também a quantidade ou necessidade da nova negação que é o castigo.

No pensamento hegeliano, o Direito seria a expressão de uma vontade racional, que pode ser assimilado como a vontade geral e sendo uma organização que demonstra bom senso, significa uma liberação da necessidade. Para Hegel, o bom senso e a autonomia são o alicerce do Direito. O crime, considerado a negação do Direito, é a manifestação da vontade irracional, ou vontade particular, que configura a contradição entre as duas vontades (GRECO, 2020).

Ocorrida a vontade particular, que é a do criminoso, o crime é destruído, negado, expiado pelo sofrimento causado pela pena, o que restabelece o Direito lesado. Ainda citando Silva et al. (2019), o método dialético é identificado na ideia de Direito Penal defendida por Hegel. Nesse caso a tese seria a vontade geral, a antítese seria o crime, já que nega a vontade geral ou ordem jurídica, e finalmente a síntese, que seria a negação da negação, isto é, a pena como punição pelo cometimento do crime.

A aplicação da pena se faz necessária ao restabelecimento da ordem jurídica ou da vontade geral quebrada. Na opinião de Hegel somente a aplicação da pena torna o delinquente um ser racional e livre, sendo então a pena a maneira de o Estado compensar o crime e restabelecer o equilíbrio social afetado pela negação da ordem jurídica (SILVA, 2021).

1.1.1.3 Outras Teses Retribucionistas da Pena

Kant e Hegel foram os maiores defensores das teorias absolutas da pena. Contudo, existiram outros importantes autores que também emitiram opiniões a respeito destas teorias. A concepção de Carrara, em Sena (2012), aproximava-se bastante da defendida por Hegel.

Carrara afirma que o crime piora a sociedade ao violar suas regras e ofende a todas as pessoas ao reduzir neles a sensação de proteção.

Então, para evitar novas investidas por parte do criminoso, a pena deve ser aplicada para reparar o dano causado pelo crime através do restabelecimento da ordem, alterada pela desordem causada pelo crime (SANTOS, 2016).

Greco (2020) também entende a pena como a retribuição de um mal através de outro mal. Para ele, a pena é a confirmação da prevalência do poder do Direito e, para tanto seria necessário a redução do culpado pela força. Tal entendimento, consequentemente, descarta qualquer outra finalidade da pena, além do testemunho de força do Estado.

Sena (2012), destaca que a antiga ética cristã defendeu uma teoria absoluta da pena, que pode ser constatada em duas direções distintas: uma delas seria a teoria dos dois reinos e a outra a teoria da analogia *entis*. A primeira defende a ideia de uma ordem geral criada por Deus. A segunda parte da identidade entre o ser soberano e o ser humano. Segundo o filósofo, o conteúdo de uma dessas teorias teria sido mantido por uma parte da teologia protestante e o outro pela antiga hipótese católica. O sentido da pena estaria enraizado como preservação da ordem eterna ante e sobre o criminoso. Terminado na ideia de expiação, o sentido da pena, sem considerar sua finalidade, se orienta, somente em relação ao bem e a pena, sem outros efeitos, afetando dessa forma apenas o criminoso.

O Papa Pio XII, mencionando a teoria da analogia *entes*, em mensagem ao VI Congresso Internacional de Direito Penal, afirmou: O Juiz Supremo, em seu julgamento final, aplica unicamente o princípio da retribuição. Este há de possuir, então, um valor que não deve ser desconhecido (BITTENCOURT, 2020).

1.2 Teorias Relativas ou Preventivas da Pena

As teorias preventivas da pena defendem que a pena não visa retribuir o crime praticado, mas sim prevenir a sua prática. O castigo ao autor do crime se impõe, de acordo com a teoria absoluta, apenas pelo motivo de ter cometido o crime, já para as teorias preventivas, a pena é imposta para que o indivíduo não volte a cometer crimes (BORGES, 2012).

Tanto as teorias absolutas ou retributivas, como as teorias relativas ou preventivas consideram a pena um castigo necessário, porém, as teorias preventivas se baseiam na ideia da realização da justiça, mas sim, na função de impedir, o quanto possível, o cometimento de novos fatos delituosos (CESTARI, 2018).

A mais antiga forma das teorias relativas é atribuída a Sêneca que, por sua vez, se baseou em Protágoras e em Platão ao afirmar que nenhuma pessoa responsável penitencia pela profanação efetuada, mas sim para que não volte a profanar. As teorias relativas ou preventivas da pena se subdividem em prevenção geral positiva, prevenção geral negativa, e prevenção individual (CAPEZ, 2021).

Na prevenção geral positiva, a pena é entendida como um meio de fortalecer os valores ético-sociais determinados na norma. Na prevenção geral negativa, a lei penal tem o objetivo de motivar as pessoas a absterem-se do crime. Na teoria da prevenção especial é objetiva da pena, a destruição do criminoso, principalmente inibindo no mesmo a prática de novos crimes (GOMES, 2016).

1.2.1 Prevenção Geral Negativa

Capez (2021) destaca-se como defensor da Teoria Preventiva Geral da Pena. A teoria defendida por Feuerbach, como relata Sena (2012), Teoria da Coação Psicológica, foi uma das primeiras representações jurídico-científica da prevenção geral, sendo ela de extrema importância para o entendimento da função do Direito Penal. Tal teoria segura que é através do Direito Penal que será possível resolver a adversidade das transgressões. Isso se torna realizável da seguinte forma: de um lado está a ameaça de pena, ou seja, a cominação penal que avisa aos membros do grupo social quais os fatos são considerados injustos, contra os quais haverá reações; do outro lado, a aplicação da pena cominada, deixando claro o propósito de cumprir a ameaça feita.

Para Feuerbach, a pena é uma ameaça efetiva da lei aos cidadãos, para que estes, não cometam crimes. Feuerbach considera, portanto, a pena como uma coerção psicológica com a qual busca evitar a ocorrência de crimes. O entendimento aqui é: sendo o homem um ser racional, ao encontrar-se sob uma coação, deve evitar o crime. Contudo, essa coerção deve levá-lo a imaginar que não vale a pena cometer o crime, uma vez que, se o fizesse, seria castigado (MIRABETE, 2021).

As ideias prevencionistas surgiram no período de transição entre o Estado absoluto e o Estado liberal, durante o Iluminismo. Tais ideias levaram o Estado a fundamentar a pena utilizando os princípios que os próprios filósofos deste período opuseram ao absolutismo, quais sejam: o Direito Natural, o Livre Arbítrio e a Racionalidade (DELMANTO, 2016).

Antropologicamente, pressupunha-se ser inerente ao indivíduo a capacidade de comparar, de forma calculada, vantagens e desvantagens de se cometer um crime e da pena a

ele imposta. A prevenção geral possui como fundamentos duas ideias: a intimidação através do medo e o equilíbrio da racionalidade do homem. Contudo, a teoria da prevenção geral não considera um importante aspecto psicológico do delinquente que é a sua confiança de que não será descoberto (SANTOS, 2016).

Sendo assim, o temor que se pretende com a ameaça da pena, não é suficiente para impedir que o indivíduo cometa o fato criminoso. Pode-se considerar que uma pessoa em condições normais possa ser influenciada pela ameaça da pena. Mas pode ser claramente observado na vida prática que tal situação não acontece sempre, como por exemplo, os criminosos profissionais, os habituais e até mesmo os ocasionais, que são aqueles que cometem um crime por impulso. Pode-se, portanto, concluir que cada crime, pelo fato de existir como tal, é uma evidência contra a eficácia da prevenção geral (GRECO, 2020).

Sena (2012) observa que outro importante censura à teoria da prevenção geral surge da necessidade dos legisladores e dos magistrados, consequentemente, terem de estabelecer e aplicar penas elevadíssimas que chegam a superar a culpabilidade do criminoso.

