

**ANTONIO CARLOS DE AGUIAR DESGUALDO**

***O “REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO” EM FACE DAS  
TEORIAS JUSTIFICADORAS DAS PENAS***

**São Paulo - 2007**

**ANTONIO CARLOS DE AGUIAR DESGUALDO**

***O “REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO” EM FACE DAS  
TEORIAS JUSTIFICADORAS DAS PENAS***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques

**Pontifícia Universidade Católica**

**São Paulo – 2007**

***O “REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO” EM FACE DAS  
TEORIAS JUSTIFICADORAS DAS PENAS***

Antonio Carlos de Aguiar Desgualdo

Presidente e Orientador: \_\_\_\_\_

2º Examinador: \_\_\_\_\_

3º Examinador: \_\_\_\_\_

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**SÃO PAULO**

**2007**

**Dedico a conclusão deste trabalho ao meu nobre orientador, Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques, exemplo de dedicação ao estudo do Direito Penal.**

Aos meus pais Wanderley Serpa Desgualdo (*in memoriam*) e Maria Helena de Melo Aguiar Desgualdo, cujos ensinamentos não podem ser traduzidos em simples palavras.

DESGUALDO, Antonio Carlos de Aguiar. *O Regime Disciplinar Diferenciado em face das Teorias Justificadoras das Penas*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007 (Dissertação de Mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

Orientador: Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

## RESUMO

O trabalho em apreço trata-se de uma dissertação para a obtenção do grau de mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e teve por objeto o estudo do Regime Disciplinar Diferenciado, criado pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou nossa Lei de Execução Penal. A pesquisa desenvolvida se deu através da análise da legislação, doutrina nacional e estrangeira e jurisprudência dos tribunais pátrios. Buscou-se, destarte, a identificação do objetivo a ser alcançado com a aplicação do sobredito Regime Disciplinar Diferenciado, já que, segundo cremos, acaba por se tornar um desdobramento da pena privativa de liberdade. Para tanto, uma análise perfunctória das teorias justificadoras das penas se fez necessária, de modo a estabelecer, dentre as principais vertentes a que mais se aproxima do dispositivo analisado. Do examinado, nos termos do proposto algumas linhas acima, concluiu-se que o objetivo Regime Disciplinar Diferenciado é o de inocuização, ou seja, anulação, através do isolamento, do sentenciado inconveniente ao ambiente carcerário, caracterizando-se, assim, a teoria da prevenção especial negativa. Por suas características e pelo rigor imposto ao preso, concluiu-se, também, por sua inconstitucionalidade, já que fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

DESGUALDO, Antonio Carlos de Aguiar. *O Regime Disciplinar Diferenciado em face das Teorias Justificadoras das Penas*. Sao Paulo: Pontifical Catholic University of Sao Paulo, 2007 (requirement for the Masters Degree in Criminal Law, concentrated to Social Relations Law).

Adviser: Professor, PHd, Oswaldo Henrique Duek Marques.

## **ABSTRACT**

The present work, is a requirement for the Pontifical Catholic University os Sao Paulo Masters Degree, and its subject tell us about the “Regime Disciplinar Diferenciado”, created by the Resolution 10.792 (December, 1<sup>st</sup>, 2003), wich has modified the Brazilian Criminal Execution Law. This research was developed by foreign and national legislation and doctrine, and also by National Court decisions and jurisprudence. This work clains to identify the aim aplicacion of the “Regime Disciplinar Diferenciado”, wich is, as we know, a development of the punishment. This research brings a superficial analysis of all punishment justifying theories. The conclusion of the objectives brought by the “Regime Disciplinar Diferenciado” - System it is a personal annulment, suffered by the punished, also brought by his isolation. At this moment, it is characterized the Special Negative Preventive Theory, wich is unconstitutional and reaches the Principal of the Human Rights.

**Sumário:**

Introdução	p. 10
Capítulo 1: A Pena sob a ótica da Constituição Federal de 1988	p. 16
Capítulo 2: As Principais Teorias Justificadoras das Penas	p. 40
2.1 – Teorias Absolutas	p.46
2.2 – Teorias Relativas – Prevenção Geral	p.55
2.3 – Teorias Relativas – Prevenção Especial	p.65
2.4 – Teorias Unitárias ou Ecléticas	p.69
Capítulo 3: O Ordenamento Jurídico em face das Teorias Justificadoras das Penas e a Realidade Brasileira	p.75
Capítulo 4: A Teoria da Prevenção Especial Negativa	p.95
Capítulo 5: O Regime Disciplinar Diferenciado	p.113
Capítulo 6: O Regime Disciplinar Diferenciado em face da Teoria da Prevenção Especial Negativa	p.133
Conclusão	p.147
Bibliografia	p.153

## **Introdução.**

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto do “Regime Disciplinar Diferenciado”, criado pela Lei nº10.792 de 1º de dezembro de 2003 que alterou nossa Lei de Execução Penal, outrora regulamentada pela Resolução 26/01 da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

A lei nº 10.792/03 não trouxe um conceito específico do “Regime Disciplinar Diferenciado”, sinalizando apenas no sentido de seus efeitos na execução da pena, quais sejam, em linhas gerais, um endurecimento no tratamento ao preso, isolando-o dos demais, e restringindo, ainda mais, sua liberdade no interior do estabelecimento prisional.

Da leitura do texto legislativo verificamos expressões de relevo, que devem ser exploradas a seu tempo, como, por exemplo, o novo artigo 52 da Lei de Execução Penal: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado...”, indicando, a seguir, as características do novo tratamento a ser dispensado ao recluso.

A Resolução nº 26, de 4 de maio de 2001, de lavra do Sr. Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que inaugurou o assunto, contém em seu artigo 1º a seguinte expressão: “O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, é próprio do Anexo de Taubaté, das unidades I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau, Iaras e de outras designadas pela Administração”. Os demais dispositivos da normatização citada trazem, a seguir, as características específicas do regime adotado.

O tema em questão merece a devida atenção pelas dúvidas que desperta e pela importância do dispositivo na execução da pena, seja no enfoque ao preso, detentor de garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, seja por parte do Estado, que deve ter um norte nos ideais de execução da pena.

Sobre o assunto algumas dúvidas fundamentais devem ser esclarecidas: em primeiro lugar, se o instituto jurídico do “Regime Disciplinar Diferenciado” criado está em consonância com os dispositivos da Constituição Federal, em especial, se fere ou não o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como a regra que proíbe as penas cruéis e infamantes; em segundo lugar, e esse é o enfoque principal do trabalho, em qual das teorias justificadoras das penas se encaixa o “Regime Disciplinar Diferenciado”.

Surge assim a questão do significado, ou seja, qual o sentido dado pelo legislador, quando da elaboração da lei. Temos, portanto, a relação desse significado em face do nosso ordenamento jurídico. Vencido esse passo devemos indagar o destino da norma ou, noutras palavras, sua real significação. Nos termos do trabalho ora esboçado, os fins da medida excepcional, que é o regime disciplinar diferenciado.

Devemos, portanto, buscar, sempre sob o enfoque jurídico, quais as respostas possíveis para o tema, ou seja, o instituto criado serve apenas como uma retribuição para o criminoso que não consegue se adequar às regras do sistema prisional ou teria outro fim, tal como uma suposta “ressocialização” forçada do indivíduo?

Para nós, da leitura dos dispositivos legais, tentaremos demonstrar, dentro do tema das teorias justificadoras das penas, em qual delas o dispositivo mais se aproxima, em especial, da teoria da prevenção

especial negativa, de cunho preponderantemente isolador, anulando-se assim, aqueles criminosos que não se adaptam ao sistema prisional.

Importante ressaltar que da leitura das normas penais em vigor não se verifica um fim preponderante da pena traçado pelo legislador cabendo assim ao operador do direito indicar o fim preponderante.

No caso em questão, a legislação modificadora não deixou de forma explícita qual seria a função do instituto ora abordado, restando, assim, a dúvida.

Tentaremos, trilhando as idéias expostas pelos principais doutrinadores, estabelecer, ou ao menos nos aproximar, de uma resposta plausível para o tema, estabelecendo em qual das formulações teóricas até então traçadas, o objetivo na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, mais especificamente, estabelecer que o fator preponderante se aproxima da teoria da prevenção especial negativa.

A organização dos capítulos de dará da seguinte forma:

- **A pena sob a ótica da Constituição Federal de 1988**

Para a investigação do tema e estabelecimento de premissas, necessária se faz a análise da pena, em especial, a privativa de liberdade, sob a ótica da atual Constituição Federal, ou seja, quais os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário ao legislador infraconstitucional para o estabelecimento de novas formas de sanção penal e a coerência e sintonia dos dispositivos em vigor.

No trabalho em apreço, entendemos necessária uma breve incursão no tema “dignidade da pessoa humana”, já que um dos aspectos suscitados em relação ao “Regime Disciplinar Diferenciado” é a sua consonância com o Princípio em questão.

- **As principais teorias justificadoras das penas**

Na esteira do raciocínio que pretendemos levar a efeito no trabalho em questão, faremos uma breve análise das teorias justificadoras das penas, conforme as encontramos na doutrina, que buscam dar um sentido à aplicação da pena, seja no aspecto da simples retribuição, prevenção geral ou especial. Ou seja, dentro da perspectiva da aplicação da pena privativa de liberdade, quais os objetivos a serem alcançados?

Nesse sentido, imposta uma pena privativa de liberdade ao sentenciado, o Estado tem por objetivo simplesmente punir, já que aquele cometeu um fato definido na legislação penal como infração, fazendo jus, assim, a uma resposta ao mal cometido, ou, demonstrar à sociedade as conseqüências da não observância das normas penais, ou, finalmente, corrigir o infrator, nesta última hipótese, visto como alguém que merece novamente se adequar às normas gerais ditadas pelo organismo social?

As observações gerais apresentadas no parágrafo anterior não excluem outras teorias, de caráter misto, que buscam conciliar as idéias das teorias anteriores e preencher suas lacunas, bem como dar um sentido mais amplo ao seu conteúdo.

- **O ordenamento jurídico brasileiro em face das teorias justificadoras das penas e a realidade brasileira**

Neste capítulo buscaremos verificar se o nosso ordenamento jurídico segue alguma das linhas de raciocínio acima apresentadas, ou seja, se nossa legislação obedece a um fim preponderante da pena. Tal estudo será possível através da análise da legislação em vigor, em especial, do Código Penal, sua Lei de Introdução e Exposição de Motivos, bem como da própria

Lei de Execução Penal, antes e após a modificação levada a efeito pela Lei nº10.792/03.

- **A teoria da prevenção especial negativa**

Aqui buscaremos um maior aprofundamento na teoria da Prevenção Especial Negativa, de forma a dar suporte às conclusões gerais do trabalho, já que entendemos ser essa a que mais se aproxima do fim supostamente almejado pelo legislador quando da criação do Regime Disciplinar Diferenciado.

- **O “Regime Disciplinar Diferenciado”**

Como foco principal do trabalho ora desenvolvido, preliminarmente, devemos buscar um conceito de “Regime Disciplinar Diferenciado”, de forma a situá-lo com mais exatidão dentro do atual sistema jurídico.

Para tanto, far-se-á necessária uma breve incursão no processo legislativo que levou à edição da lei nº 10.792/2003.

No caso específico do Regime Disciplinar diferenciado, imposta a situação excepcional ao infrator, qual o objetivo almejado, ou em outras palavras, em quais das teorias justificadoras poderíamos encaixar o dispositivo?

- **O “Regime Disciplinar Diferenciado” em face da teoria da prevenção especial negativa**

Vencidas as dificuldades iniciais, ou, noutras palavras, analisados os elementos acima indicados, tentaremos traçar um paralelo entre o “Regime Disciplinar Diferenciado” e a Teoria da Prevenção Especial Negativa, apontando as características identificadoras que justifiquem o enquadramento da norma na teoria apontada.

Finalmente, tentaremos demonstrar que apesar de o “Regime Disciplinar Diferenciado” apresentar aparente dissonância com os dispositivos da Constituição Federal, sua aplicabilidade é vista como necessária pela Administração Pública, ou seja, um mecanismo de controle do sistema prisional, dentro dos moldes apresentados pela Teoria da Prevenção Especial Negativa, qual seja, a pura e simples “anulação” do indivíduo considerado como infrator por determinado período de tempo, de forma a possibilitar seu reingresso ao sistema prisional de forma a não afetar mais sua estabilidade.

## Capítulo 1: A Pena Sob a Ótica da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, para o desenvolvimento do trabalho em apreço, cremos, se faz necessária a conceituação de “pena”, idéia essa que servirá de alicerce para todo o estudo desenvolvido a seguir.

A definição de um conceito específico de pena esbarra numa série de entraves dogmáticos, já que, em sua essência, sempre se buscará uma resposta no sentido de sua finalidade, acenando os autores, ora num sentido, ora noutro.

Exemplo disso é o ensinamento de Sebastian Soler, para quem “pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de um precepto legal, como retribución, consistente em la disminución de um bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos”<sup>1</sup> (grifos nossos).

Ou, para Basileu Garcia, citando Eugenio Cuello Calón, a pena “é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração criminal”.<sup>2</sup> (grifo nosso).

Noutras palavras, quando da pesquisa junto à doutrina, cada autor dará seu enfoque, ou seja, o seu entendimento do que seria a pena, variando assim de acordo com o período em que foram elaboradas as obras e

---

<sup>1</sup> Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino*. Primeira reimpressão. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1951, p.399.

<sup>2</sup> Basileu Garcia. *Instituições de Direito Penal – Vol. I, Tomo II*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.405.

as tendências da época. Temos, portanto, verdadeira dissonância na doutrina, verificável dos conceitos apontados e dos que mais estão por vir. Os estudiosos do Direito, por vezes, ao conceituar o instituto da pena como gênero, acabam por lhe atribuir determinada finalidade, o que não condiz com os objetivos ora apresentados, pois uma coisa é se delimitar o conceito de pena criminal e outra é a sua finalidade.

Magalhães Noronha acena no mesmo sentido: “Realmente, uma coisa é afirmar o *conceito* de pena e, outra, seu *fim*. A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado”<sup>3</sup>.

A questão das finalidades da pena será analisada em capítulo próprio, portanto, num primeiro momento, tentaremos balizar o tema da forma mais simples possível, estabelecendo uma idéia geral do que seria, em especial, a pena privativa de liberdade, que, por sua vez, consistiria no cerceamento da liberdade ambulatoria do indivíduo, ou seja, a idéia de clausura, confinamento.

Aníbal Bruno sintetiza a evolução dessa modalidade nos seguintes termos:

“Com o declínio das penas corporais, já incompatíveis com o novo Direito, as penas privativas da liberdade entram

---

<sup>3</sup> Edgard Magalhães Noronha. *Direito Penal – Volume I*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p.227.

rapidamente a generalizar-se, passando a ocupar o primeiro plano no quadro das medidas punitivas, e, por fim, nelas veio a centralizar-se todo o sistema penal moderno”<sup>4</sup>.

Sobre a evolução da pena privativa de liberdade, encontramos exaustivo estudo na obra de Oswaldo Henrique Duek Marques<sup>5</sup>, que traça a evolução desse instituto desde os primórdios do homem até os tempos atuais.

Nesse sentido, numa breve análise da história da humanidade, em especial, no período compreendido a partir do Iluminismo, verificaremos que a questão da pena sofreu uma significativa evolução, não sendo mais abordada como simples sinônimo de padecimento ou sofrimento.

Entretanto, quando falamos em “pena”, palavra essa que deriva do latim “poena”<sup>6</sup>, verificamos sempre uma idéia de castigo, punição, de resposta do poder público em face de uma infração penal. A questão da pena como forma de punição, como informado algumas linhas acima será analisada em capítulo próprio, entretanto, a questão de “resposta” do poder público pode ser melhor detalhada.

Nesse sentido, interessante o ensinamento de Jeremias Bentham, em sua obra “Teoria das Penas Legais” que, logo em seu capítulo

---

<sup>4</sup> Aníbal Bruno. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo III*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967, p.59.

<sup>5</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da Pena*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, pp 1 a 102.

<sup>6</sup> *Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa*. 109ª ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p.1585.

primeiro, enfrenta a mesma dificuldade, quando trata da definição de pena e suas distinções acerca da idéia de castigo:

“A palavra *pena*, ou, para evitar desde logo todo o equívoco, a palavra *castigo*, é uma daquelas que, à primeira vista, parece que não tem necessidade de ser definida: que noção mais clara se lhe pode dar, do que a idéia, que todo o mundo concebe quando se repete a palavra? Todavia, esta noção geral, que parece tão clara, fica sendo vaga, sem explicação; porque não distingue precisamente o ato de castigar de outros muitos, que se assemelham com êle a certos respeito”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, sem a pretensão de uma profunda investigação nas palavras do pensador, verificamos a dificuldade na conceituação do instituto e a idéia já enraizada no pensamento comum.

Associamos sempre a idéia de pena a uma infração penal, ou seja, ocorrido o fato tido como criminoso pelo ordenamento jurídico, temos como resposta ou consequência, uma pena.

Ou, na visão de Francesco Carnelutti, há uma relação cronológica entre o delito e a pena, devendo o primeiro anteceder a segunda.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Jeremias Bentham. *Teoria das Penas Legais*. Tradução clássica revisada. 1º ed. São Paulo: Livraria e Editora Logos Ltda, p.15.

<sup>8</sup> Francesco Carnelutti. *O Problema da Pena*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. Belo Horizonte: editora Líder, 2003, p.12.

Luiz Flávio Gomes aponta como elo de ligação entre o delito e a pena a culpabilidade, vista aqui como juízo de reprovação do agente<sup>9</sup>. A questão da culpabilidade como juízo de reprovação não será objeto do presente estudo, servindo apenas, neste primeiro momento, para dar coesão ao raciocínio a ser desenvolvido.

Mas voltemos ao raciocínio principal.

O Estado, no sentido atual em que o compreendemos seria o titular do “jus puniendi”, expressão esta largamente utilizada pela doutrina, mas que merece uma melhor atenção.

Preliminarmente, o Estado, entendido aqui como ente soberano, é detentor de uma série de prerrogativas instituídas pela própria sociedade, que, por sua vez, resolveu abrir mão de parcela de sua liberdade em favor da criação desse ente superior, objetivando assim uma melhor organização e, acima de tudo, proteção.

Nesse sentido, o ensinamento de Aníbal Bruno: “Os fatos a que a consciência jurídica de um povo atribui o caráter de crimes são os que ameaçam os próprios fundamentos da organização social, segundo a ordem de Direito instituída”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal – Parte Geral – Teoria Constitucionalista do Delito*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 13 e 14.

<sup>10</sup> Aníbal Bruno. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo III*. cit., p.2.

Entretanto, devemos verificar a natureza desse Estado, detentor de tão amplo poder: se um Estado autoritário ou liberal. Tanto numa quanto noutra forma, verificaremos o instituto do Direito Penal e sua conseqüência, a pena, que variará de acordo com sua natureza.

Noutras palavras, para uma melhor visualização da questão, se estabelecida uma linha imaginária e numa ponta fixarmos um Estado autoritário, de cunho absolutista e, na outra extremidade, um Estado no modelo liberal, ou democrático, em que se busca uma maior proteção aos indivíduos, verificaremos uma situação interessante: quanto mais próximos nos localizarmos do Estado dito autoritário, mais severas serão as penas e, no sentido inverso, quanto mais próximos do Estado considerado como liberal, teremos uma maior flexibilidade na resposta criminal, em respeito ao infrator. E não é só, pois num extremo, verificaremos praticamente a ausência de fundamentação da resposta estatal, ao passo que no outro, teremos as mais variadas justificativas para a aplicação da dita sanção.

Assim sendo, estaremos diante de uma relação de “poder”, concedido pela sociedade ao Estado e este, dentro das aspirações daquela, através dos mecanismos previstos, cria as normas, estabelecendo o certo e o errado, buscando ordem dentro dessa mesma sociedade. Desta feita,

estaremos diante das normas jurídicas que derivam, portanto, de uma opção ou ato de escolha, nas palavras de Goffredo Telles Júnior<sup>11</sup>.

Do exposto, necessário verificar se essas aspirações, oriundas da base da sociedade, correspondem ao resultado final, ou seja, às normas jurídicas, em particular, no trabalho em apreço, às normas penais e sua consequência: a pena.

Interessante também o pensamento de Norberto Bobbio, no sentido de que “um Estado democrático não pode nunca considerar-se em guerra com seus cidadãos”<sup>12</sup>. Ora, tal expressão irá complementar o que será desenvolvido algumas linhas a seguir, já que o Estado que veste a roupagem de democrático deve agir para o povo e não contra ele. Daí porque a necessidade de mecanismos que, ao refletirem as aspirações da sociedade, também devem limitar a própria esfera de atuação do Estado.

De qualquer forma, a idéia de pena estará sempre ligada à de crime, como forma de resposta a uma conduta tida como inconveniente à sociedade, variando apenas a sua fundamentação e forma de aplicação.

Por essa associação de idéias, conforme o até então exposto, a pena possui uma função simbólica, presente desde os povos primitivos até os tempos atuais, mas, de forma a delimitar o raciocínio, podemos afirmar

---

<sup>11</sup> Goffredo Telles Junior. *O Povo e o Poder. O conselho do Planejamento Nacional*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 47 a 59.

<sup>12</sup> Norberto Bobbio. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990, pp. 95 a 103.

que a pena não perde o seu aspecto de representação de poder estatal, funcionando como “símbolo” para a população. Esse é um aspecto de grande interesse, pois faz parte da natureza humana tais associações para a construção do raciocínio, portanto, na concepção de lei e ordem, obrigatoriamente temos a relação direta entre poder e pena. Carl Gustav Jung aborda a questão sob o enfoque psicológico em sua obra “O Homem e seus Símbolos”, de forma que o raciocínio exposto extrapola os limites da discussão jurídica e invade a seara da psique humana.<sup>13</sup>

Nesse sentido:

“Assim, uma palavra ou imagem é simbólica quando implica alguma coisa além do seu significado manifesto ou imediato. Esta palavra ou esta imagem têm um aspecto ‘inconsciente’ mais amplo, que nunca é precisamente definido ou de todo explicado.”<sup>14</sup>

E mais à frente:

“O homem, como podemos perceber ao refletirmos um instante, nunca percebe plenamente uma coisa ou a entende por completo. Ele pode ver, ouvir, tocar ou provar. Mas a que distância pode ver, quão acuradamente consegue ouvir, o

---

<sup>13</sup> Carl Gustav Jung. *O Homem e seus Símbolos*. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.20.

quanto lhe significa aquilo em que toca e o que prova, tudo depende do número e da capacidade dos seus sentidos.”<sup>15</sup>

Pela imagem possuir esse caráter psíquico é que devemos levar em consideração a importância da expressão “pena” (seja em seu conceito ou finalidade), que exprime um reflexo do Estado e com efeitos no cidadão. Assim, tanto o crime quanto a pena têm uma função simbólica, daí a necessidade de se estabelecer parâmetros, conceitos.

Como exemplo do exposto podemos verificar o pensamento de Franz Von Liszt, para quem a pena é “um mal que o delinqüente sofre, é a lesão de bens, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que o protege”<sup>16</sup>. Ora, tal expressão, nos termos do acima exposto, está impregnado de verdadeiro simbolismo: o mal que o delinqüente sofre (vejamos a dificuldade em se estabelecer o que é uma mal!) e ordem jurídica (o que isso representa para a população em geral).

Estamos, portanto, diante de associações que influenciam na psique humana, aspecto esse que não pode ser ignorado:

“Em suma, todo conceito da nossa consciência tem suas associações psíquicas próprias. Quando tais associações variam de intensidade (segundo a importância relativa deste conceito em relação à nossa personalidade total, ou segundo a

---

<sup>15</sup> Carl Gustav Jung. *O Homem e seus Símbolos*. cit., p. 21.

natureza de outras idéias e mesmo complexos com os quais esteja associado no nosso inconsciente), elas são capazes de mudar o caráter ‘normal’ daquele conceito.”<sup>17</sup>

Ou, para Aníbal Bruno: “As penas consistem sempre na supressão de um bem jurídico do condenado”. E, mais à frente, complementa:

“Toda pena tem em si um sentido desonroso, uma vez que corresponde à reprovação da ordem jurídica e da consciência comum sobre o indivíduo, pelo ilícito penal que praticou, revelador de sentimentos condenáveis. Essa porém é uma consequência fatal, não realmente procurada”<sup>18</sup>.

Mas prossigamos.

Para Luiz Regis Prado, a pena é vista como uma das consequências jurídicas do delito. Nesse sentido: “A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Franz Von Liszt. *Tratado de Direito Penal – Tomo I*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira.. 1ª ed. Campinas: Russel Editores Ltda, 2003, pp. 373 e 374.

<sup>17</sup> Carl Gustav Jung. *O Homem e seus símbolos*, cit., pp.40 a 43.

<sup>18</sup> Aníbal Bruno. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo III*. cit., p. 57.

<sup>19</sup> Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 513.

A mesma abordagem é realizada por Cezar Roberto Bitencourt que, com ênfase na pena privativa de liberdade, afirma: “a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível”, comentando a seguir, as origens e evolução dessa consequência jurídica<sup>20</sup>.

Alguns autores acenam no sentido de “manifestações da coerção penal”<sup>21</sup>, tendo como maior expoente a pena privativa de liberdade, que é a solução adotada mais amplamente no mundo atual, que deve ser vista dentro de um “sistema penal”, que seria um “controle social punitivo institucionalizado”<sup>22</sup>, nos termos do exposto acima.

Temos, portanto, palavras-chave para a compreensão da expressão “pena”, ensejando verdadeira fórmula para sua existência: um Estado, agindo dentro dos limites legais e aplicando uma resposta também dentro desses mesmos limites.

Vencidas essas colocações iniciais, devemos verificar como o tema foi abordado pelo legislador constituinte de 1988, ou seja, como a questão foi colocada em nossa Carta Constitucional.

Nas palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira:

“Desnecessário observar que o Direito Penal não se constitui unicamente de legislação penal ordinária, mas também de

---

<sup>20</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal : parte geral, volume 1.6º* ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 401.

todas as previsões constitucionais que abordam as liberdades atingidas ou protegidas pelas sanções criminais. A Constituição, como estatuto de elaboração do próprio Estado, é o primeiro ponto a observar os limites de atuação estatal, as garantias do indivíduo e o modo pelo qual tais interesses podem ser manejados. Não há Estado democrático sem Constituição”.<sup>23</sup>

Novamente, um parênteses se faz necessário, já que a Constituição Federal de 1988 veio inaugurar uma nova fase histórico-política de nosso país, rompendo de vez com o regime anterior, excepcional, em que as garantias do indivíduo, como é cediço, não ocupavam lugar de destaque dentro dos complexos mecanismos de poder outrora vigentes.<sup>24</sup>

A Constituição Federal de 1988 tratou da pena no Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, mais especificamente no artigo 5º, incisos:

“XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”;

---

<sup>21</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 740.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>23</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*. 1ª ed. Barueri/SP Editora Manole, 2004, p.21.

<sup>24</sup> Boris Fausto. *História Concisa do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Edusp. 2001.

“XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

“XLVI – a lei assegurará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;”

“XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;”

“XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Em primeiro lugar, devemos levar em consideração a localização do tema na nossa Constituição Federal, ou seja, a “pena” foi abordada dentro dos direitos e garantias fundamentais, logo em seu início, demonstrando, assim, preocupação do legislador constituinte originário. Não seria outra a solução já que estamos tratando de uma medida excepcional, que afeta de maneira profunda o indivíduo, seja no aspecto de sua liberdade individual (e até em sua personalidade), daí a maior preocupação do legislador.

Também devemos levar em consideração que dos dispositivos constitucionais acima citados, todos utilizam expressamente a palavra “pena”, de forma a balizar, limitar, traçar os limites dessa medida. Estamos diante, portanto, de um critério negativo para o estabelecimento das penas.

Por critério negativo podemos abstrair um critério por exclusão, ou seja, somente poderão existir as penas previstas na carta Constitucional e dentro dos limites por ela estabelecidos, não podendo o legislador, mesmo o constitucional, acrescentar outras modalidades que não aquelas.