Das objeções feitas à prevenção geral, conforme Silva et al. (2019) várias delas decorrem da deficiência das soluções dadas aos problemas normativos e empíricos que enfrentam suas diretrizes. Tais problemas são: o conhecimento da lei penal pelos destinatários desta se os cidadãos necessitam agir em conformidade com o Direito, mas não conhecem a pena imposta, nem a possibilidade da execução desta punição, nenhum destes fatores atuará no resultado. Nem todos os cidadãos possuem a capacidade necessária para entender o conteúdo das leis, devido à linguagem especial utilizada em sua elaboração; a motivação do destinatário da lei penal o destinatário da lei deve sentir-se motivado a manter o comportamento desejado, sob o risco de seu conhecimento tornar-se sem efeito.

O conhecimento da pena deve influenciar o comportamento humano, para que seja uma solução ao problema jurídico-penal; idoneidade dos meios preventivos não há dúvidas de que a pena realmente intimida, e por isso deve-se atentar à proporcionalidade das cominações penais e seu efeito intimidatório, não podendo assim castigar amedrontando demasiadamente, criando um Direito Penal do Terror. Atualmente, utiliza-se em exagero a agravação desproporcional das penas, o que justifica uma discutível prevenção geral (CESTARI, 2018).

1.2.2 Prevenção Geral Positiva

A corrente inspirada na teoria dos sistemas, elaborada por Silva et al. (2019), parte da perspectiva da funcionalidade da pena para o sistema social. A norma penal mostra-se

necessária para a estabilização da expectativa do grupo social onde sua vigência é assegurada diante das frustrações decorrentes da violação destas normas (GOMES, 2016).

A pena protege as condições da interação social e tem, portanto, a função de prevenir, pois garante a vigência da norma. Na perspectiva sistêmica, a pena tem como principal função restabelecer a confiança e reparar os aspectos negativos que o descumprimento da norma traz à estabilidade do sistema social e à interação entre os indivíduos deste sistema. A pena então, é a demonstração da vigência da norma, ou seja, sua função é afirmar a validade da norma estabilizando a norma violada (CAPEZ, 2021).

Aqui, a norma penal não está destinada apenas aos potenciais autores de um fato delituoso, mas sim, a todas as pessoas integrantes do grupo social, uma vez que ninguém pode passar sem que ocorra a interação social. Assim, todos devem ter o conhecimento do que os espera caso as violem (BORGES, 2012).

Dessa forma, a pena é uma expressão simbólica oposta ao crime, que é uma ameaça à estabilidade do grupo social, constituindo outra expressão simbólica a infidelidade ao Direito. Contrapondo-se à chamada prevenção geral positiva fundamentadora, sustenta-se a prevenção geral positiva limitadora, que se baseia, na afirmação de que a prevenção geral deve demonstrar a essência limitadora do poder de punir estatal, sendo de extrema importância a consideração do direito penal como meio de controle social, para essa teoria.

O Direito Penal tem como principal característica sua formalização. A pena sempre deve se manter dentro dos limites estabelecidos pelo Direito Penal, ou seja, da proporcionalidade, podendo ser imposta somente após procedimento cercado de todas as garantias constitucionais (SANTOS, 2016).

A formalização existente no Direito Penal visa, através de suas normas objetivas, limitar o poder punitivo do Estado em relação aos direitos peculiares de toda pessoa. Dessa forma, o conceito de prevenção geral positiva será legitimo desde que integre todos os limites impostos pelas normas de Direito Penal, harmonizando suas eventuais contradições (GOMES, 2016).

1.2.3 Prevenção Especial

A teoria da prevenção especial ou individual busca evitar que não haja delitos, porém diferentemente da prevenção geral, é exclusivamente dirigida ao delinquente, com o objetivo de que este não cometa novos crimes (CESTARI, 2018).

A corrente seguida por tal teoria, tem como base a ideia de Silva et al. (2019). Segundo eles, a necessidade da pena é medida de acordo com os critérios de prevenção especiais. Nestes

a aplicação da pena obedece à ideia de ressocializar e regenerar o criminoso, assombrar os que não necessitam de ressocialização e neutralizar os incorrigíveis.

Nessa teoria, o interesse jurídico-penal não é mais o de reparação da diretriz legal ou o de intimidação dos membros da sociedade. Nessa concepção, a pena deve ser concretizada para a defesa da sociedade. O crime não é somente a violação desta ordem, mas sim, um dano social, sendo o delinquente um perigo social, ou seja, um anormal que colocaria em risco a nova ordem. Essa defesa social transforma o Estado paternalista no Estado intervencionista. Sob essa configuração estatal o idealismo positivista encontra sua base fundamental (BITTENCOURT, 2020).

A partir daí o Estado exerce o controle social tendo por base os seguintes argumentos científicos: existem homens normais e não perigosos, e existem aqueles perigosos e anormais. Sendo assim, é invocada a defesa da sociedade contra os atos desses homens anormais e perigosos e, em razão dos antecedentes contra a sociedade, seriam previstas medidas visando ressocializar e inocuizar este indivíduo (DELMANTO, 2016).

A prevenção especial não visa assombrar a sociedade nem recompensar o fato praticado. Visa somente àquele indivíduo que já delinquiu, buscando fazer com que este não torne a fazê-lo. Os defensores da teoria da prevenção especial preferem falar em medida no lugar de pena (GOMES, 2016).

O entendimento é o seguinte: a pena implica na liberdade ou na capacidade racional do indivíduo, parte de um conceito geral de igualdade. Por outro lado, a medida supõe que o criminoso é uma pessoa diferente das demais e perigosa, sendo assim, diferente dos normais, e por isso deve ser ajustado de acordo com sua particularidade. Considerando que não faz sentido algum o castigo, pretende-se então: corrigir, ressocializar ou inocuizar (GRECO, 2020).

Ao mesmo tempo em que são cumpridos os objetivos da prevenção geral, qual seja: intimidar, por meio da pena privativa de liberdade, visa-se também a ressocialização do delinquente (MIRABETE, 2017).

Existe ainda o argumento de que os fins da prevenção geral não seriam eficazes diante do delinquente, pois, às vezes, devido à gravidade do fato praticado por ele, não há necessidade de intimidar, ressocializar ou inocuizar, pois não existiria a menor possibilidade de reincidência deste indivíduo. Nesse caso, haveria a impunidade do delinquente (CHAGAS, 2015).

1.3 Teoria Mista ou Teoria Unificadora da Pena

As teorias mistas e as teorias unificadoras da pena visam a mediação entre as teorias absolutas e relativas, não simplesmente somando suas ideias mais básicas, mas englobando, em uma única ideia, a finalidade da pena. Para formar essa corrente, seus defensores buscaram retirar das teorias absolutas e das teorias relativas suas características mais relevantes (SANTOS, 2016).

Silva et al. (2019) entendem que a recompensa penal, a prevenção geral negativa, positiva e a prevenção especial, individual são peculiaridades diferentes de um mesmo fato intricado que é a pena. Estas teorias partem de uma crítica as soluções monistas, ou seja, as defendidas pelas teorias absolutas e relativas.

Aqueles que defendem estas teorias unificadoras sustentam que a unidimensionalidade, em certos sentidos, se mostra formalista e dotada de forte incapacidade para abranger tamanha complexidade, ou seja, não atendem aos verdadeiros interesses do Direito Penal, trazendo assim, graves resultados para a segurança e para os direitos fundamentas do indivíduo. Esse raciocínio tornou-se, então, a principal justificativa para se desenvolver uma teoria que atendesse a pluralidade funcional da pena (DELMANTO, 2016).