Com relação ao inciso XXXIX, verificamos o Princípio Constitucional da Legalidade que, sob outro enfoque e de forma superficial, já foi tratado algumas linhas acima, qual seja, a de que a pena só poderá existir se houver respaldo legal, ou seja, a fundamentação da pena deverá, obrigatoriamente, vir da Lei (entendida nos termos da própria Constituição Federal e de acordo com o procedimento legiferante nela previsto) e não de qualquer outro ato normativo ou costumeiro. Apesar de não ser esse o objeto do estudo em questão, trata-se de importante comentário, já que estabelece mais limites ao poder de atuação estatal. E, nas palavras de Nelson Hungria:

“Antes de ser um critério jurídico penal, o *nullum crime, nulla poena sine lege* é um princípio político pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o em fórmula explícita, entre os direitos fundamentais do homem; e somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler.”<sup>25</sup>

O inciso XLV prevê expressamente que na pessoa do condenado a pena deverá se exaurir, não podendo, de forma alguma, atingir

---

<sup>25</sup> Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, volume 1, tomo 1, p.26.

pessoas alheias ao fato tido como criminoso, salvo para efeitos de ressarcimento, mesmo assim, dentro dos limites nela propostos.

Entretanto, o mais importante para o trabalho em questão se verifica nos incisos XLVI e XLVII, nos quais encontramos o rol taxativo de penas a serem impostas, bem como a vedação de determinadas modalidades. E não são outras as palavras de Ney Moura Teles, no sentido de que “essas penas foram banidas do ordenamento jurídico, porque não se coadunam com o estágio atual de desenvolvimento de nossa sociedade, uma vez que ferem a dignidade humana e violentam profundamente o princípio da humanidade e do interesse social”<sup>26</sup>. Ou ainda, nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “o referido inciso é indicador do princípio da humanidade e racionalidade das penas, conforme o qual as penas cruéis estão proscritas do direito penal brasileiro”<sup>27</sup>.

A pena privativa de liberdade inaugura o rol taxativo apresentado pelo legislador, e não seria outra a solução, já que, dentro do moderno raciocínio jurídico ainda é a mais aplicada para as condutas criminais tidas como mais graves, merecendo assim, atenção e coerência dos aplicadores do Direito, por se tratar de medida excepcional.

Conforme examinamos, o legislador apenas sinalizou no sentido de quais seriam as penas possíveis (rol taxativo), bem como quais

---

<sup>26</sup> Ney Moura Teles. *Direito Penal – Parte Geral*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.84.

não poderiam, em hipótese alguma, serem aplicadas, como por exemplo, a prisão perpétua (critério negativo). Nessa esteira de raciocínio, não verificamos do texto legal nenhum fim preponderante da pena, ou seja, para que serve tal restrição da liberdade, abrindo margem, assim, ao legislador infraconstitucional.

Verificadas essas conclusões iniciais e os limites impostos pelo próprio Poder Constituinte Originário, necessário se faz verificar a consonância do exposto com a idéia de “Dignidade da Pessoa Humana”, insculpido na Constituição Federal e que mantém estreita relação com a discussão acerca da natureza do Estado. Noutras palavras, de acordo com o exposto algumas linhas acima, estaríamos diante de um Estado autoritário, esse seria o sentido contido nas entrelinhas de nossa Constituição Federal? Cremos que não.

Portanto, uma análise sistemática se faz necessária.

Senão vejamos.

Logo no artigo 1º da Carta Constitucional, no Título I – “Dos Princípios Fundamentais”, verificamos, no inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a “dignidade da pessoa humana”.

---

<sup>27</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. cit., p.744.

A própria expressão “fundamento” nos traz a idéia de base, sustentáculo, alicerce, portanto, no mínimo questionável a colocação da “dignidade da pessoa humana” como simples princípio constitucional. Representa muito mais, como se verá a seguir, sendo, inclusive, classificada como “norma jurídica fundamental.”<sup>28</sup>

Tal princípio vem praticamente inaugurar a Constituição apontando as diretrizes a seres seguidas no tocante à matéria em exame.

Para José Afonso da Silva, a Dignidade da Pessoa Humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>29</sup>. Ou seja, estaríamos diante de um princípio maior, que acabaria por açambarcar todos os demais. Teríamos, portanto, um norte a seguir, assim, quaisquer outros instrumentos normativos lhe devem obediência.

Seguindo essa linha de raciocínio, forçoso concluir que a pena, em especial, a de prisão, deve, obrigatoriamente, atender também aos ditames do postulado acima citado, motivo pelo qual um melhor aprofundamento na questão se faz necessário.

Nessa esteira de raciocínio, salutareis as palavras de Ney Moura Teles, citando Luiz Vicente Cernichiaro, de que “o Estado não pode,

---

<sup>28</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2002, p. 38.

<sup>29</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p.106.

na execução das penas, infligir padecimentos físicos ou morais ao condenado. E mais. Vedado até cominar penas que, em si mesmas, conduzam a essa situação”. Segue o raciocínio de que, em razão do caráter da pena imposta, pelo sofrimento já a ela inerente, não pode haver excessos, como por exemplo, a desmoralização, devendo o preso ser tratado como homem e não como coisa, a fim de que possa superar as dificuldades de seu encarceramento<sup>30</sup>.

Mas a Constituição Federal não nos apresentou um conceito do que seria a “Dignidade da Pessoa Humana”, portanto, através da doutrina e do raciocínio até então desenvolvido, tentaremos sintetizar o tema da melhor forma possível.

Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, após trilhar tortuoso caminho histórico – filosófico e orientando-se, principalmente no pensamento de Kant, demonstra as dificuldades em se conceituar o princípio em exame, acenando, enfim, no seguinte sentido:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um

---

<sup>30</sup> Ney Moura Teles. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., pp.87 a 88.

complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>31</sup>.

Interessante de ressaltar que o autor em questão, citando Kant, traz novamente a idéia de que o homem deve ser tratado como tal e não como simples coisa: “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”.<sup>32</sup>

Alexandre de Moraes, abordando a questão e apresentando a definição de Marcelo Caetano, aponta que a Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento da República Federativa do Brasil:

“concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A

---

<sup>31</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 62.

dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”<sup>33</sup>.

Tal questionamento é de fundamental importância quando verificamos a questão da pena e do condenado, que não pode ser deixado à mercê do Estado e submetido a tratamentos degradantes. Portanto, forçoso concluir que a pena, seja qual for, quando aplicada, deve respeitar a dignidade humana, nos termos acima expostos.

Curiosamente, da análise das Constituições anteriores, se partimos da primeira Carta Republicana, em momento algum verificamos a expressão “Dignidade da Pessoa Humana”. Somente na Constituição de 1967 verificamos a expressão “dignidade humana”, abordada dentro do tema “Ordem Econômica e Social”.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>33</sup> Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.50.

Mais curioso ainda é que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º afirma que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ora, não é outro o sentido demonstrado pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, para não se mencionar outros dispositivos de ordem internacional.

Esse raciocínio é detalhadamente desenvolvido por Carolina Alves de Souza Lima, quando trata dos Direitos Fundamentais, fruto de longa evolução histórica e que encontra porto seguro em nossa Constituição Federal, onde passou a ter maior destaque no ordenamento jurídico:

“Os Direitos Fundamentais são aqueles inerentes à existência digna dos seres humanos. Tais direitos devem ser incondicionalmente protegidos e respeitados, sob pena de se continuar repetindo o lado trágico da história da humanidade, sempre marcada pelo desrespeito a esses direitos.

Os Direitos Fundamentais devem ser respeitados não só no âmbito nacional, como também no internacional. Se houver desrespeito a tais direitos, o Estado no qual ocorreu o desrespeito deve tomar todas as medidas jurídicas possíveis. Se assim não atuar, os tribunais internacionais competentes

devem ser acionados. Isso porque o Direito Internacional contemporâneo não aceita mais o desrespeito e a indiferença à dignidade humana”.<sup>34</sup>

Ainda segundo a autora, os tratados devem ser interpretados de forma especial: “A interpretação dos Direitos e das Garantias previstos em tratados internacionais de direitos humanos deve ser sempre a que amplia o direito, nunca a que o restringe”.<sup>35</sup> E, mais à frente, complementa no sentido de que tais garantias deverão ter aplicabilidade imediata, independentemente de outro ato jurídico ou normativo que as complementem.<sup>36</sup>

Do exposto, abstrai-se que estamos diante de uma abordagem relativamente recente em nosso ordenamento jurídico, acenando num novo conceito de proteção ao homem, verdadeira evolução no raciocínio jurídico pátrio que deve ser obrigatoriamente respeitado. Nesse sentido, o pensamento de Anabela Miranda Rodrigues:

“O vasto movimento de respeito pelo indivíduo e de reconhecimento dos seus direitos humanos fundamentais vem-se alargando, decisivamente, ao âmbito das reformas do sistema repressivo, favorecendo, assim, a consagração de

---

<sup>34</sup> Carolina Alves de Souza Lima. *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2004, pp. 7 e 8.

<sup>35</sup> Carolina Alves de Souza Lima. *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*, cit., p.121.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p.135.

uma ampla base de humanidade sobre que se organiza a execução de medidas privativas de liberdade”<sup>37</sup>.

Nessa esteira de raciocínio, interessante o pensamento de Olga Espinoza que, ao abordar a questão dos chamados “direitos humanos”, afirma que não podemos nos ater a um conceito estático, mas a idéias que evoluem no tempo. Cita também o raciocínio de Antônio Cançado Trindade no sentido de que hoje os direitos humanos são na verdade a “plasmação histórica das exigências contemporâneas da justiça”. E mais, agora possibilitando a junção do raciocínio até então desenvolvido, nossa legislação, seja ela de ordem constitucional ou infraconstitucional, “garante o respeito aos direitos fundamentais dos submetidos à pena privativa de liberdade que se encontram sob custódia do Estado”<sup>38</sup>.

A questão é abordada também de forma semelhante por Francis Rafael Beck, quando trata dos “limites constitucionais à intervenção penal”<sup>39</sup>.

Podemos concluir, portanto, que, quando da elaboração da Constituição de 1988, criou-se uma série de mecanismos protetores ao indivíduo, em nosso caso, em especial, ao preso, logo, se obedecidos os preceitos até então elencados, o Estado brasileiro não pode ser classificado

---

<sup>37</sup> Anabela Miranda Rodrigues. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 23.

<sup>38</sup> Olga Espinoza. *A Mulher Encarcerada em face do Poder Punitivo*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004, pp. 31 a 34.

como de cunho autoritário, pelo contrário, apresenta características de um Estado liberal, cujos preceitos protetores devem ser obedecidos, seja na órbita legal, seja sob o aspecto da administração, quando da custódia e tratamento do recluso.

Em resumo, a pena deve, obrigatoriamente, se posicionar dentro dos limites acima colocados, sob pena de flagrante inconstitucionalidade e violação de preceitos fundamentais essenciais à proteção da dignidade humana. Somente se observados tais limites constitucionais poderemos falar em Estado Democrático de Direito, já que as regras insculpidas na Constituição Federal ali estão para serem obedecidas e cumpridas concretamente e não simplesmente observadas como regras pertencentes à metafísica, ou seja, como simples conhecimento geral e abstrato.

Posto isso, seja qual for o significado e objetivo do Regime Disciplinar Diferenciado, não podemos nos distanciar das conclusões ora estabelecidas, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

---

<sup>39</sup> Francis Rafael Beck. *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004, pp. 113 a 119.

## **Capítulo 2: As Principais Teorias Justificadoras das Penas.**

Conforme exposto na introdução do presente trabalho, de forma a possibilitar o enlaçamento do estudo com o tema principal, neste capítulo faremos uma breve análise das principais teorias justificadoras das penas, ou seja, a análise terá como foco central os fins, os objetivos a serem alcançados pelas penas e não o conceito propriamente dito conforme já examinado anteriormente.

Nos termos do apresentado na introdução, imposta uma pena privativa de liberdade ao sentenciado, o Estado tem por objetivo simplesmente punir, já que aquele cometeu um fato definido na legislação penal como infração, fazendo jus, assim, a uma resposta ao mal cometido, ou, demonstrar à sociedade as conseqüências da não observância das normas penais, ou, finalmente, corrigir o infrator, nesta última hipótese, visto como

alguém que merece novamente se adequar às normas gerais ditadas pelo organismo social?

Para responder a essas questões faremos uso da didática de dois autores em especial: Jorge Figueiredo Dias e Cezar Roberto Bitencourt, que classificam o tema em três grandes blocos: Teorias Absolutas, Relativas e Mistas, que serão desenvolvidas a seu turno. Em tempo, forçoso ressaltar que outros autores também o fazem da mesma maneira, entretanto, por motivos didáticos e a fim de se evitar enfadonhos acréscimos, foi feita essa escolha.

Cumpramos ressaltar que o trabalho em apreço não tem a pretensão de uma profunda incursão nas teorias em questão (ou até discutir se são teorias ou não, bem como sua validade), mas apenas traçar o caminho necessário e estabelecer bases mínimas para o desenvolvimento do raciocínio a ser alcançado ao final, conforme proposto na introdução do trabalho em apreço.

Cezar Roberto Bitencourt, fazendo importante citação sobre o assunto, cujo aspecto central já foi esgotado, cremos, no capítulo anterior, mas que serve para inaugurar o raciocínio em questão, assevera:

“É quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade.

Muñoz Conde acredita que sem a pena não seria possível a

convivência na sociedade de nossos dias. Coincidindo com Gimbernat Ordeig, entende que a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens”.<sup>40</sup>

Interessante destacar a preocupação do autor na justificação da pena, verdadeiro trabalho investigatório em que se busca a análise do instituto da pena à procura de sua essência, seu verdadeiro porquê. À semelhança das ciências exatas e biológicas, quando os estudiosos se deparam com uma descoberta, nela focam sua atenção, indagam sua real natureza e possível utilidade. Tal característica é natural do gênero humano, sempre indagador e curioso em decifrar os mecanismos que propulsionam determinado acontecimento ou instituto (no nosso caso, jurídico). Por óbvio, não há pretensão neste breve estudo de deitar raízes sobre as origens da pena, ou seja, em seus primórdios, sua gênese, mas apenas, conforme proposto, empreender uma breve análise sobre o tema, que desperta tantos questionamentos.