O entendimento, então, é de que a função da pena deve se justificar somente no fato praticado, independente de qual tenha sido o crime. Assim, fica afastando um dos princípios da prevenção geral, o da intimidação da pena, que serve de exemplo para que os demais cidadãos não cometam crimes. Com este mesmo raciocínio, descarta-se também o entendimento da corrente da prevenção especial, que se baseia no que o criminoso poderia fazer caso não recebesse a intervenção a tempo, e não no que ele já fez. Tal critério pode, inclusive, ser considerado uma ofensa à dignidade do indivíduo, uma vez que este é reduzido à categoria de doente social (GOMES, 2016).

Tais teorias atribuem ao Direito Penal a função de proteger a sociedade, e é baseado nisso que as correntes iniciam suas diferenças. De um lado, a posição mais conservadora, identificada por aqueles que entendem que a proteção da sociedade deve basear-se em uma retribuição justa e na medida pedida na pena. O caráter preventivo deve desempenhar um papel meramente complementar, mas sempre visando uma retribuição pelo fato praticado (MIRABETE, 2021).

De outro lado, surgiu a corrente denominada de progressista. Tal corrente inverte a relação: a justificativa da pena é a defesa social, o que significa a proteção do bem jurídico, sendo que aqui a retribuição passa a corresponder apenas à função de determinar o limite máximo que é exigido pela prevenção, o que impediria que essas exigências elevassem a pena além do necessário devido ao crime praticado (DELMANTO, 2016).

Percebe-se que tais teorias mistas consentem com a retribuição e o princípio da culpabilidade como parâmetros para limitar a aplicação da pena como sanção penal. Não pode a pena ir além da responsabilidade decorrida do crime cometido. Tais teorias unificam a função da pena na prevenção. A retribuição, teoricamente, através da culpabilidade e da proporcionalidade, ou as duas, desempenham o papel das exigências da prevenção (CESTARI, 2018).

Para a Teoria Unificadora da Pena, a justificativa desta depende, até certo ponto, da justiça e seus preceitos para preservar as circunstancias fundamentais da vida em sociedade. A pena só será legitima, a partir do momento que seja ao mesmo tempo justa e útil (SANTOS, 2016).

1.4 Teorias Deslegitimadoras da Pena

As teorias deslegitimadoras da pena têm em conjunto o fato de defenderem a inexistência do Direito penal. Tais teorias negam a legitimidade do Estado para exercer o poder punitivo alegando, principalmente, a grande diferença entre a teoria e a realidade, bem como a circunstância de que o Direito Penal, ao contrário de resolver cria mais problemas, sendo então fator criminógeno, abusivamente seletivo e responsável por sofrimentos inúteis (FARTH, 2018).

Com o auxílio das ideias de Queiroz (2021), serão analisados alguns dos argumentos mais utilizados para justificar a corrente deslegitimadora.

1.4.1 A Inexistência do Crime

Adotando a teoria do etiquetamento, observa-se que: sob a etiqueta do delito' agrupa-se uma sequência de hábitos que não tem nada em comum, tirando o fato de estarem criminalizados. O crime não é apenas um instrumento do sistema penal, mas sim o resultado de seu funcionamento. Sendo assim, a criminalidade não existe, pois se trata de uma realidade construída socialmente (GOMES, 2016).

O conceito de crime não é uma coisa operacional, pois o que o define é a lei, ou seja, o que ela não descreve não é considerado crime. Conclui-se, então, que é a lei quem cria o crime. Assim, o crime, é nada menos que um conceito aplicável em determinadas situações sociais onde possa ser cometido. Assim, é possível criar sistemas que extingam a existência do crime, como posto no sistema atual.

1.4.2 Inidoneidade Funcional

A norma penal, conforme já observado, não se presta à função de prevenção geral ou especial, ou seja, não se presta para desestimular os comportamentos delituosos, pois não é considerada ameaça. Ninguém deixa de cometer delitos com medo de que incida sobre ele o aparato repressivo estatal (MIRABETE, 2021).

O indivíduo que deixa de praticar determinado delito, o faz por motivos totalmente diferentes do medo, estando esses motivos mais ligados à moral, à religião e à cultura desse indivíduo (CESTARI, 2018).

Este argumento considera que a prevenção especial se trata de um mito, pois a prisão, que é a característica mais comum dos atuais sistemas penais, não ressocializa nem redime o delinquente, pelo contrário, o dessocializa, emburrece e o estigmatiza. Argumenta-se que, na verdade, o poder existente no sistema penal atual não é repressivo, mas sim configurador, disciplinador, arbitrário e seletivo (BITTENCOURT, 2020).

Ao renunciar a legalidade, as instituições do sistema penal possuem um controle demasiadamente militarizado, exercido perante a maioria da população que ultrapassa o limite repressivo, devido ao seu caráter configurador da vida social (GOMES, 2016).

1.4.3 Excepcionalidade da Intervenção Penal

Segundo tal entendimento, é gritante a diferença entre a quantidade de crimes praticados e a quantidade dos que se submetem à atuação do sistema penal. Então, além dos dados oficiais de criminalidade, há o chamado dado oculto, que seria assustadoramente maior do que o divulgado de forma oficial (MARCÃO, 2021).

Assim, se a maior parte dos crimes ocorridos passa longe do conhecimento e da atuação do sistema penal, não se justifica este existir para atuar excepcionalmente e em uma minoria de casos.

1.4.4 Seletividade Arbitrária do Sistema Penal

O sistema seleciona os indivíduos que sofrerão com sua efetiva atuação de maneira arbitrária, pois escolhe dentro do círculo geral os mais vulneráveis da sociedade, como os miseráveis e mais necessitados, gerando assim uma maior desigualdade social.

Consequentemente, existem as unidades prisionais superlotadas de pessoas pobres. E essa acaba sendo a lógica do capitalismo, que limita consideravelmente o acesso aos bens e a riqueza de forma equitativa (MIRABETE, 2021).

Assim, ocorre no direito penal. Há considerável contradição entre igualdade de seus sujeitos de direitos e desigualdade dos indivíduos. Entende-se também que a realidade do sistema penal não poderá se ajustar ao discurso jurídico penal, uma vez que todos os sistemas penais do mundo, apresentam suas próprias características de exercício de poder que anulam o discurso jurídico penal (QUEIROZ, 2021).

Dessa forma, o sistema penal atuará sempre de forma seletiva, selecionando de acordo com estereótipos criados pelos meios de comunicação, criando e reafirmando as desigualdades sociais, sendo, portanto, um sistema desigual por excelência (BITTENCOURT, 2020).

1.4.5 Caráter Consequencial da Intervenção Penal

Tal argumentação entende que o direito penal constitui uma resposta aos sintomas ou resultados do crime, e não a seus motivos. Assim quase nada se pode esperar do Direito Penal, pois, mais juízes e mais prisões, significam apenas mais presos, não menos delitos (BITTENCOURT, 2020).

Então, segundo este argumento, a eficácia preventiva do direito penal praticamente inexiste, pois quando acontece é demasiadamente limitada. Assim a intervenção penal ocorre muito tarde em relação aos acontecimentos sociais, não quando ocorre, mas quando e onde se manifesta essa ocorrência; e intervém mal, já que não traduz uma resposta adequada às causas, do problema, mas meramente em relação aos sintomas. No resultado produzido, mas não busca a causa que o gerou para evitar que o fato volte a ocorrer (MARCÃO, 2021).

1.4.6 Caráter Criminógeno do Sistema Penal

Considera-se que a atuação do sistema penal é, em muitos casos, criminógena. Tal entendimento se dá, pois ao em vez de coibir certas condutas, acaba criando situações que propiciam que estas condutas se proliferem e que outras atividades criminosas ocorram em razão da primeira. Como exemplo disso, pode ser citado a repressão à contravenção do jogo do bicho e o tráfico ilícito de entorpecentes que, em vez de o direito penal evitar que aconteça, acaba condenando-os à clandestinidade e os tornando atraentes do ponto de vista econômico (CAPEZ, 2021).