Nesse sentido perquiridor, prossegue o mesmo autor: “Com a evolução das justificativas e funções da pena, impõe-se a necessidade de analisar as diversas explicações teóricas que a doutrina tem dado à pena”.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal : parte geral, volume I*, cit. p.65.

<sup>41</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal : parte geral, volume I*, cit. P.66.

Da leitura das citações acima transcritas verificamos a utilização das expressões “necessidade” e “recurso elementar com que conta o Estado”. Podemos abstrair que o atual Direito Penal tem de, obrigatoriamente, fazer uso de alguma resposta estatal ao crime (visto como fenômeno social), não sendo possível, no atual estágio da humanidade, infelizmente, abrir mão de tal instrumento. A legislação não serve apenas para ser observada passivamente. São necessários recursos para seu fiel cumprimento, caso contrário, permaneceríamos no campo das abstrações, verdadeira utopia, o que é absolutamente inviável. Vivemos num mundo em que se busca o império da segurança jurídica, ou seja, da crença de que todos os integrantes da sociedade obedecerão ao conjunto de normas postas e, em caso de desobediência, haverá a respectiva sanção, na hipótese aqui exposta, de natureza penal.

Mas vejamos, esse instrumento jurídico de que se vale o Estado deve ser tempestivo e necessário, ou seja, limitado e fundamentado, motivo pelo qual se faz necessária sua análise crítica.

Imaginarmos a sanção penal desprovida de sentido ou finalidade é o mesmo que aceitarmos o esvaziamento do conteúdo do Direito Penal.

Também de fundamental importância as palavras de Jorge Figueiredo Dias, fornecendo os alicerces teóricos sobre os quais será desenvolvido o capítulo em testilha:

“A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal”.<sup>42</sup>

E mais:

“O sentido, o fundamento e as finalidades da pena criminal são determinações indispensáveis para decidir de que forma deve aquela atuar para cumprir a função do direito penal: elas reagem, por conseguinte, sobre o próprio conceito material de crime... ...e co-determinam, por aí, a resposta à questão da função do direito penal”.<sup>43</sup>

No mesmo sentido, o questionamento de Duek Marques, quando da análise da sanção penal na atualidade quanto aos efetivos reflexos

da aplicação da lei ao caso concreto e, assim, a constitucionalidade de tais medidas, dentro de um Estado Democrático de Direito<sup>44</sup>.

Ou seja, já que há a necessidade da aplicação de uma medida coercitiva, em que idéias ela se fundamenta? Qual afinal, a justificativa racional para a pena? Podemos afirmar, até pela nomenclatura utilizada pela nossa legislação, qual seja, “Direito Penal”, que há uma alusão contundente desta ciência com as penas. Numa análise superficial poderíamos concluir, sem prejuízo de críticas, que o ramo do direito em questão seria o relativo às penas. Mas essa é uma questão interpretativa, já que o direito penal não se esgota apenas nesse aspecto, mas aborda o crime e suas demais nuances, figurando a pena somente como um dos reflexos desse complexo prisma, daí porque se falar também em “Direito Criminal”. Como sabemos, essa segunda nomenclatura não é a mais comum, sendo adotada a primeira, em alusão ao nosso principal diploma legal, o Código Penal.

Mas as penas propriamente ditas nada mais são do que o espelho da política criminal de um Estado, conforme acima exposto, daí a necessidade do estudo aprofundado de sua justificação, trabalho esse que resultará na conclusão acerca da forma com que os indivíduos são vistos pelo Estado quando do cometimento da infração penal.

---

<sup>42</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.89.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p.90.

<sup>44</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques. *Os Fins da Pena no Código Penal Brasileiro*. Boletim Ibccrim número 167, outubro de 2006.

Vencidas essas colocações iniciais, vamos ao estudo das principais vertentes.

## **2.1 – Teorias absolutas.**

Para as teorias absolutas ou retributivas, nos termos da própria classificação ora apresentada, as penas teriam apenas a função retributiva (vista aqui sob o manto da equivalência), aí se esgotando, ou seja, estaríamos diante de uma simples compensação, verdadeira troca: o mal do crime pelo mal da pena.

Suas origens remontam no tempo, em especial nos Estados de cunho absolutista, ou seja, um modelo punitivo de caráter autoritário, vigente no pensamento de inúmeros filósofos anteriores ao Iluminismo, como, por exemplo, Maquiavel ou Hobbes, mas que, por vez ou outra são novamente utilizados na atualidade como modelo justificador para um maior endurecimento penal no combate à criminalidade.

Entretanto essa não é a tônica principal do estudo em questão mas a idéia por detrás da teoria em apreço.

Quando da análise do tema nos deparamos obrigatoriamente com dois grandes filósofos: Kant (para quem a fundamentação da pena é de ordem ética) e Hegel (para quem é de ordem jurídica).<sup>45</sup> Quanto a essa classificação, encontramos algumas críticas na doutrina, no sentido de que a

---

<sup>45</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal : parte geral, volume I*, cit. p.69.

fundamentação de Kant não é estritamente ética ou moral (justificação moral), mas também jurídica, ou, de forma mais clara, através de seu raciocínio extremamente lógico, busca-se um ideal próprio de justiça.<sup>46</sup>

Para um melhor entendimento do assunto, tentaremos desenvolver o raciocínio diretamente de sua fonte, ou seja, das obras desses dois filósofos, de maneira a melhor compreender seus alicerces.

Quando estudamos o raciocínio de Kant através dos doutrinadores penais, algumas expressões de relevo logo surgem, como por exemplo, o chamado “imperativo categórico”, que merece, assim, maior aprofundamento.

Para o desenvolvimento desta pequena, mas valiosa parte do trabalho, necessária se faz a análise de duas obras de Kant: “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” e “Doutrina do Direito”, onde estão consubstanciados os principais enunciados ora apresentados.

Comentário oportuno é feito por Cláudio de Cicco na introdução que apresenta à obra “Doutrina do Direito”:

“Fundamentos da Metafísica dos Costumes, em que coloca as bases de uma Ética em consonância com sua metodologia crítica, abrindo caminho para um estudo do Direito e da

---

<sup>46</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*. cit., pp. 41 a 46.

Moral segundo novas bases de apreciação e análise rigorosa”.<sup>47</sup>

Temos, portanto, um elo de ligação entre as duas obras, de maneira a compreender com exatidão as idéias a seguir apresentadas. Devem, portanto ser analisadas em conjunto.

Senão vejamos.

Com relação à primeira obra verificamos um texto carregado da idéia de moralidade, de forma a sustentar todo o mais exposto. Moralidade essa, forçoso ressaltar, de estrito cunho racional, característico do autor.

Preliminarmente, necessário se faz esclarecer a expressão “imperativo categórico” que, nas palavras do autor seria “o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim”.<sup>48</sup>

O chamado “imperativo categórico” seria então um postulado que independe de qualquer condição (justifica-se por si só), considerado assim como simplesmente necessário, ou, nas palavras do autor, um “mandamento absoluto”.<sup>49</sup> Temos assim deveres que merecem, obrigatoriamente, por questões morais e éticas, obediência, pela simples

---

<sup>47</sup> Emmanuel Kant. *Doutrina do Direito*. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Ícone Editora, 1993, p.5.

<sup>48</sup> Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. 1ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p.45.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p.47.

razão de existirem, incluindo-se, nessa categoria, a pena criminal, conforme será demonstrado.

Já na obra “Doutrina do Direito”, afirma que “o direito de punir é o direito que tem o soberano de atingir o súdito dolorosamente devido à transgressão da lei”<sup>50</sup>. Verificamos desse pequeno trecho a impregnação de idéias de autores de cunho absolutista, como, por exemplo, Hobbes, entretanto, não nos aprofundaremos nesse aspecto, servindo apenas como ilustração para o desenvolvimento do trabalho. Entretanto, salta aos olhos a expressão “dolorosamente”. Cremos que a idéia oculta nas palavras de Kant acenava no sentido de uma resposta penal de tal jaez ao infrator, de forma a marcar seu espírito tão profundamente, que não restassem dúvidas quanto à validade e existência do ordenamento jurídico.

E na seqüência:

“A pena jurídica (*poena forensis*), que difere da pena natural (*poena naturalis*), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinqüiu; porque jamais um homem pode

---

<sup>50</sup> Emmanuel Kant. *Doutrina do Direito*, cit., p.175.

ser tomado por instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade natural inata o garante contra tal ultraje, mesmo quando possa ser condenado a perder a personalidade civil. O malfeitor deve ser julgado *digno de punição* antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico...”<sup>51</sup>.

O trecho extraído da obra em exame merece melhor atenção em alguns aspectos fundamentais, já que trata de uma questão abordada no capítulo anterior, quando examinada a “dignidade da pessoa humana”, ocasião em que foi apresentado o raciocínio do próprio Kant no sentido de que o homem não pode ser tratado como coisa, mas como pessoa, apesar do rigorismo de suas colocações.<sup>52</sup> Em segundo lugar, verificamos que o autor fala em castigo e ausência de fundamentação para sua aplicação, ou seja, a pena deve ser aplicada simplesmente pelo fato de ter delinqüido, não sendo revestida de qualquer outra utilidade. Esse o “imperativo categórico” de Kant, tão mencionado pelos autores e muitas vezes pouco esclarecido.

Da leitura dos demais dispositivos da obra aqui superficialmente examinada, resta estabelecida a idéia rígida de moral e ética

---

<sup>51</sup> Emmanuel Kant. *Doutrina do Direito*, cit., p.176.

anteriormente citada, tanto é que, menciona o autor mais à frente, que, com a aplicação da pena (aceitando, inclusive, a pena de morte em determinados casos), “o princípio da igualdade ficaria restabelecido”.<sup>53</sup>

Finalmente, apresenta o famoso exemplo que sintetiza todo o espírito de sua formulação teórica que, cremos, se faz necessária sua reprodução integral:

“O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça”.<sup>54</sup>

Cezar Roberto Bitencourt sintetiza da seguinte forma: “Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais

---

<sup>52</sup> Ou, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt: “O homem, na tese Kantiana, não é uma coisa suscetível de instrumentalização”. *Manual de Direito Penal*, cit., p.71.

<sup>53</sup> Emmanuel Kant. *Doutrina do Direito*, cit., p.178.

<sup>54</sup> Emmanuel Kant. *Doutrina do Direito*, cit., pp.178 e 179.

integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito”.<sup>55</sup>

Poderíamos concluir pela verdadeira dissociação entre o individual e o coletivo. No momento da aplicação da pena o que mais interessa é a punição em si e não a pessoa que está sendo castigada, tampouco a impressão a ser causado no seio da sociedade. A pena se basta.

Já para Hegel, o crime é a violação do direito, sua negação, sendo assim, “a supressão do crime é o castigo, porque, segundo o conceito, é uma violência contra outra violência, segundo a existência, e o crime possui uma extensão qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência”.<sup>56</sup>

E prossegue: “neste domínio do direito abstrato, a superação do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se constituir uma compensação”.<sup>57</sup>

Verificamos um raciocínio praticamente matemático e de uma lógica um tanto e quanto simplista, conforme de verificará a seguir.

---

<sup>55</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal : parte geral, volume I*, cit. p.72.

<sup>56</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima. 1ª ed. São Paulo: Ícone Editora, 1997, p.106.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 107 e 108.

Assim sendo, “a imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada”<sup>58</sup>, nos termos do até então exposto.

Temos, portanto, em resumo, que a pena seria a anulação do crime, residindo aí o seu caráter jurídico. Apesar da conotação apresentada, a pena também não apresenta um fim em especial, se esgotando como tal.

Refutando as construções teóricas apresentadas, Jorge de Figueiredo Dias conclui que: “como teoria dos fins da pena, porém, a doutrina da retribuição deve ser recusada e, na verdade, recusada *in limine*. Logo porque ela não é assumidamente (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena”.<sup>59</sup>

E mais: “O Estado democrático, pluralista e laico dos nossos dias não se pode arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta”.<sup>60</sup>

Ora, como afirmado algumas linhas acima, tal pensamento, com a devida vênia, pode ser considerado, no mínimo, minimalista, já que resume de forma simplista um fenômeno extremamente complexo. Como pode o Estado, diante do crime, afirmar que basta a aplicação de uma pena para a

---

<sup>58</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal : parte geral, volume I*, cit. p.73.

instantânea restauração do equilíbrio jurídico (ou ético)? As demais discussões são deixadas à periferia do tema, tais como a questão do indivíduo em face dessa solução, ou seja, aplicada a retribuição, quais as conseqüências de caráter pessoal, bem como geral? A pena se esgota na simples retribuição? Na simples “vingança”, nas palavras de Hegel? Não se indaga se fica além ou aquém do necessário (difícil até quantificar o quanto essencial, inevitável). Aliás, necessário a quê? Para o indivíduo ou para a sociedade, ou simplesmente para o restabelecimento da ordem jurídica?

Creemos, portanto, que tais teorias são insuficientes, se vistas isoladamente, em razão dos argumentos até então expostos, entretanto, marcaram profundamente o raciocínio da época, sendo verificados até hoje seus efeitos.

## **2.2 – Teorias Relativas – Prevenção Geral.**

Para os adeptos da teoria da prevenção geral, a pena tem, obrigatoriamente, uma função, a de evitar novos crimes, sendo assim dirigida à sociedade como um todo, de modo a servir de exemplo, freando os impulsos criminosos.

---

<sup>59</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*, cit., pp. 93 e 94.

<sup>60</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*, cit., p. 94.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “a prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas: a idéia da intimidação ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem”.<sup>61</sup>

Ou, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

“O denominador comum das doutrinas da prevenção geral radica, como se sabe, na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a *atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes* através da *ameaça* penal estatuída pela lei, da realidade da *aplicação* judicial das penas e da *efetividade* da sua execução”.<sup>62</sup>

As origens da teoria em questão residem no pensamento de alguns autores, dos quais, a seguir, tentaremos extrair a síntese do raciocínio.