Assim, conclui-se que, em vez de coibir a criminalidade, o direito penal acaba por fomentá-la, fazendo assim um papel totalmente contrário àquele que se propõe, atuando de forma extremamente criminógena.

1.4.7 Neutralização da Vítima pelo Sistema Penal

Determinar certos fatos como criminosos é o mesmo que limitar as possibilidades de entendimento destes fatos. Percebe-se que a intervenção do sistema penal age não só sobre o criminoso, mas também sobre a vítima. Todos são tratados da mesma maneira (MIRABETE, 2021).

Segundo Queiroz (2021) todas as vítimas têm as mesmas reações, as mesmas necessidades. O sistema não leva em conta as pessoas em sua especificidade e, operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz proteger.

Entende-se ainda que a vítima no processo penal que a vítima é duplamente um perdedor, primeiramente em face do infrator, e em seguida, em face do Estado, uma vez que é excluído de participar de seu próprio conflito (BITTENCOURT, 2020).

1.4.8 Intervenção do Sistema Penal sobre Pessoas e Não sobre Situações

Os defensores desta argumentação entendem que todo o sistema penal é baseado no pensamento de culpabilidade pessoal, e acaba desprezando completamente o ambiente social em que o fato ou delinquente encontra-se inserido (BITTENCOURT, 2020).

Culpam-se apenas os indivíduos, ignorando assim as estruturas sociais em que vivem. O direito penal considera o indivíduo não uma variável dependente das situações, mas ao contrário, o considera totalmente independente dessas (GRECO, 2020).

Percebe-se, então, que a lei penal se utiliza de falsas ideias ao se basear em ações no lugar de interações, não se fundando, dessa forma, em sistemas de responsabilização social.

2 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL

Uma vez assegurada pela lei de Execução Penal, em seu Art.2°, que a execução seguirá em conformidade com a mesma e com o Código de Processo Penal, fica clara a necessária existência de um processo como instrumento que a torne viável. Desta forma, tal procedimento deve respeitar uma série de princípios definidos pela Constituição (CHAGAS, 2015).

É verdade que, no Brasil, tais princípios garantidores das liberdades individuais e limitadores da ação estatal, sempre existiram no Direito Constitucional. Contudo, somente com a Constituição Federal de 88, que permanece em vigor até então, foi ampliada a consolidação destes princípios.

A Constituição da República promulgada em 1988 redesenhou o ordenamento jurídico brasileiro, criando, assim, a ideia do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, possibilitou a implementação e consolidação de política públicas que garantam a proteção das garantias e dos direitos fundamentais (SILVA et al., 2019).

Então, já no Art. 1°, III, a Magna Carta determina como essencial ao Estado Democrático de Direito, entre outros, a dignidade da pessoa humana, possibilitando a valorização e o respeito da inviolabilidade física, moral e psíquica do ser humano.

Nesse sentido o poder constituinte originário, estabeleceu garantias processuais penais no intuito de assegurar tal dignidade, estando incluso aí: a inviolabilidade física, moral e psíquica do indivíduo processado e do condenado. Foram, nesse contexto, consolidados, como garantias e direitos fundamentais (BITTENCOURT, 2020).

Da análise feita a respeito das teorias da pena, deve-se extrair a que melhor se combina com o ordenamento jurídico. Atualmente, muito se discute sobre qual deveria ser a função atribuída às penas (MIRABETE, 2017).

Como já observado, de acordo com as teorias absolutas, a pena teria função de retribuição, ou seja, sua função seria retribuir, com o mal da pena, o mal praticado pelo criminoso e nada mais. Entretanto, as teorias relativas entendem que a pena tem como função básica a prevenção da ocorrência de novos delitos.

Visando criar uma teoria mais aplicável as realidades, foi desenvolvida a chamada teoria mista, que reúne elementos de ambas as teorias, absolutas e relativas, considerando que a pena tem realmente o caráter retributivo, mas visa também a prevenção de novos delitos (PICINATO, 2012).

Já as teorias deslegitimadoras consideram a inexistência de legitimidade do Estado para sequer impor qualquer tipo de pena, pois negam a existência de um sistema penal. O Código

Penal, no Art. 59, in fine, preceitua que as penas devem ser necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do crime.

Percebe-se que, de acordo com a legislação vigente, a pena deve reprovar o mal causado pela conduta praticada pelo agente. Levando em conta a redação atual disposta no Art. 59 do Código Penal, entende-se que o sistema jurídico-penal adota a chamada teoria mista ou unificadora, pois, a parte final do referido artigo agrega a necessidade da reprovação do fato delituoso, que seria o caráter retribucionista da pena, com a prevenção da ocorrência de crimes, o que acaba por unificar as teorias absolutas e relativas, que se baseiam respectivamente nas ideias de retribuição e de prevenção (BITTENCOURT, 2020).

A retribuição se dá basicamente pelo encarceramento do indivíduo, ou seja, o mal que ele produziu, lhe será retribuído com o mal da pena imposta. Já o caráter preventivo se dá através da ressocialização, ou seja, fazer com que aquele indivíduo, ao finalizar o cumprimento de sua pena, não cometa novos delitos (CESTARI, 2018).

2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é o princípio fundamental para todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois abarca todas as regras constantes no sistema jurídico. Este princípio se encontra presente no Art. 5°, II da Carta Magna e preceitua que: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Mais especificamente, para as chamadas Ciências Penais, é utilizada a expressão Princípio da Reserva Legal que afirma que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF Art. 5°, XXXIX) (BRASIL, 1988).

Sendo assim, tal princípio se aplica plenamente também à execução penal, pois o indivíduo que agora se encontra sob a regulação da Lei de Execução Penal, teve sua pena aplicada por meio de uma sentença penal condenatória que se originou de um processo que, obviamente, seguiu todos os ditames do princípio da legalidade e da reserva legal.

Na execução penal também tal princípio será aplicado, pois o indivíduo, estando em cumprimento de pena, está sujeito a uma série de regras. Não é porque ele já foi condenado que agora basta ficar trancado em um estabelecimento prisional cumprido sua pena. Para que isso aconteça, ele é submetido a todo um regramento assentado na lei de execução penal (LEP). Tais regras que regulam a execução penal podem, e muitas o fazem, determinar condutas consideradas ilícitas cometidas pelo condenado durante o cárcere no cumprimento de sua pena.

Para tais atitudes, que a lei considera ilícitas, são imputadas determinadas sanções, de acordo com a gravidade da conduta.

Sendo assim, tais condutas, para serem consideradas ilícitas, deveriam estar prescritas de forma taxativa na lei, bem como as sanções referidas a cada uma (CHAGAS, 2015).

O mandamento da legalidade constitucional, constante do Art. 5°, XXXIX, veda uma descrição genérica de um tipo penal, assim como sua pena e, como também deveria ser, a determinação de faltas graves e suas sanções. Mais adiante, no capítulo IV, quando for citado, especificamente, o Regime Disciplinar Diferenciado RDD, tal questão será melhor analisada.

2.2 Princípio da Jurisdicionalidade

Entre alguns doutrinadores, existe divergência quanto à natureza jurídica da execução penal. Uns entendem ser ela de natureza unicamente administrativa. Outros já entendem que ela tem natureza jurisdicional (SILVA et al., 2019).

Essa discussão ocorre porque, no Brasil, embora a execução da pena seja exercida, basicamente, pelo poder executivo, várias deliberações a respeito da continuidade, benefícios, redução de pena através da remição da pena, entre outros, são feitas pelo juiz responsável pela execução penal.

Aqueles que defendem que a execução penal possui natureza meramente administrativa fundamentam sua posição dizendo que, mesmo ocorrendo decisões judiciais no curso do processo de execução penal, tais decisões têm caráter administrativo, pois funcionam como mera fiscalização do órgão jurisdicional ao órgão executor da pena (BORGES, 2012).