Para Jeremias Bentham, tido como um dos fundadores do chamado “utilitarismo penal”, que assenta toda a sua construção teórica sobre dois grandes alicerces, quais sejam, a dor e o prazer, sendo que, nesse sentido:

“A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete

---

<sup>61</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal*, cit.,p.77.

<sup>62</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*, cit., pp. 98 e 99.

apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos”.<sup>63</sup>

Neste ponto um breve parêntese se faz necessário.

Logo de início já encontramos um óbice de natureza teórica: qual a distinção entre o bem e o mal? Poderíamos levar em consideração o conceito de Nietzsche, para quem o bom é a potência e o ruim é a fraqueza?<sup>64</sup> Cremos que não. A visão maniqueísta traz inúmeros inconvenientes, pois valores mudam de acordo com as sociedades (suas origens e evolução), bem como de pessoa para pessoa (formação intelectual, moral, etc). Ainda, tais colocações podem ser de grande valia para um Estado de cunho autoritário que, valendo-se de conceitos extremos cria um mecanismo eficaz de controle social. A fundamentação de raciocínios com base na natureza, conforme observamos na recente história da humanidade, é de um perigo incomum, merecendo assim a devida cautela.

E mais à frente, continua o autor: “O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo

---

<sup>63</sup> Jeremy Bentham. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3ªed. São Paulo: Editora Abril, 1984, p.3.

<sup>64</sup> Friedrich W. Nietzsche. *O Anticristo*. Tradução de Alex Marins. Edição integral. Rio de Janeiro: Fernando Chinaglia Distribuidora S/A, 1996, p.27.

objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”.<sup>65</sup>

Estabelece assim, que “toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver que ser admitido - ,uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior”.<sup>66</sup> Logo, abstraímos que somente poderemos admitir uma punição quando evidentemente necessária.

Fixa, portanto, um utilitarismo penal, uma finalidade, uma serventia à pena. Mas quais os limites a essa utilidade?

E mais, como o mal da pena pode abrir caminho à felicidade?  
Como a racionalidade pode ser posta a serviço do Direito Penal?

Limites devem ser buscados de forma a balizar o tema.

Nesse sentido, seis normas devem ser obedecidas quando relacionamos os crimes às respectivas penas:

- 1- “o valor ou a gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime”;

---

<sup>65</sup> Jeremy Bentham. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, cit., p.3.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p.59.

- 2- “quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição”;
- 3- “quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor”;
- 4- “a punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la”;
- 5- “a punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas”;
- 6- “para que a quantidade de punição realmente inflingida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um”.<sup>67</sup>

Ora, podemos verificar que o autor em questão criou verdadeiro sistema de freios e contrapesos para a aplicação da sanção penal, servindo esta, em principal plano, como forma de desestímulo ao cometimento de crimes, ou nas palavras do autor acima apontado, verdadeiro fator de dissuasão.

---

<sup>67</sup> Jeremy Bentham. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, cit., pp. 60 a 62.

Mas um fato interessante de se ressaltar é o de que o embrião de tal idéia se encontra na obra de Beccaria, que, após comentar a evolução do raciocínio político de sua época, exalta a mudança de tratamento na relação Estado/apenado, com a supressão dos suplícios e barbáries utilizados em tempos passados, afirmando, quando trata das finalidades das penas que:

“Da simples consideração das verdades, até aqui expostas, fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido... ..O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”.<sup>68</sup>

Trata-se de formidável evolução no raciocínio jurídico, adotando os postulados do Iluminismo, cujos alicerces foram se forjando com transcorrer do tempo, de forma a influenciar toda uma nova ciência penal. Conforme se verifica, as raízes das formulações ora apresentadas causam efeito em todas as demais teorias que serão brevemente analisadas, de forma a dar um aspecto mais humano e científico à questão das penas.

Finalmente, Cezar Roberto Bitencourt, citando Feuerbach, como formulador da “teoria da coação psicológica”, sustenta que:

---

<sup>68</sup> Cesare Bonesana, Marchesi di Beccaria. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.52.

“A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros de uma sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada”.<sup>69</sup>

Ressaltemos: o autor fala em *ameaça* da pena, ou seja, possibilidade de aplicação da sanção penal. Vejamos, pois o que antes era tratado como simples punição, agora o é como ameaça, provável acontecimento futuro.

Comentário oportuno é o feito por Aníbal Bruno, no sentido de que “o fim do Direito Penal é a prevenção geral por meio da coação psicológica exercida pela ameaça da pena contida na lei”.<sup>70</sup>

A teoria da prevenção geral é muito bem sintetizada nas palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, já que:

“A finalidade da prevenção não deve ser vista apenas como prevenção da espécie de crime que se praticou, mas também com o objetivo de prevenir as reações informais ao ato

---

<sup>69</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal*, cit.,p.76.

criminoso e outras relacionadas com a descrença na força controladora do Estado e valores presentes na sociedade. Enfim, trata-se de buscar diminuir e prevenir a violência.”<sup>71</sup>

Nessa esteira de raciocínio, apresenta a distinção entre as duas grandes vertentes da teoria ora em exame, que não foram detalhadas até então e que merecem ao menos um breve comentário.

Entretanto, cremos, outra observação se faz necessária em relação ao conceito apontado por Cezar Roberto Bitencourt algumas linhas acima. O autor em questão fala em intimidação (através do medo) e racionalidade do homem. Ora, nada mais questionável do que tais idéias, e essa é uma crítica que vale para a teoria vista como um todo. A intimidação através da lei é extremamente questionável, já que o que é intimidatório para alguns pode não o ser para outros, portanto, podemos verificar uma falha no mecanismo da prevenção, que atingiria apenas parte (ainda que grande) dos membros de determinada sociedade. A outra crítica seria em relação à expressão racionalidade do homem, já que, como é cediço, dentro do organismo social, temos esferas de compreensão próprias que variam de pessoa para pessoa, logo, podemos nos deparar com situações novamente conflitantes, tais como o desconhecimento da lei (ou alteração da lei), ou, simplesmente, a valoração do

---

<sup>70</sup> Aníbal Bruno. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo III*. cit., p. 106.

<sup>71</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p.58.

ato criminoso, podendo o agente entender que é preferível o risco da pena em face do lucro do crime, por exemplo.

Temos assim, que algumas críticas, dentre várias, podem ser apontadas, demonstrando as falhas na construção teórica em exame.

Mas prossigamos.

A teoria da prevenção geral pode ser classificada como negativa e positiva.

Com relação à primeira vertente, qual seja, a negativa, esta teria como objetivo atingir a generalidade das pessoas com a ameaça da sanção penal, dirigindo assim seus comportamentos. Sob esse enfoque, fala-se, inclusive, em terror penal, exercido oficialmente pelo Estado.<sup>72</sup>

Citando Feuerbach como expoente do raciocínio em questão, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira assevera que “o que deve fazer o Estado é inculcar uma *impossibilidade psicológica de lesar* na mente do cidadão, com a certeza de que na busca do prazer advindo do ilícito encontrará um suplício tamanho que não permita a compensação, que seja um contra-impulso criminoso...”<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p.59.

<sup>73</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p.62.

Temos, assim, palavras-chave para a compreensão do raciocínio em testilha: a intimidação, através da pena em concreto, como contra-impulso criminoso.

A outra vertente, da prevenção geral positiva, não objetiva apenas aos que efetivamente já cometeram uma conduta tida como ilícita pela legislação, mas também aqueles que podem vir a cometer infrações penais, ou seja, os “potenciais criminosos”.<sup>74</sup> Ou seja, nesse caso, “em vez da ameaça, da coação psicológica, o que se busca agora é afirmar a consciência social da norma, ou ainda, confirmar a vigência da norma”.<sup>75</sup>

Noutras palavras, desta vez, estaríamos diante de verdadeira declaração à sociedade em geral, em tom ameaçador pelo Estado, de que a norma posta será aplicada na hipótese de sua violação.

Nesta hipótese, o tom ameaçador vem da pena em abstrato, ou seja, aquela que pode ser aplicada a quem cometer uma conduta considerada como criminosa.

Em resumo, conclui Luiz Regis Prado:

“Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p.68.

recordar ao sujeito as regras básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica”.<sup>76</sup>

Críticas não faltam às teorias em questão, que não serão analisadas no presente estudo, dando margem, inclusive, a dissidências doutrinárias, culminando na criação de teorias mistas, que serão analisadas a seu turno.

Entretanto, importante ressaltar que a pena não deixa de ter uma função simbólica, conforme exposto no capítulo anterior.

### **2.3 – Teorias Relativas – Prevenção Especial.**

Se, por um lado, a teoria da prevenção geral é dirigida à generalidade das pessoas, por outro, a da prevenção especial é destinada ao

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 68 e 69.

<sup>76</sup> Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120*, cit., p. 516.

indivíduo, de forma que não volte mais a delinquir. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, citando Eser, afirma que a tônica da teoria em questão é a prevenção da reincidência.<sup>77</sup>

Questão interessante que deve ser obrigatoriamente analisada, é no sentido de como o poder Estatal pode agir sobre o indivíduo, ser esse dotado de conhecimento e autodeterminação, de forma a não voltar a cometer crimes. Ou seja, até que ponto pode o Estado interferir na psique do indivíduo de forma a moldá-lo aos padrões ético sociais vigentes, sem incorrer na simples instrumentalização do homem. Forçoso ressaltar o ensinamento de Kant, no sentido de que o homem deve ser tratado como tal e não como simples coisa, nos termos do apontado no capítulo anterior.

Muito se fala em “ressocialização” para descrever o raciocínio em questão, mas o que seria isso?

Podemos partir da premissa de que todos os homens são seres sociáveis, já que vivem em sociedade, sendo que tal situação surgiu da própria necessidade de sobrevivência, conforme demonstram os modernos estudos antropológicos e a própria história da humanidade.

Entretanto, o homem, detentor de livre arbítrio, como afirmavam os adeptos da Escola Clássica, fato esse que não podemos afastar,

---

<sup>77</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*, cit., p.102.

pelo menos sob esse enfoque, possui a liberdade de decidir como e quando agir, ou seja, de dirigir a sua própria vida da forma que melhor entender.

A partir do momento de seu encarceramento, perderia o homem a sua capacidade de autodeterminação, devendo sujeitar-se à vontade do Estado? Para essa teoria, sim, servindo, portanto, a pena, como instrumento de adequação social do condenado.

Senão vejamos.

Para Cezar Roberto Bitencourt, “a teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção especial, dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, objetivando que este não volte a delinqüir”.<sup>78</sup>

Mudou-se, portanto, o foco da discussão, que partiu do geral (dirigido a todos os membros da sociedade) para o específico (dirigido a um indivíduo em especial: o apenado).

Luiz Regis Prado sintetiza o raciocínio nos seguintes termos:

“A prevenção especial, a seu turno, consiste na atuação sobre a pessoa do delinqüente, para evitar que volte a delinqüir no futuro. Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a idéia de prevenção especial refere-se ao

delinqüente em si, concretamente considerado. Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinqüente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção”.<sup>79</sup>

As colunas mestras dessa teoria foram formuladas por Franz Von Liszt, quando aponta que:

“a) a pena pode ter por fim converter o delinqüente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinqüente;

b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinqüente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinqüente é reduzido ao *estado de inocuidade* (*Unschädlichmachung*).<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal*, cit., p.79.

<sup>79</sup> Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120*, cit., p. 520.

<sup>80</sup> Franz Von Liszt. *Tratado de Direito Penal – Tomo I*. (tradução de José Higinio Duarte Pereira), cit., p. 144.

Ou seja, “a prevenção especial se apóia basicamente na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição”.<sup>81</sup>

Feitas essas colocações nos defrontamos com os problemas expostos algumas linhas acima, ou seja, até que ponto estaria autorizado o Estado a interferir na personalidade do agente? Cremos que a limitação reside, em especial, na própria dignidade da pessoa humana, nos termos do exposto anteriormente.

De qualquer forma, essa teoria também sofre subdivisões, em positiva e negativa, que, em grossas linhas seriam, em primeiro lugar, o efeito socializador e, em segundo lugar, a inocuização do infrator.

A teoria da prevenção especial positiva também apresenta variantes, quais sejam, curativa, ressocializadora (programa máximo) e oferta de condições para não reincidência (programa mínimo)<sup>82</sup>.

Quanto ao aspecto curativo, seria vista como “tratamento, nos moldes médicos, das tendências do agente que o levam a cometer crimes, como se fora um doente”<sup>83</sup>.

No tocante ao aspecto ressocializador (programa máximo), “a finalidade da pena seria a emenda moral do criminoso, com a imposição da

---

<sup>81</sup> Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120*, cit., p. 520.

<sup>82</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., pp. 82 a 91.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p.82

adesão, por parte deste, aos padrões morais entendidos como desejáveis pela sociedade”<sup>84</sup>.

Finalmente, no que diz respeito ao programa mínimo, ou seja, oferta de condições para a não-reincidência, “preocupa-se muito mais em traçar limites para a ingerência da pena na esfera íntima do indivíduo, bem como não permitir que a pena subverta sua finalidade e redunde em instrumento de dessocialização, agravando as possibilidades de reincidência e inviabilizando o retorno no agente à sociedade em condições de se desenvolver e cumprir seu papel dentro da democracia”<sup>85</sup>.

A teoria da prevenção especial negativa será objeto de estudo mais aprofundado em capítulo próprio, mais à frente.

## **2.4 – Teorias Unitárias ou Ecléticas.**

Tais teorias, na verdade, buscam conciliar os postulados das anteriores, de forma a preencher as lacunas existentes e superar as críticas já apontadas.

Em suma, “buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins de prevenção geral e de prevenção especial”.<sup>86</sup>

Ou, nas palavras de Duek Marques:

---

<sup>84</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p. 86.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>86</sup> Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120*, cit., p. 521.

“Dessas teorias, surge a chamada teoria mista ou unificadora, com o objetivo de conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena, diante da insuficiência de que cada uma possa surtir efeitos isoladamente. Nessa linha de raciocínio, o caráter retributivo da pena, por exemplo, não afasta a necessidade de segregação do delinqüente, nem sua possível socialização. Além disso, permanece na pena sua função preventiva, pela intimidação dirigida à sociedade”.<sup>87</sup>

Oportunas também as considerações de Claus Roxin, quando critica as teorias isoladamente, de forma a demonstrar sua ineficácia e construir uma formulação própria.

Suas considerações finais acerca de cada uma delas merecem atenção:

- 1- Teoria da Retribuição: fracassa ao fundamentar a pena, já que parte do pressuposto de que ela deve existir. Não explica os motivos que autorizam o Estado a fazer uso dela, deixando margem ao arbítrio, já que não estabelece limites a esse poder punitivo. Essa prática é na verdade um excelente instrumento para os Estados de cunho autoritário, já que não encontra praticamente limites para sua imposição. O aspecto vingativo da pena também é questionável, pois como se pode

---

<sup>87</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da Pena*, cit.,p.103.

demonstrar que a retribuição de um mal por outro mal compensaria o ocorrido? A ciência penal, como ciência racional, não pode utilizar a retribuição, portanto, como pena.<sup>88</sup>

2- Teoria da Prevenção Especial: também foge ao questionamento anterior, ou seja, até onde pode o Estado intervir na esfera particular do indivíduo? Se se objetiva um tratamento ao criminoso, quais seriam os limites dessa atuação, ou, como saber qual a melhor forma de fazê-lo? Como evitar-se a invasão à esfera íntima do indivíduo? Ainda, o que fazer com os incorrigíveis ou os que não carecem mais de correção (citando o exemplo de criminosos nazistas, decorridas décadas de suas práticas tidas como ilícitas e hoje adequados ao cotidiano da sociedade). Outro questionamento suscitado diz respeito à questão da imposição da vontade ou conceitos de determinada fatia da sociedade em face dos demais indivíduos, ou seja, como se explica o fato de que determinado grupo de pessoas pode impor seus valores a outrem, considerado aqui como criminoso?<sup>89</sup>

3- Teoria da Prevenção Geral: se o objetivo é o “terror estatal”, quais seriam os limites intimidatórios do Estado? De onde viria a legitimação para a imposição de tal medo? Mais uma vez dar-se-ia azo ao arbítrio. Outro aspecto suscitado diz respeito à eficácia da pena como

---

<sup>88</sup> Claus Roxin. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis. 3ª ed. Lisboa: editora Vega, 1986, pp.16 a 19.

meio intimidatório (em especial, em relação ao criminosos habituais). Finalmente, critica também a questão da instrumentalização do homem, sua utilização como símbolo de exemplo para os demais.<sup>90</sup>

Conforme exposto, as teorias, vistas isoladamente, na opinião de Claus Roxin, são ineficazes. Com relação às teorias ditas unificadoras, assevera:

“É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido correctamente que cada uma das concepções contém pontos de vista aproveitáveis que seria errôneo converter em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente três concepções distintas tem forçosamente de fracassar, já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realização”.<sup>91</sup>

Posto isso apresenta a chamada “Teoria Unificadora Dialética”<sup>92</sup>, na qual busca-se o equilíbrio entre as construções anteriormente apresentadas, através da imposição de restrições recíprocas, surgindo, como síntese das demais, porém, limitada por aspectos éticos.

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp.20 a 22.

<sup>90</sup> Claus Roxin. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, cit., pp. 23 a 25.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.26.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pp.44 e 45.

Associa o Direito Penal aos modernos conceitos de Estado Democrático, em que se proporciona ao indivíduo o máximo de liberdades, protegido contra ingerências arbitrárias. Nesse sentido, deve-se proteger a sociedade da atuação do delinqüente, mas este não pode ficar à mercê de eventuais abusos acobertados pelo manto da proteção da ordem social.

Assim:

“um direito penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da prevenção geral se ao mesmo tempo preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinqüente também é afinal o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua idoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração de sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta”.<sup>93</sup>

Ou seja, através de um tratamento humanitário e racional, tanto a sociedade quanto o delinqüente poderão colher frutos, evitando assim os efeitos perniciosos da simples retribuição ou de visões individualistas e parciais no tratamento dos reclusos.

---

<sup>93</sup> Claus Roxin. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, cit., p.45.

Finalmente, com a devida vênia, o que se verifica, nada mais é, do que uma combinação de teorias, cujos formuladores buscaram os conceitos ou ideais mais louváveis a fim de refutar as críticas surgidas às teorias em espécie. Poderíamos falar que houve um refino das principais construções teóricas donde se aproveitou apenas o sumo.

Estabelecidos, portanto, os alicerces teóricos das principais teorias justificadoras das penas, torna-se possível a continuidade do raciocínio para o desenvolvimento do trabalho.

### **Capítulo 3: O Ordenamento Jurídico em face das Teorias Justificadoras das Penas e a Realidade Brasileira.**

Neste ponto do estudo, se faz necessária a verificação do modelo adotado pelo Brasil no que diz respeito às teorias justificadoras das penas, de modo a fixarmos o norte que orienta o aplicador do direito na fixação e forma de aplicação da sanção penal.

Em outras palavras, como deve se comportar o aplicador da lei penal quando da fixação da pena (em especial, da privativa de liberdade)? Como deve ser encarado o ordenamento jurídico penal brasileiro? Qual (ou quais) das teorias justificadoras, até então expostas, deve ser observada? O Juiz levará em consideração que a pena se exaure numa simples retribuição, ou seja, o Estado estará apenas punindo o infrator da norma penal pelo “mal” cometido, ou aplicará a sanção necessária à prevenção geral, evitando que novos crimes sejam cometidos, funcionando assim como verdadeiro freio inibitório ao impulso criminoso, ou, finalmente, objetiva-se a “ressocialização” do indivíduo ou até a sua “anulação”, na hipótese dos partidários da prevenção especial?

Tais questionamentos não se esgotam no momento da sentença, mas se desdobram, e aí reside a questão fulcral do trabalho em questão, que merecerá melhor desenvolvimento nos próximos capítulos, na fase da execução da pena.

O indivíduo encarcerado, sob a custódia do Estado, estará recebendo o tratamento determinado pela lei, ou seja, a Administração estará seguindo as regras ditadas pela legislação no que toca aos fins das penas?

Nessa esteira de raciocínio temos as palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: “a necessidade do estudo das funções da pena se faz presente no ensejo de descobrir uma orientação para a interpretação e aplicação dos mais diversos institutos de Direito penal e processual penal”.<sup>94</sup>

Mas a dúvida persiste no que toca à realidade brasileira.

Senão vejamos.

Da análise da legislação em vigor, partindo da Constituição Federal de 1988, verificamos o estabelecimento de critérios negativos em relação às penas (quais penas não podem ser admitidas no ordenamento jurídico), conforme exposto nos capítulos anteriores, entretanto, aparentemente não sinaliza no sentido de uma política criminal voltada à justificação da pena. Há um vazio constitucional no assunto, fato esse que não é verificado quando trata, por exemplo, da “Segurança Pública”. Percebemos, portanto, que o legislador Constituinte Originário não se preocupou expressamente com a matéria, restando, assim, o exame da legislação adjacente.

Robustecendo o acima exposto, temos as palavras de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior: “Com efeito, a Constituição de 1988

---

<sup>94</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p.113.

elencou de forma exaustiva as modalidades de penas proibidas, porém de maneira enunciativa as permitidas”.<sup>95</sup>

Nossa Lei de Execução Penal, instituída pela Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, dispõe, em seu artigo 1º, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Como se percebe, o legislador pátrio usou da terminologia “integração social”, de eminente cunho preventivo especial. Todavia, no que consistiria essa integração social que deveria ser levada a cabo de forma “harmônica”? Integração, locução essa encontrada nos dicionários com o sentido de incorporação, assimilação, harmonização ou unificação de unidades antagônicas, “ajustamento recíproco dos membros de um grupo e sua identificação com os interesses e valores do grupo”, “processo de inclusão de um novo dispositivo ou programa num sistema sem quaisquer problemas”.<sup>96</sup> Em sentido figurado, podemos estabelecer de um lado o criminoso, que, violando os preceitos reitores do grupo social, realizou a conduta ilícita, rompendo assim um suposto pacto social e, de outro lado, a sociedade, com todos os seus valores tidos como necessários à sua manutenção. Diante de tal situação e da inconveniência do infrator, é este segregado (no caso da pena privativa de liberdade), permanecendo durante determinado período de tempo sob a custódia

---

<sup>95</sup> Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior. *Teoria da Pena*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 67.

<sup>96</sup> Dicionário Michaelis. p. 1164.

do Estado, o qual se incumbirá de torná-lo apto, novamente, ao convívio social. Como verificamos de nossa legislação e conforme será demonstrado mais adiante, esse processo se dará de forma progressiva, ou seja, inicialmente será o encarcerado submetido a um regime severo, partindo então para outros mais amenos, proporcionando, assim, contato gradual com o ambiente fora do cárcere, até que, em determinado momento, ao ser considerado apto à liberdade, obtém sua integração ao ambiente social. Se aceitarmos essa linha de raciocínio, estaremos diante dos postulados da Teoria da Prevenção Especial, já exposta no capítulo anterior. Porém, seria essa a única orientação adotada?

Cremos que não.

Pela Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, junto ao item de número 13, que trata do objeto e da aplicação da Lei de Execução Penal, fala-se em “correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social” (grifo nosso).

Novas observações merecem atenção: preliminarmente, acreditamos, a utilização da locução “reprimir” (podemos ler como repressão ao crime) tem cunho mais nitidamente administrativo, já que essa é uma questão de segurança pública. Explicando mais liquidamente o que acabamos de dizer, significa que o Estado, através de seus órgãos policiais é quem deve se incumbir de impedir e combater a ocorrência dos crimes (e não o Judiciário ou o

Legislativo). O raciocínio segundo o qual a lei penal é apta a tal fim merece questionamento, apesar de fortes correntes partidárias nesse sentido. De qualquer forma, também pode ser interpretada na forma de punição, diluindo-se assim, nos demais enunciados, com ênfase na retribuição.

Mais à frente, fala em “proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”, bem como em “interesses da defesa social”, em consonância com o acima comentado.

Na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal encontramos no item de número 26:

“Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior no cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade” (grifos nossos).

Neste ponto, verificamos indícios de uma possível orientação a ser seguida, já que fala de uma política criminal protetiva, utilitária, portanto,

novamente, de cunho preventivo. Entretanto, forçoso salientar, a Exposição de Motivos não é lei (e tampouco tem força de lei), mas apenas a justificação do projeto aprovado, despida, portanto, de caráter vinculante.

Da mesma forma, o artigo 59 do Código Penal estabelece que, o “juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime...”(grifo nosso). Aqui entendemos válidos os argumentos acima expostos, com enfoque nas teorias absolutas ou retributivas. Não poderia ser outro o entendimento, em razão da utilização da locução “reprovação”, com a conotação de censura, condenação pelo ato praticado.

Entretanto, Duek Marques e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, ao se debruçarem sobre o tema, procedem a uma análise sistemática do artigo 59 do Código Penal com os princípios constitucionais reitores da matéria, buscando, assim, a harmonização de tais enunciados normativos.

Os autores em testilha propõem uma releitura do artigo 59 do Código Penal, agora sob os auspícios da Carta Constitucional de 1988, dissociando, assim, a expressão “reprovação da idéia de retribuição (teorias absolutas). Arrostado o entendimento tradicional, concluem os autores:

“Diante do exposto, é possível concluir que a finalidade da pena de reprovação, tal como prevista no Código Penal em

vigor, em seu artigo 59, a partir de uma releitura constitucional, afasta o fundamento metafísico que justifica a pena pela retribuição ou castigo. Por isso, a reprovação só pode ser compreendida como limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator”<sup>97</sup>.

Com a alteração da Lei de Execução Penal, levada a efeito pela Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que introduziu no organismo legal o chamado “Regime Disciplinar Diferenciado” como nova forma de punição ao encarcerado que “ocasiona subversão da ordem ou disciplinas internas” (artigo 52), gerou mais polêmica ao assunto que, conforme já mencionado, será estudado nos capítulos seguintes, mas que, evidentemente, promoveu um maior endurecimento no tratamento dispensado ao sentenciado que não se adequar ao mecanismo penitenciário. Seria uma nova forma de punição ou simplesmente de contenção (acreditamos ser esse o substantivo mais adequado ao caso) do indisciplinado? É de se ressaltar que o instituto em questão se encontra localizado no capítulo intitulado “Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina”, em especial, na seção “Da Disciplina” e respectiva subseção “Das Faltas Disciplinares”, logo, acreditamos, tem um caráter evidentemente sancionatório.

Ainda salutar mencionarmos novamente a exposição de motivos da Lei de Execução Penal que, quando trata da disciplina expõe que: “o

---

<sup>97</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. Boletim Ibccrim 167, outubro de

regime disciplinar, por seu turno, tem visado à conquista da obediência pelo império da punição, sem a tônica da preocupação com o despertar do senso de responsabilidade e da capacidade de autodomínio do paciente”, numa evidente alusão à mudança no pensamento punitivo, adequando-se às mais modernas e humanizadoras vertentes.

Mas não é só, visto que podemos concluir, da análise da lei 8072/90, que definiu os “crimes hediondos”, de aparente cunho retributivo e preventivo geral, já que, através de um tratamento mais rigoroso aos delitos nela elencados, busca não só punir mais severamente o infrator, como também impor temor à sociedade, evitando assim, o cometimento de crimes de tal espécie. Ora, não poderia ser outra a interpretação, já que a própria nomenclatura da espécie normativa apresenta traços impositivos, ou seja, os crimes nela indicados têm a característica da repulsão, da repugnância, merecendo, assim, tratamento diferenciado.

Nosso Código Penal, ao tratar das penas privativas de liberdade, estabeleceu a reclusão e a detenção, sendo que, o cumprimento da primeira poderá ser iniciado nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, e, em relação à segunda, seu início poderá se dar tanto no regime semi-aberto quanto no aberto.

Verificamos, portanto, a possibilidade de progressão de regime: do mais severo ao mais brando, de acordo com a natureza do crime,

tempo de cumprimento da pena e mérito do condenado, tratando-se de verdadeiro mecanismo de estímulos a operar na mente do condenado, nos termos do que será exposto mais à frente.