Porém, é fato que a doutrina dominante entende que a execução penal é feita em parceria entre os órgãos do poder executivo, como as penitenciárias, presídios cadeias públicas e etc., e o poder judiciário que entra com a parte que somente o estado juiz pode exercer, que são as atividades de natureza claramente jurisdicionais.

O juiz da execução penal é responsável por opinar e dar autorização durante toda a execução da pena, pois é ele quem faz tal processo de execução se movimentar. A primeira atividade do juízo da execução penal é conferir e atualizar os cálculos da pena do indivíduo que recebeu uma sentença penal condenatória devendo observar se o cálculo está em coerência com os argumentos da sentença (BITTENCOURT, 2020).

Caso não estejam, ele tem o poder de diminuir a pena e até mesmo aumentá-la para encaixá-los em consonância com a sentença penal condenatória. Deve ser observado, também,

o período já cumprido antes da sentença definitiva para que se saiba exatamente o tempo de pena que o indivíduo tem a cumprir.

Outra função do juízo da execução penal é a de deferir ou indeferir benefícios aos quais o preso tem direito durante a execução como livramento condicional, progressão de regime, remição da pena com base em dias trabalhados, a unificação da pena, além de todo ano apresentar ao sentenciado o período restante de pena que lhe resta pedir e a perspectiva de benefícios que ainda poderá alcançar (BORGES, 2012).

Assim, praticamente todas as funções citadas são exclusivamente jurisdicionais, onde o juiz exerce realmente sua função precípua de caráter decisório. Como as funções do juízo da execução possuem natureza jurisdicional, de suas decisões, caso exista inconformidade do apenado ou do Ministério Público, cabe recurso na forma prescrita na própria Lei de Execução.

Pode-se dizer, então, que a execução da pena precisa ocorrer de forma integrada, onde as tarefas e funções atribuídas ao poder executivo e judiciário devam estar interligadas. Nunca deve, um ou outro, funcionar sem que aja comunicação entre esses dois entes que promovem uma parceria institucional para que a pena seja executada da maneira como é determinada em lei. Dessa integração entre Judiciário e Executivo, ou seja, entre órgão administrativo e órgão jurisdicional, é que nasce o Princípio da Jurisdicionalidade da execução penal (MARCÃO, 2021).

2.3 Princípio do Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal é determinado pela constituição no Art. 5°, LIV, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Esse dispositivo demonstra que toda pena privativa de liberdade teve, como precedente, o devido processo legal, ou seja, o indivíduo só se encontra em cumprimento de pena porque passou pelo devido processo onde, depois de concluído, foi-lhe determinado a pena a ser cumprida (CHAGAS, 2015).

Tal princípio permanece durante a execução da pena pois, uma vez em andamento, o processo de execução é instruído com base em determinações legais, ou seja, o devido processo legal continua a existir na fase de execução, pois é ele que vai fazer com que a pena evolua até que chegue ao seu final.

Assim, quando é estabelecido, por exemplo, um procedimento disciplinar para a apuração de uma falta grave ocorrida dentro do estabelecimento prisional, o momento em que é decidida a sanção disciplinar a ser aplicada, deve ser instruído por regras procedimentais, para

que tal procedimento possua a isenção devida, necessária para a aplicação da sanção disciplinar correta (BORGES, 2012).

2.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Tal garantia encontra-se descrita na Constituição Federal em seu art. 5°, LV e dispõe que: aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. Tal disposto determina que o acusado terá direito a responder a tudo que lhe é atribuído, ou seja, sempre que a acusação exercer atos no processo, a mesma oportunidade será dada ao acusado (BITTENCOURT, 2020).

Sendo assim, na execução da pena, uma vez que, ao indivíduo, tiver sido atribuída alguma ação que possa lhe cominar alguma forma de punição, ele terá direito de rebater os fatos alegados contra ele através do contraditório e de se defender através dos mecanismos legais por meio da ampla defesa.

Como no exemplo citado no item anterior, em um procedimento disciplinar para a apuração de falta grave, o indivíduo terá sempre a oportunidade de se defender do que lhe é atribuído, graças ao Princípio do Contraditório e a da Ampla Defesa (CHAGAS, 2015).

Assim também ocorre quando há o pedido da autoridade administrativa para submeter o indivíduo, em execução penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), devido a uma falta grave cometida. Nesse caso, segundo o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, o indivíduo terá sempre o direito de se defender, havendo ou não o deferimento do pedido pelo juiz.

2.5 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição significa a possibilidade de revisão, através de recurso, das decisões já proferidas pelo juízo de primeira instância. Tal princípio não é tratado de forma expressa nos diplomas legais. Esse princípio decorre da própria estrutura que é atribuída ao Poder Judiciário pela própria Constituição, nos Arts. 102 - II, 105 - II e 108 - II ao definir competência para o julgamento de recursos de vários órgãos jurisdicionais. A Lei Maior delibera sobre a competência recursal dos tribunais expressamente em seu Art. 93, III (CHAGAS, 2015).

A própria Constituição preceitua situações em que inexiste o a revisão judicial como, por exemplo, os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF). Outras decisões também são consideradas irrecorríveis por outros dispositivos legais como o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. Na Lei de Execução Penal (LEP), o princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se presente no Art. 197 que dispõe que das decisões proferidas pelo juiz, caberá agravo sem efeito suspensivo. Tal dispositivo dá ao sentenciado ou ao

Ministério Público, em caso de não aceitação da decisão do juiz da execução, o direito de interpor recurso de agravo, que será analisado pelo juízo de segundo grau, garantindo assim o duplo grau de jurisdição na execução penal (MARCÃO, 2021).

2.6 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade é uma garantia Constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito, princípio maior determinado por uma Lei Maior. A ideia de humanidade que determina tal princípio encontra-se, de forma expressa, na Carta de 1988 em seu Art. 5°, nos incisos a seguir: III ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII não haverá penas: e) cruel; XLVIII cumprirá penas em diferentes contextos dependendo da natureza do crime, da idade e sexo do infrator; XLIX presos têm garantia de saúde física e mental (FARTH, 2018).

Deste conjunto de normas garantidoras é possível extrair o princípio da humanidade, que pode ser entendido como sendo reconhecer e tratar o preso como pessoa humana, que embora privado do direito de locomoção, mantém a titularidade dos demais direitos não atingidos pela sentença penal, assegurando-lhe todos os direitos inerentes a condição humana.

Tal princípio encontra-se consagrado não só no texto da Lei Maior, mas também no ordenamento jurídico internacional, onde pode ser constatado pelo disposto no Art. 5° da Declaração dos Direitos do Humanos que diz ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (BITTENCOURT, 2020).

O mesmo dispositivo é repetido no Art. 5°, II da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. A Convenção Internacional a respeito de Direitos Políticos e Civis também dispõe sobre a humanidade no tratamento do preso em seu Art. 10, I, o preso deve ser tratado humanamente, e com o respeito a sua dignidade humana.

Várias outras normas internacionais, dispostas em convenções e tratados, integrados também pelo país, proíbem o uso de tortura, de maus tratos e de penas desumanas, cruéis e degradantes (DELMANTO, 2016).

É importante ressaltar o que se entende como sendo tortura: toda conduta que submeta uma pessoa a dor ou sofrimento grave, físicos ou mentais, com o objetivo de conseguir certa informação ou confissão, de castigá-la ou de intimidar a pessoa afetada ou a outras. Por este conceito, fica claro que a tortura não é, necessariamente, um ato físico, podendo ser, ainda, de natureza mental e psíquica.

Tal princípio existe para garantir que, por pior que seja considerado o indivíduo que cumpre uma pena privativa de liberdade no Brasil, esse deve ser tratado com base nestes preceitos constitucionais, os quais de certa forma, refletem diretamente as garantias deliberadas em tratados e convenções internacionais que, em sua maioria, são ratificados no país e, portanto, fazem parte do ordenamento jurídico (MARCÃO, 2021).

Sendo assim, as normas de execução penal, devem respeitar, à risca, os comandos determinados pelo Princípio da Humanidade, garantido na Lei Maior, no Art. 5°, que trata dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. Tais determinações não podem ser retiradas, nem alteradas, na Constituição.

A elas não cabe emenda constitucional, uma vez que são cláusulas pétreas da Carta Magna, de acordo com o Art. 60, § 4°, IV, que dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV os direitos e garantias individuais (MIRABETE, 2021).

2.7 O Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal

O Regime Disciplinar Diferenciado se encontra disposto no Art. 52 da LEP. O RDD constitui forma de sanção disciplinar e poderá ser aplicado por motivo de cometimento de falta disciplinar de natureza grave que constitua crime doloso, quando a mesma consista em subversão da ordem ou disciplina interna do estabelecimento prisional. Abaixo, a redação do referido Art. 52:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; II recolhimento em cela individual; III visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas

> por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. (BRASIL, 2003).

Como afirmado, trata-se de espécie de sanção disciplinar e para sua a aplicação basta a pratica de crime doloso, não sendo necessária a eventual condenação, ou seja, sentença penal condenatória transitada em julgado.

Tal necessidade com certeza inviabilizaria a aplicação do RDD. Fica evidente que a aplicação de sanção de tamanha rigidez, sem a sentença penal condenatória, é flagrantemente contrária ao princípio constitucional e processual penal da presunção do estado de inocência constante no Art. 5°, LVII *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Os defensores do regime alegam que, como a sanção disciplinar que ocorre é de natureza administrativa, sendo o requerimento ao juízo da execução e sua eventual autorização um mero despacho de expediente, tal ofensa ao princípio da inocência é permitida.

O cumprimento do RDD tem a duração máxima de até 2 (dois) anos e, ocorrerá em cela individual, sendo permitida a saída durante apenas 2 (duas) horas diárias para banho de sol e a visita de apenas 2 (duas) pessoas por quinzena. Com limite de duas horas de visitas quinzenais sempre respeitado.

3 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO RDD

Com base no desenfreado crescimento das organizações criminosas no Estado de São Paulo, o Secretário de Estado responsável pela administração Penitenciária daquele estado, colocou em vigor no mês de maio do ano de 2001 a Resolução n. 26, que instituiu, no Estado, o chamado Regime Disciplinar Diferenciado RDD. Este regime disciplinar permite a possibilidade de se isolar por até 2 (dois) anos aqueles detentos cujo comportamento exigisse um tratamento mais específico (FARTH, 2018).

Tão logo entrou em vigor, a constitucionalidade do RDD foi arguida perante o Tribunal de Justiça daquele Estado (TJSP). O argumento mais forte foi o de que tal resolução violaria a Constituição, pois se tratava de se definir falta grave e tal disposição poderia ser regulada somente por lei ordinária. Além do mais a Lei de Execução Penal (LEP) é o diploma legal que regulamenta as faltas graves, isto é, as sanções.

Porém o TJSP, invocando o Art. 24, I da CF de 1988, que dispõe que os estados membros da federação possuem competência para legislar a respeito de Direito Penitenciário em concorrência com a União, optou por deliberar a respeito da constitucionalidade do dispositivo (LEVORIN, 2017).

Importante destacar que resolução não é lei, e o Art. 24, I da Constituição se refere a legislar sobre direito penitenciário, ou seja, deveria ser ato decorrente do poder legislativo e seguiria o processo legislativo regular e não um ato administrativo, baseado em um poder discricionário de uma autoridade administrativa. Percebe-se que a decisão do TJSP foi flagrantemente política. Aliás, como vêm sendo as decisões do judiciário nacional em questões polêmicas como esta.

Contudo, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) não fez calar as críticas em relação ao dispositivo e, visando regularizar a situação, a Presidência da República encaminhou no mesmo ano à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n. 7.053, que propunha alterações na LEP para regularizar a situação do RDD (DELMANTO, 2016).

O referido projeto ficou tramitando em ritmo lento, sem muito interesse nacional. Porém, em março de 2003, ocorreu o assassinato de dois juízes da execução penal: um no estado de São Paulo e outro no estado do Espírito Santo. Esse acontecimento fez com que a opinião pública e a mídia pressionassem o governo federal para resolver esse problema. Então, no mesmo mês de março de 2003, o projeto foi aprovado pela câmara e seguiu para o senado. Após mais alguns meses de tramitação e algumas alterações, o projeto foi convertido na lei

10.792/2003 que alterou artigos da Lei de Execução Penal e legalizou o RDD criado em São Paulo.

A alteração da LEP não cessou a discussão a respeito da constitucionalidade do RDD. Essa discussão, ao contrário, passou a ser de âmbito nacional, pois agora a discussão se faz em face da violação dos Direitos e Garantias Fundamentais introduzidos no ordenamento jurídico em 1988 com a atual constituição que criou o chamado Estado Democrático de Direito (MIRABETE, 2021).

3.1 Hipóteses de Inclusão do Indivíduo em Regime Disciplinar Diferenciado

Podem ser submetidos no Regime Disciplinar Diferenciado os indivíduos nas seguintes situações: condenado definitivamente ou preso aguardando julgamento, que cometa falta grave considerado crime doloso, além de sua conduta também ocasionar a subversão da ordem ou da disciplina interna da unidade prisional. Não basta apenas ser falta grave considerada crime doloso, além disso, deve também causar subversão da ordem ou da disciplina interna da unidade, ou seja, deve causar certo tumulto generalizado que ponha em risco a segurança da unidade e dos demais detentos (LEVORIN, 2017).

Contudo, para caracterizar tal situação é necessário à determinação de certos conceitos, como o de ordem e o de subversão, que se encontram presentes nos requisitos para a inclusão do indivíduo no RDD. Entende-se por ordem, lembra organização, e, esse conjunto de palavras significa diretrizes sobre a atuação de certas pessoas de uma coletividade, imposto ou aceito de forma democrática, que objetiva o contentamento das pessoas e ao bom passo dos trabalhos. Outra definição necessária, segundo o mesmo autor, é a de subversão definida como é o mesmo que tumulto. Assim, subverter a ordem é o mesmo que tumultuar superiores.

Conclui-se então que, quando o crime é doloso, cometido pelo preso, seja ele condenado ou provisório, causar tumulto na organização interna do estabelecimento prisional, obstruindo a normalidade do funcionamento do mesmo, ou demonstrar desobediência aos superiores, configura-se já uma hipótese para a inclusão deste indivíduo no Regime Disciplinar Diferenciado (DELMANTO, 2016).

Outra hipótese, que a LEP considera para a inclusão do indivíduo no RDD, é a de ser ele, condenado ou provisório, brasileiro ou estrangeiro, que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Diferente da prescrição legal do caput, neste caso, para a inclusão no RDD, o §1°, inciso I não impõe como necessidade a ocorrência de crime doloso, mas, basta que o preso, apenado

ou acusado, apresente alto risco à ordem e a segurança do presídio, da penitenciária ou da sociedade (GRECO, 2020).

Cabe a esta hipótese descrita no §1°, inciso I do Art. 52, uma pequena observação, pois reside nele um problema básico. Como seria possível se especificar de forma clara o que se trata de um alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade?

Para tal indagação ainda não se tem uma resposta, mas vale lembrar que a hipótese de considerar como indicativo de risco a segurança do estabelecimento ou da sociedade ter o indivíduo envolvimento com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada é hipótese já prevista no §1°, inciso II do mesmo artigo (MIRABETE, 2021).

Está igualmente sujeito à inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado, o preso, seja ele condenado ou provisório, a respeito do qual existam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada.