A Lei dos Crimes Hediondos, sem embargo do questionamento acerca de sua constitucionalidade, simplesmente impediu a possibilidade de progressão de regimes prisionais.

Nos encontramos, portanto, diante de um impasse: teria a referida lei apenas cunho preventivo, através da intimidação, ou também uma faceta retributiva, de forma a penalizar mais severamente o autor do fato criminoso? Como deve se comportar o Juiz quando defrontado com um crime classificado como hediondo? Aplicar a lei objetivando conter os impulsos criminosos da coletividade, já que a simples existência da lei falhou, ou oficializar a vingança estatal na pessoa do apenado?

Interessantes as colocações de Alberto Silva Franco quando trata da expressão “crime hediondo”, no sentido de que:

“O texto constitucional adotou-a para significar uma restrição, por sinal, extremamente rigorosa, de direitos e garantias enunciados no art. 5º da Carta Magna. O eixo fundamental dessa restrição centra-se na referência a uma nova classe tipológica de delitos...”<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Alberto Silva Franco. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.1173.

O mesmo autor tece severa crítica à técnica utilizada pelo legislador infraconstitucional que arrolou quais seriam os crimes classificados como hediondos, já que não se preocupou em explicar no que consistiria tal hediondez. Comenta também os motivos que levaram o legislador constituinte a formular a previsão constante do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam, a pressão da mídia em face do avanço da criminalidade e o movimento da lei e ordem, de forma a pressionar o legislativo a tomar providências imediatas e de eficácia duvidosa.<sup>99</sup>

Na mesma obra cita também Jarbas Mazzoni, para quem a lei dos crimes hediondos teria cunho preventivo geral e especial.<sup>100</sup>

Interessante de se destacar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em julgamento de “habeas corpus”<sup>101</sup>, ocasião em que foi afastada a aplicabilidade do parágrafo 1º do artigo 2º da lei 8.072/90. Por óbvio que foi apenas uma decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, mas que abre importantes precedentes no entendimento da norma em questão, bem como proporciona maiores argumentos de discussão acerca do tema proposto.

O Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, fundamentou o raciocínio no espírito liberal da Constituição de 1988, onde o legislador constituinte originário externou sua vontade, não expressamente, mas verificável

---

<sup>99</sup> Alberto Silva Franco. *Crimes Hediondos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 22 e 23.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p.25.

através de uma leitura atenta dos dispositivos nela constantes, pela progressão do regime penitenciário. Ou seja, ao proibir determinadas penas, como, por exemplo, a de morte e a de caráter perpétuo, admitiu a possibilidade de “regenerabilidade de toda pessoa”, pois, se tal não fosse possível, medidas de caráter eliminatório seriam justificáveis. Fundamenta também seu raciocínio nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Individualização da Pena, apresentando, assim, paralelamente as idéias ressocializadora (ou socializadora, nas palavras do ministro) e “clássica” função de castigo. Seguindo o mesmo raciocínio lógico, o “abrandamento dos rigores da execução penal” é que possibilitaria tal ressocialização, que deve partir da parceria Estado/encarcerado.

Conclui finalmente que “tudo sugere ter-se por inconstitucional um regime carcerário que não reduza o seu teor de severidade à medida que o prisioneiro vá respondendo às normas de disciplina interna com a melhoria do seu próprio (dele, encarcerado) temperamento e caráter”.<sup>102</sup>

O Ministro Marco Aurélio de Mello, no mesmo julgamento, também decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos questionado, fazendo uso, em sua fundamentação, dos Princípios da Individualização da Pena e da Dignidade da Pessoa Humana. Por sua vez, argumentou que a execução da pena deve se afastar da idéia do “mal pelo mal causado”, já que é contrária à idéia de contrato social, devendo-se buscar o

---

<sup>101</sup> Supremo Tribunal Federal – Pleno – HC 82.959-7 – SP – Relator Ministro Marco Aurélio de Mello – julgamento em 23/02/2006, publicação DJ 01/09/2006.

incentivo ao condenado, buscando sua correção e futura inserção no meio social. A impossibilidade da progressão de regime fugiria a essa última finalidade, funcionando apenas como instrumento embrutecedor do espírito do condenado.

Ora, como é cediço, a esperança é verdadeira mola propulsora no espírito dos homens, funcionando, da mesma forma, com relação aos condenados. Privando-se o indivíduo de qualquer esperança de benefício na execução da pena, está-se apenas contramotivando a emenda do condenado, afastando-se, assim, a possibilidade de regeneração. Ao que tudo indica, não seria essa a atual orientação prevalente.

Como se percebe, o entendimento, ao menos em parte, dos membros da Corte Constitucional brasileira, acena na direção de duas faces para a pena criminal: a de castigo (retribuição) e a de ressocialização (prevenção especial), tendo como primazia, essa última.

Ainda, a lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e definiu inicialmente quais seriam as chamadas “infrações de menor potencial ofensivo”, tem cunho reparatório, em face dos institutos despenalizadores por ela inaugurados, como, por exemplo, a composição civil que, na esteira de raciocínio até então desenvolvido, teria cunho retributivo. A reparação do dano na hipótese em questão se assemelha ao proposto por Hegel, conforme mencionado no início do presente trabalho: o desaparecimento do

---

<sup>102</sup> Supremo Tribunal Federal – Pleno – HC 82.959-7 – SP – Relator Ministro Marco Aurélio de Mello – julgamento em 23/02/2006, publicação DJ 01/09/2006.

crime em face da reparação? Ou teria cunho preventivo geral positivo, no sentido de demonstrar a efetiva aplicabilidade da lei, mesmo às infrações consideradas menos lesivas ao ambiente social?

Finalmente, a Lei nº 9714/98, ampliou o rol das penas “Restritivas de Direitos”, possibilitando maior flexibilidade do julgador na substituição da pena privativa de liberdade, acenando no sentido de uma tendência de romper com a tradição de encarceramento do sistema jurídico brasileiro. Teriam tais medidas substitutivas mais eficácia que o simples encarceramento, evitando-se assim, dentre outros males, a estigmatização do condenado, bem como a demonstração da efetiva aplicação da lei ou simplesmente seria uma forma mais eficaz da simples retribuição?

Vista a questão sob tal ótica, cremos, não há aparente solução no que diz respeito a um único fim preponderante da pena.

Mas qual o posicionamento dos autores nacionais acerca do assunto?

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, após estudarem o desenvolvimento histórico da pena no ordenamento jurídico brasileiro, desde as ordenações, até os diplomas em vigor, apontam:

“Em 1963, o Anteprojeto de Néelson Hungria foi editado para críticas e sugestões. O elenco de penas era mantido, com base na privação da liberdade, estabelecendo-se regras para a execução penal, inclusive com a possibilidade de

cumprimento em estabelecimento aberto. A finalidade da sanção penal estava centrada na prevenção especial, ou seja buscava-se a recuperação social do condenado”.<sup>103</sup>

Com o advento da Revolução Militar de 1964, prosseguem os autores, tal função “finalística” sobreviveu, bem como seria prevista, expressamente, no Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor.<sup>104</sup>

No que toca à nova parte geral do Código Penal, reformada em 1984, apesar de não fazerem menção expressa, teria seguido a mesma orientação.

Por sua vez, José Henrique Pierangeli, comentando os fins das penas no atual Código:

“O Código de 1984, seguindo as legislações mais recentes, tais como os Códigos da Alemanha Ocidental (1975), da Áustria (1976), Polônia (1970), Espanha (1978) e de Portugal (1982), realça como fim último da pena a ressocialização”.<sup>105</sup>

Ou seja, o Brasil aderiu a uma tendência mundial de humanização no tratamento penitenciário, buscando uma aproximação aos postulados das teorias preventivas das penas.

E mais à frente conclui seu raciocínio:

---

<sup>103</sup> Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior. *Teoria da Pena*, cit., p. 44.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>105</sup> José Henrique Pierangeli. *Escritos Jurídicos Penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 230.

“Realçando, embora a repersonalização, o Código não perde de vista ser a pena um mal e que sua principal característica é a retribuição, da qual se não pode abdicar no atual estágio de nossa civilização. É bem verdade que, como lembra Zaffaroni, o Direito Penal apresenta-se como um paradoxo, pois tutela a liberdade privando-se alguém da liberdade e garante bens jurídicos com a privação de bens jurídicos”.<sup>106</sup>

Por sua vez, Rogério Greco afirma que o modelo adotado na lei penal seria a da teoria mista ou unificadora da pena, com base no artigo 59 do Código Penal, posição essa, de qualquer forma, demonstradora da instabilidade do sistema.<sup>107</sup>

José Frederico Marques assinala:

“A pena é assim um *quid compositum* onde o critério da retribuição se casa com as exigências preventivas. Nosso legislador, à maneira do legislador italiano, conservou a pena, - como o disse Antolisei – em suas linhas essenciais, com o caráter de castigo jurídico e o acréscimo de importantes medidas para tentar conciliar as exigências de prevenção geral com a prevenção especial”.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> José Henrique Pierangeli. *Escritos Jurídicos Penais.*, cit., p. 230.

<sup>107</sup> Rogério Greco. *Curso de Direito Penal – Parte Geral.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 549.

<sup>108</sup> José Frederico Marques. *Tratado de Direito Penal – Volume III.* 1ª edição atualizada. São Paulo: Editora Millennium, 2000, p. 144.

Verificamos que os autores acima mencionados não apontam para um único fundamento para a pena criminal, mas, cada um, a seu modo, dá destaque para aspectos variados, orbitando sempre em torno das principais teorias justificadoras das penas.

Desenvolvendo seu raciocínio e culminando com o até então exposto, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, denunciando a fragilidade de tal construção teórica, assevera que três “posições ideológicas e políticas foram adotadas, gerando um sistema penal contraditório: ao mesmo tempo repressivo e preventivo (prevenção geral e especial). Tal modelo, ao apontar para três caminhos diferentes acaba por não ter serventia, já que não dirige seu foco em nenhuma direção específica ou, em outras palavras, não aponta para nenhum fim preponderante da pena.<sup>109</sup>

Para o autor acima citado, o modelo adotado pelo Brasil se aproxima da idéia relativa à teoria mista aditiva, em que a pena serve para retribuir o mal causado, realizando justiça, e ainda para prevenir novos crimes pela ameaça, bem como intimidar o criminoso a não reincidir e ainda ressocializá-lo”.<sup>110</sup>

Do exposto, surge a dúvida quanto a uma possível orientação específica do legislador, que ora acena num sentido, ora noutro, ou seja, verifica-se a discricionariedade em razão da ausência de um fim preponderante da pena.

Posto isso, podemos fazer uso novamente das críticas de Claus Roxin, expostas no capítulo anterior, no sentido de que a simples adição ou sobreposição de teorias (se é que foi essa a intenção do legislador) não resolve a questão, mas apenas gera insegurança jurídica. No mesmo sentido, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, em suas conclusões finais expõe:

“A teoria eclética aditiva, por sua vez, não resolveria o problema dos fins das penas, pois permite a escolha de vários fins aleatórios com fundamentos e conseqüências diversas para a sanção penal. Não seria possível determinar uma orientação ou valor reitor para o sistema penal, o que desde logo se choca com nossa posição segunda a qual o sistema deriva de valores reitores. Além disso, pela possibilidade de escolha aleatória das finalidades da pena, não seria compatível tal teoria com a segurança exigida pela função de garantia do Direito Penal. Essas críticas se encaixam também ao modelo brasileiro, que é eclético aditivo”.<sup>111</sup>

A solução, com a devida vênia, seria possível, conforme formulação apresentada por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, com a pontual alteração da legislação penal, fixando-se, assim, um fim preponderante da pena, como forma de garantia jurídico-penal, “bem como para a orientação político-

---

<sup>109</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., pp. 115 e 116.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p.116.

<sup>111</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p.149.

criminal do legislador e de possibilidade de maior padronização e controle sobre a atividade judicante”.<sup>112</sup>

Concluindo o raciocínio, temos novamente Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, citando Bustos Ramírez e Malarée:

“O sistema penal em uma ordem democrática deve partir de um pressuposto básico: a dicotomia entre a liberdade e o poder. Desta perspectiva o sistema penal surge como um sistema de trincheiras garantistas cujo objetivo é a exclusão da arbitrariedade. Se constitui, desta forma, como Carta Magna da pessoa, e não do delinqüente como afirmou em certo momento Von Liszt. O castigo penal apenas pode surgir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade tanto do legislador no processo de criação da norma, como a do juiz em sua aplicação. Por isso os processos de criminalização, isto é, de criação e aplicação da norma penal, devem cumprir condições de validade democrática. Não basta a promulgação de normas formalmente válidas. É necessário que nas leis que formalizam os processos de criminalização se precipitem princípios materiais inerentes ao Estado social

---

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 149.

e democrático de direito para que sejam também materialmente válidas”.<sup>113</sup>

Se levarmos em consideração que a legislação penal brasileira carece de uma continuidade lógica e de efetiva sistematização, verdadeira fase de anomia, já que o número de tipificações penais constantes da legislação extravagante ultrapassa a constante do próprio Código Penal (também objeto de inúmeras alterações) e que advêm de épocas diferentes, a maioria do século passado, ou seja, ainda sob a égide ou influência de teorias ultrapassadas e regimes autoritários e sobrepostas ou emendadas pelo legislador em razão das pressões dos meios de comunicação de massa, gerando assim, diplomas legais dúbios e muitas vezes contraditórios, já que seus respectivos anteprojetos são discutidos às pressas e muitas vezes aprovados pelo voto de lideranças partidárias, somente a reformulação total ou ao menos parcial poderia trazer a segurança jurídica que não encontramos atualmente.

Nesse diapasão, podemos fazer uso da experiência européia, à semelhança do que se deu na legislação portuguesa, no ano de 1995, em que se procedeu à “enunciação das finalidades da execução da pena de prisão”<sup>114</sup>, nos termos do relatado por Anabela Miranda Rodrigues, passando assim o n° 1 do artigo 43° do Código Penal Português a vigorar com a seguinte redação: “A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a

---

<sup>113</sup> Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior. *Teoria da Pena*, cit., p. 53.