Percebe-se que o §1º, inciso II deixa a porta aberta para a ocorrência de uma série de abusos, uma vez que há uma enorme e arriscada possibilidade de interpretações do que pode ser considerado fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, associação criminosa ou milícia privada (LEVORIN, 2017).

O problema é que juízes e promotores, que se espera sejam a minoria no país, podem aproveitar-se desta brecha que existe na lei para fazer justiça, entendendo que todo e qualquer preso pode se enquadrar nesta hipótese para ser incluído no RDD.

Não existe ainda, no ordenamento, conceito algum que defina o que é uma organização criminosa. Fica, portanto, ao bel prazer das autoridades o entendimento do que significa tal situação (MIRABETE, 2017).

3.2 Do Procedimento para a Inclusão do Preso em Regime Disciplinar Diferenciado

Para que o indivíduo seja incluído no RDD é necessária a provocação da autoridade judiciária pelo responsável do estabelecimento ou outra autoridade administrativa com cargo superior ao responsável pelo estabelecimento. No caso da estrutura adotada no Estado de Minas Gerais, por exemplo, este requerimento pode ser feito pelo Diretor Geral da unidade prisional, pelo Subsecretário de Administração Penitenciária, ou até mesmo pelo Secretário de Estado de Defesa Social. O requerimento deve ser fundamentado, deixando claras as razões que o levaram a requerer tal inclusão (PICINATO, 2012).

Após o requerimento, será aberto o prazo de 3 (três) dias para a manifestação do ministério Público e posteriormente mais 3 (três) dias para a defesa. Após a manifestação de ambos, o juiz decidirá pela inclusão ou não do preso no RDD em um prazo de 15 (quinze) dias. Tal procedimento encontra-se no Art. 54, §1° e §2°:

> Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. § 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. § 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias (BRASIL, 1984).

Percebe-se que tal procedimento para a colocação do indivíduo em Regime Disciplinar Diferenciado foi determinado para garantir a Jurisdicionalidade do ato. Assim, não é suficiente a vontade do diretor do estabelecimento para colocá-lo no RDD, pois este deverá fazer pedido fundamentado para que o juiz, após manifestação do Ministério Público e da defesa, decida a respeito.

Existe também o entendimento que não é suficiente apenas o requerimento do Diretor do estabelecimento, necessitaria também de prévia decisão da comissão disciplinar da unidade prisional em procedimento disciplinar garantindo ao preso o contraditório e a ampla defesa. Após a decisão da referida comissão disciplinar é que seria possível o requerimento da incorporação do preso no RDD, devendo este ser instruído com o parecer da comissão disciplinar (GRECO, 2020).

Mirabete entende desta foram citando em sua obra: Na hipótese prevista no Art. 52, caput, concluído o procedimento, deve ser requerida ao juiz a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, que decidirá após manifestação do ministério Público e da defesa, nos termos do Art. 54, §§ 1° e 2°.

Fica assim, ainda mais resguardado o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, garantido a qualquer cidadão. Aos Estados e ao Distrito Federal, é permitido, nos termos do Art. 24, I da CF e observado os Arts. 44 a 60 da LEP, regulamentar o Regime Disciplinar Diferenciado nos termos do Art. 5° da Lei 10.792/2003 (PICINATO, 2012).

3.3 Da Violação do RDD à Função da Pena

A teoria adotada no Brasil, como já demonstrado no item 2.5, no que refere à função da pena, é a teoria mista ou unificadora das penas. Significa, portanto, que o ordenamento jurídico

nacional considera que a pena tem por finalidade retribuir ao indivíduo, através dela, o mal causado à sociedade por meio de seu ato delituoso e de prevenir a criminalidade (SENA, 2012).

Acredita-se que uma das formas de concretizar a segunda função da pena seria possibilitar que aquele indivíduo específico, após ter cumprido sua pena, não voltasse mais a delinquir. Essa segunda função, a de prevenção, é chamada também de função ressocializadora das penas, ou seja, o indivíduo deverá ser ressocializado para retornar ao convívio social melhor do que quando dele saiu. Sendo assim, resta analisar se o indivíduo, cumprindo sanção disciplinar em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), estaria sendo ressocializado.

Considera-se que, para se ressocializar um indivíduo, primeiramente seria necessário manter contato com outros indivíduos. No caso do RDD, esse indivíduo permanece, durante as vinte e quatro horas do dia, totalmente isolado do convívio com outras pessoas, uma vez que, dessas vinte e duas horas ele se encontra trancado dentro da cela, pois o chamado banho de sol só lhe é permitido por 2 horas diárias (GRECO, 2020).

Outra situação considerada importante para a ressocialização de alguém é o encontro com familiares e amigos, o que é bastante restrito nessa situação, pois o preso incluído no RDD só pode receber no máximo duas pessoas por quinzena para visitá-lo. Tal visita, além de restringir a quantidade de pessoas, restringe o tempo de duração para o máximo de duas horas.

Outro método utilizado para a ressocialização do indivíduo é o trabalho, isto é, possibilitar que aquele indivíduo exerça alguma atividade laborativa durante sua permanência no estabelecimento prisional. O trabalho visa, além de ocupar o tempo e a mente do preso, também permitir que este descubra algum talento que ainda não tenha conhecimento e que possa ser explorado por ele mesmo e sua família, quando do seu retorno ao convívio social, permitindo assim sua sobrevivência e integração ao meio livre (MIRABETE, 2017).

Imagine-se agora um sentenciado que permaneça, as vinte e quatro horas do dia, isolado, sendo que por vinte e duas horas sem sequer possa sentir a luz do sol, sem conviver com outras pessoas, sem exercer qualquer atividade que ocupe seu tempo e sua mente, por um prazo de até 2 (dois) anos, podendo esse prazo ser repetido por nova falta grave de mesma espécie.

Se a função da pena adotada pela legislação brasileira é a de que a pena teria a função de retribuir o mal causado pelo criminoso além de prevenir a ocorrência de novos delitos praticados por aquele indivíduo, pode-se dizer que o RDD burla este dispositivo do ordenamento jurídico.

A primeira função da pena, qual seja, a função punitiva, pode-se dizer que é cumprida e de maneira bastante eficaz pelo RDD. Porém a função de prevenção à criminalidade, por meio da ressocialização, não é exercida (MIRABETE, 2017).

3.4 Da Violação do RDD aos Princípios Constitucionais

Sabe-se que, no ordenamento jurídico, os princípios são considerados as ideias centrais, dando a esse ordenamento o devido sentido e a lógica necessária para que possa ser aplicado de maneira coerente e racional, ou seja, como preceitua Bandeira de Melo, princípio é um vetor que orienta na criação e na interpretação das normas; é aquele valor que repercute sobre todas as demais normas (GRECO, 2020).

Seguindo este raciocínio e pressupondo que o legislador, ao utilizar-se da intervenção penal, deve orientar-se pelos princípios jurídicos, especificamente aqueles ligados à área penal, será analisado o Regime Disciplinar Diferenciado sob a ótica dos princípios constitucionais aplicáveis à Execução Penal.

3.4.1 Da Violação ao Princípio da Legalidade

Como já visto anteriormente, o princípio da legalidade está previsto na Constituição Federal no Art. 5°, XXXIX. Esse princípio tem, como principal função, garantir que as normas que definam crimes sejam claras, de modo que seus elementos estejam expostos de forma inteligível (BRASIL, 1988).

Assim, a Lei de Execução Penal, mesmo que fosse para regular as faltas disciplinares, não deveria fazer uso de expressões ambíguas e vagas. Qualquer lei de natureza penal deve sempre ter linguagem clara, certa e precisa, caso contrário estará ferindo o princípio da legalidade em um de seus desdobramentos que é a taxatividade.

No caso especifico do RDD pode-se ver, de forma clara, a violação do princípio em análise quando o Art. 52 da LEP define no caput que o indivíduo preso que pratica crime doloso comete falta disciplinar de natureza grave, e que quando essa falta grave ocasiona a subversão da ordem ou disciplina interna, sujeita o condenado ao regime disciplinar diferenciado; no §1°, inciso I define que o regime disciplinar diferenciado também poderá ser aplicado aos condenados que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; por fim no §1°, inciso II também inclui aqueles aos quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa, associação criminosa ou milicia privada. A LEP utiliza, no decorrer do dispositivo, expressões totalmente imprecisas como subversão da ordem, subversão da disciplina, alto risco, fundadas suspeitas, entre outros,

que não poderiam ensejar a aplicação de um regime disciplinar de tamanho rigor como é o RDD (BRASIL, 1984).

Conclui-se, portanto, que dispositivos da LEP que regulamentam o RDD, não se encaixam ao princípio da legalidade, pois, utilizam expressões imprecisas que não possuem um conceito único e pacificado, nem na doutrina, nem na jurisprudência. Sendo assim, cabe arguição de constitucionalidade fundada nestes dispositivos.

3.4.2 Da Violação ao Princípio da Humanidade

Como já visto no capítulo referente aos princípios da Execução Penal, o princípio da humanidade consta disperso em vários dispositivos do Art. 5° da Constituição Federal principalmente nos incisos III, XLVII, XLVIII, XLIX. Observa-se o princípio da humanidade na união destes dispositivos, e do regime disciplinar diferenciado (SENA, 2012).

O princípio da humanidade é princípio basilar e de sustentação do Estado Democrático de Direito, significando a união de todos os princípios garantidores presentes na constituição. Pelo seu exagerado rigor, como o isolamento permanente e todas as privações já analisadas anteriormente, o Regime Disciplinar Diferenciado burla totalmente este princípio, pois fere a dignidade do ser humano. O indivíduo estar preso não significa que deve ser tratado como um animal totalmente irracional.

O RDD viola totalmente a dignidade da pessoa humana no momento em que este é privado de praticamente todo o convívio com outras pessoas, além de limitar exageradamente o contato deste com seus familiares mais próximos que poderiam colaborar no seu processo de ressocialização. O Regime Disciplinar Diferenciado representa sobre pena cruel, e que menospreza a dignidade humana (SILVA et al., 2019).

Enfim, o RDD, resulta na destruição física, emocional e psicológica do ser humano, pois o ser humano submetido a isolamento de tamanho intervalo temporal pode apresentar uma série de distúrbios nervosos de natureza gravíssima.

Assim, pode-se concluir que o RDD viola absurdamente o princípio constitucional da humanidade e consequentemente a dignidade da pessoa humana, violando então os princípios basilares e que sustentam o Estado Democrático de Direito (MARCÃO, 2021).

3.4.3 Da Violação ao Princípio da Presunção do Estado de Inocência

Tal princípio consta no Art. 5°, LVII e define que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, nenhuma pessoa pode ser considerada culpada ou tratada como se o fosse antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

O princípio da presunção do estado de inocência é uma das maiores garantias que o indivíduo pode ter de que não será considerado culpado antes de uma decisão definitiva, antes de um devido processo legal, antes da certeza jurídica de que ele é realmente culpado. Porém o RDD não observa esse princípio, pois de acordo com o disposto no Art. 52 da LEP o preso provisório, que significa aquele que está preso preventivamente, simplesmente para garantir a instrução criminal, também pode ser submetido ao RDD (BRASIL, 1984).

O RDD, ao violar essa garantia constitucional expõe levianamente o Estado, pois, imagine-se: o indivíduo preso provisoriamente, que esteja submetido ao RDD é considerado inocente ao final do processo. O Estado, logicamente, será o responsável pelas sequelas morais, físicas e psíquicas geradas nesse indivíduo, pela submissão ao RDD. Assim, verifica-se mais uma violação à Carta Magna, que deveria ser o norteador do legislador.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento deste trabalho, percebeu-se que o legislador não teve o cuidado de observar as regras e princípios já determinados pelo direito penal e constitucional pátrio. O Código Penal Brasileiro determinou, qual é a função da pena. Como se observa a função da pena é a retribuição e a prevenção visando a ressocialização do indivíduo. Essa disposição é completamente ignorada pela lei que instituiu o RDD, pois não se pode falar em ressocialização para um indivíduo que cumpre sua pena em um regime disciplinar demasiadamente rigoroso.

Observa-se, ainda, que não é somente a finalidade da pena que o RDD ignora. Devido a sua rigorosidade, mitiga várias garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. O RDD nega a vigência do princípio da legalidade, mais precisamente do subprincípio da taxatividade, pois não define, de forma clara, as situações em que o indivíduo poderá sofrer, como sanção disciplinar, a inclusão no RDD.

Desconsidera, também, a existência do princípio de humanidade com o rigor imposto ao preso em relação ao direito de receber visitas e ao banho sol, obrigando-o a ficar trancado numa cela por vinte e duas horas diárias. Essa situação configura tortura física, psíquica e psicológica.

O RDD viola completamente o princípio da presunção do estado de inocência ao possibilitar que o preso provisório também posse ser sancionado com a inclusão neste regime disciplinar.

A lei que instituiu o RDD viola os princípios constitucionais da legalidade, da humanidade e da presunção do estado de inocência. Observa-se que todos estes princípios se encontram descritos no Art. 5° da Constituição que define as garantias fundamentais e individuais.

O Estado Democrático de Direito é a regra fundamental que norteia todo o texto constitucional e, portanto, não pode ser violado. Os dispositivos garantidores do Estado Democrático de Direito gozam de proteção especialíssima, não podendo ser alterados nem excluídos, sequer por meio de Emenda Constitucional, de acordo com Art. 60, §4° da CF.

Se o referido Estado Democrático de Direito é a viga principal de sustentação da Constituição, sua violação nega a Lei Maior. Assim, pode-se concluir que a aprovação de uma lei infraconstitucional, que viola o Estado Democrático de Direito, funciona como a negação da Constituição Federal. Pelos motivos expostos no desenvolvimento deste trabalho, entende-se que a lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional e não deve ser aplicada por ausência de validade.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BORGES, L. P. L. **A constitucionalidade da substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/NPM). Brasília, 2012.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília. Diário Oficial da União 11 de julho de 1984.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Diário Oficial da União 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n° 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Brasília. Diário Oficial da União 1 de dezembro de 2003.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CESTARI, D. P. **A Função Constitucional da Pena de Prisão**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHAGAS, R. F. **RDD**: Um exame de sua constitucionalidade. 2015. 44 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Cearense. Fortaleza, 2015.

DELMANTO, C. **Código penal comentado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

FACHIN, O. **Fundamentos de metodologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARTH, J. V. Aspectos constitucionais do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). **Revista Jurídica da UniFil**, v. 6, n. 6, p. 93-107, 2018.

GIL, A. C. **Como elaborar projeto de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, L. F. **Direito Penal**: Parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRECO, R. **Curso de direito penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

LEVORIN, M. P. **Regime Disciplinar Diferenciado**: RDD. Jundiaí, 2017.

MARCÃO, R. F. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PICINATO, C. J. **A possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas**. 2012. 64f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade Regional de Blumenau, Blumenau. 2012.

QUEIROZ, P. **Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm Editora, 2021.

SANTOS, J. C. **Direito penal**: parte geral. 7. Ed. Curitiba: Tirant Lo Blanch Brasil, 2016.

SENA, G. A. **A potencialidade educativa da pena de prestação de serviços à comunidade**. 2012. 95 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.

SILVA, E.P. et al. Regime Disciplinar Diferenciado. **Pleiade**, v. 13, n. 29, p. 90-100, 2019.

SILVA, J. G. **Teoria da Pena**. São Paulo: Jh Mizuno, 2021.