<sup>114</sup> Anabela Miranda Rodrigues. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.10.

prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-se para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes”<sup>115</sup>.

Se tal iniciativa fosse adotada pelo legislador brasileiro poderíamos enfim afirmar que nossa legislação penal adota um fim preponderante da pena.

---

<sup>115</sup> António Domingos Pires Robalo. *Código Penal Português Anotado*. 1ª ed. Lisboa: Livraria Petrony LDA,

#### **Capítulo 4: A Teoria da Prevenção Especial Negativa:**

No presente capítulo esboçaremos uma abordagem mais específica da Teoria da Prevenção Especial Negativa, na qual, segundo cremos, se encaixa o tema central do trabalho, sendo que, para tanto, se faz necessária uma breve digressão histórica.

Conforme verificamos do exposto nos capítulos anteriores, o Direito Penal, visto aqui em seu aspecto dogmático, apresentou várias correntes ideológicas buscando justificar e legitimar a aplicação das penas, evoluindo, ao que tudo indica, num sentido mais humanizador e lógico, buscando como enfoque o indivíduo como possuidor de personalidade e garantias.

O arbítrio e a violência estatal, dentro da história da humanidade, sempre se fizeram presentes, merecendo, assim, a atenção de diversos pensadores que se insurgiram contra as tendências da época e apresentaram propostas racionais, inovadoras, nem sempre aceitas, diga-se, duramente criticadas.

Algumas práticas, largamente utilizadas no período absolutista, parecem, certas vezes, revividas de forma a cunhar o sentimento social a observar e respeitar, de forma impositiva, os valores estatais, em especial, as normas jurídicas.

Temos por óbvio que o ordenamento jurídico deve ser respeitado, mas, a que ponto pode o Estado impor tais regras de conduta, ou, até que ponto o homem pode delas discordar se insurgindo?

Duek Marques, abordando a evolução histórica das penas, afirma:

“No absolutismo, a gravidade das penas encontrou seu apogeu. Os suplícios impostos ao condenado já não mais se destinavam a salvá-lo para a vida eterna, mas a reafirmar o poder absoluto do soberano, amparado na teoria da delegação do poder divino. O monarca, nesse contexto absolutista, representava uma autoridade divina, cuja ofensa, pelo desrespeito às normas vigentes, acarretava a imposição de castigos cruéis, destinados a incutir temor à população”<sup>116</sup>.

O Direito Penal surge como “instrumento” de controle social, não com o fim que deveria ser almejado, na concepção de manutenção da ordem através da proteção exclusiva de bens jurídicos essenciais, integridade da

---

<sup>116</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da Pena*, cit., p.112.

sociedade como um todo e proteção aos indivíduos, mas sim como mecanismo altamente eficaz nas mãos do soberano.

Por sua vez, Lemos Britto, também analisando a evolução histórica das penas, preceitua que:

“Bastará perlustrar os annaes da justiça entre os povos para que se apanhe em toda sua extensão o avanço da pena nos últimos tempos. É uma evolução lenta, durante séculos, mas que de repente se precipita e attinge a um gráo espantoso de progresso.

Prins, o notavel mestre contemporaneo, especifica quatro grandes períodos dentro dos quaes se póde determinar um conceito especial do direito de punir:

*O período primitivo*, ou consuetudinário, que se prolonga até aos humbraes dos tempos tenebrosos da Idade Média;

*O período da expiação*, ou da intimidação, que vae da Idade Média á Renascença;

*O período humanitário*, que se inicia com o seculo XVIII e se dilata até certa altura do seculo XIX;

*O período scientifico*, contemporâneo. (*Sciencia penal e direito positivo.*)”<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> Lemos Britto. *Os Systemas penitenciarios do Brasil*. Vol I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924, p.29.

Nesse aspecto, de forma a demonstrar o rompimento com a ideologia passada, forçoso mencionar a Escola Sociológica de Von Lizst, perquirindo o sentido da pena sob um ponto de vista humanístico (para a época) e cujos postulados influenciaram, de forma significativa, muitas das construções teóricas até hoje aceitas.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt cita o “Programa de Marburgo” de Von Lizst, arquitetado sobre três linhas mestras: intimidação, correção e inocuização, que serão cuidadosamente examinadas a seu turno.<sup>118</sup>

Duek Marques, ao fazer uma análise do positivismo criminal em Von Liszt, o aponta como um dos fundadores da chamada “União Internacional de Direito Penal”, fato ocorrido no final do século XIX, o qual sustentava o poder intimidatório das penas, refutando, assim, as penas de curta duração, que não exerceriam em sua plenitude o fim almejado.

Mas, para Von Liszt, a pena não teria apenas um fim intimidatório geral, de forma a preservar a ordem jurídica, mas também um aspecto individual, de forma a lançar os alicerces da chamada “defesa social”, pois:

“Já em relação ao delinqüente, a execução penal proporciona a oportunidade de convertê-lo num membro útil à sociedade, por meio de sua emenda. Além disso, retira-lhe perpétua ou temporariamente a possibilidade de cometer novas infrações,

segregando-o. Nesse caso, o delinqüente é reduzido ao estado de inocuidade. Essa última finalidade especial da pena, inserida no contexto puramente retributivo, tem sido uma das prioridades da execução penal da atualidade, como já mencionado”.<sup>119</sup>

E prossegue o mesmo autor:

“Se a missão do Direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do Direito Penal é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal inflingido ao criminoso.”<sup>120</sup>

Verificamos, portanto, que a idéia retributiva de pena ainda se faz presente na lição do autor, entretanto, agora mesclada por novas tendências, em particular, quando fala em especial proteção de interesses, embrião do que seria a nova teoria de defesa social.

No entanto, algumas pequenas ressalvas se fazem necessárias, já que “Liszt, sobretudo, colocou em primeiro plano as exigências e a própria noção de uma política criminal cientificamente orientada e que teria

---

<sup>118</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal – Vol I*, cit., p. 80.

<sup>119</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da Pena*.cit., p.89.

<sup>120</sup> Franz Von Liszt. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I, cit, p. 143

por objeto essencial adaptar a pena – ou a sanção – à personalidade do delinqüente”.<sup>121</sup>

E mais à frente preleciona que a execução da pena atua nos seguintes aspectos:

“1º sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos;

2º igualmente sobre o ofendido, a quem, além disso, proporciona satisfação de que o atentado dirigido contra a sua pessoa não escapa à devida punição;

3º especialmente sobre o delinqüente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito exercido sobre o delinqüente pela execução penal.

- a) a pena pode ter por fim converter o delinqüente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as

---

<sup>121</sup> Marc Ancel. *A Nova Defesa Social*. Tradução de Osvaldo Melo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp.90 e 91.

representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinqüente;

- b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinqüente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinqüente é reduzido ao *estado de inocuidade (Unschädlichmachung)*”.<sup>122</sup>

Como se percebe, a finalidade da pena ganhou novos matizes, funcionando em diversos aspectos, seja em relação à sociedade como um todo, à vítima, até então relegada a um plano inferior e, em especial, à figura do delinqüente, de forma que não torne a delinqüir e não figure como um perigo à coletividade. Temos, portanto, uma nova forma de utilitarismo penal, em que o Estado, ao aplicar a sanção penal deve buscar a correção do indivíduo de forma que não se torne um ser nocivo ao ambiente social, um inadequado, mas nas palavras do autor, “um membro útil”, ou seja, apto a colaborar com o desenvolvimento e equilíbrio da própria sociedade. Entretanto, se isso não for possível, a solução é a sua anulação (estado de inocuidade), através da segregação junto ao cárcere. Trata-se de uma solução aparentemente lógica: ao

---

<sup>122</sup> Franz Von Liszt. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I, cit, pp. 143 e 144.

problema, a sua solução, seja pela emenda, quando possível fazê-lo, ou, caso contrário, com seu confinamento.

Tal lógica deve ser analisada criteriosamente, já que dá azo à possibilidade de aplicação da pena capital, solução final que impede, definitivamente, a reincidência e efetiva inocuização, formulação teórica essa divorciada de qualquer senso de humanidade e contrária às modernas tendências racionais. Tal solução, afirma-se, é ilegítima e inútil, já que não encontra amparo lógico em qualquer tipo de construção teórica, seja por afrontar a inviolabilidade da vida humana, seja pela falta de sustentação nos aspectos de legítima defesa ou segurança da sociedade e, finalmente, por seu aspecto cruel, incompatível com um moderno Estado Democrático de Direito.<sup>123</sup>

Esse seria o alicerce da chamada Teoria da Prevenção Especial Negativa de Inocuização, sintetizada nas palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, que afirma tratar-se de:

“Defesa Social pelo afastamento do delinqüente da sociedade. Trancado / segregado não teria como atingir novamente a coletividade. Tal medida, tomada a princípio com os considerados irrecuperáveis, admitiria, em sua pureza, a pena de morte, pois não há outro modo mais eficaz de garantir o fim da capacidade lesiva do agente. Costuma ter como fundamento a comparação do Estado com qualquer

indivíduo, ou seja, assim como o membro doente deve ser amputado, o sujeito não socializado deve ser extirpado da sociedade”.<sup>124</sup>

O autor em testilha não poupa críticas a tal formulação teórica, seja pela “falta da tendência humanizante e da primazia do indivíduo”, tendência essa geradora de um maniqueísmo irracional e atualmente largamente utilizada em razão da pressão exercida pelos meios de comunicação de massa, ferindo, assim, os postulados de um Estado democrático de Direito.<sup>125</sup>

Mas tais idéias seriam a origem daquilo que viria a se desenvolver com o tempo, pois os avanços ideológicos não ficaram limitados a Alemanha.

Duek Marques aponta que após a segunda grande guerra surge uma nova doutrina de defesa social, robustecida com a criação e esforços da denominada “Sociedade Internacional de Defesa Social” que, em linhas gerais propunha um novo método de combate à delinqüência, buscando evitar que os indivíduos de determinada sociedade viessem a cometer crimes, surgindo, assim, a idéia de “periculosidade”, consubstanciada na fórmula “prevenção do crime e tratamento do delinqüente”.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, pp. 65 a 75.

<sup>124</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p. 80.

<sup>125</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Finalidades da Pena*, cit., p. 81.

<sup>126</sup> Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da Pena*, cit., pp.92 a 94.

Na obra de Marc Ancel, “A Nova Defesa Social – Um Movimento de Política Criminal Humanista”, podemos colher informações valiosas ao desenvolvimento do capítulo em questão, conforme se verá a seguir.

Afirma o autor que a noção de defesa social surgiu com o Positivismo (conforme exposto algumas linhas acima), mas que, com este não se confunde. De fato, o movimento positivista foi uma reação ao direito penal clássico puro, contra o formalismo “do jurismo abstrato”, bem como pode ser visto como divisor de águas entre o novo pensamento e o antigo, em especial no tocante ao aspecto científico.<sup>127</sup>

Encabeçando o movimento encontramos os chamados “três mosqueteiros” do positivismo: Garófalo, Lombroso e Ferri, os quais deram a primeira roupagem ao que chamamos hoje de “política criminal”, ou seja, a sistematização de medidas para a prevenção do crime (organização racional, nas palavras do autor).<sup>128</sup>

Assim, “se o direito penal tradicional falhou, é porque estabeleceu liames por demais estreitos com o dogma do livre-arbítrio e com a virtude da intimidação”.<sup>129</sup> Ou seja, confinou o Direito Penal numa estrutura extremamente precária, em que a capacidade de decisão do indivíduo em se portar dentro dos limites entre o certo e o errado se funda na possibilidade de aplicação de uma pena.

---

<sup>127</sup> Marc Ancel. *A Nova Defesa Social*. Cit., pp. 82 e 83.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 84.

Algumas “posições chaves” do Positivismo podem ser apresentadas:

- 1- a rejeição do livre-arbítrio com uma nova visão acerca do homem delinqüente;
- 2- o delito passa a ser encarado como um “fato natural e social”, comum, que deve ser encarado sob a ótica de seu autor;
- 3- o direito penal não tem mais uma missão eminentemente punitiva, repressiva, mas de proteção à sociedade contra o crime, de defesa social;
- 4- essa nova função de defesa da sociedade contra o crime recebe uma tônica mais concreta e precisa, trazendo à luz críticas contra o abrandamento das penas, a noção de “periculosidade” (vista como uma “bússola das orientações de política criminal”);
- 5- a idéia de proteção irá prevalecer na justiça penal, sem perder destaque para a prevenção do crime, agora visto sob o aspecto social. Daí se falar numa luta contra as “condições sociais que favorecem a criminalidade”, buscando-se, assim a prevenção da reincidência e viabilizando a neutralização ou cura do delinqüente;
- 6- para os fins acima expostos são necessárias a utilização dos conhecimentos relativos à antropologia e sociologia criminal.<sup>130</sup>

Nesse sentido, “a defesa social não é uma doutrina do positivismo, mas uma consequência indireta”.<sup>131</sup>

E mais, “se os positivistas, especialmente Ferri, empregam sem cessar a expressão *defesa social*, eles não lhe atribuem o caráter de uma ciência autônoma. Para eles o termo significa unicamente, na acepção própria da palavra, a proteção do corpo social; e é nesse sentido que Ferri dizia ainda, na exposição de motivos de seu célebre projeto de 1921, que a defesa social é ‘a função direta e preeminente da justiça penal’”.<sup>132</sup>

Logo, o fundador de tal doutrina seria Adolphe Prins, um dos três fundadores da União Internacional de Direito Penal (junto com von Liszt e van Hamel).

A União Internacional de Direito Penal pregava as seguintes idéias inovadoras:

- a criminalidade é vista como um fenômeno social;
- a pena não era o único meio de luta contra o crime;
- os delinqüentes deveriam ser divididos (ou classificados) em ocasionais e habituais;
- buscavam-se substitutivos para as penas de curta duração, em razão de sua aparente inefetividade;
- pretendia-se destacar a idéia de duração da pena com a da simples gravidade da infração.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Marc Ancel. *A Nova Defesa Social*. cit.,pp. 85 a 87.

<sup>131</sup> *Ibid.*,p. 87.

<sup>132</sup> Marc Ancel. *A Nova Defesa Social*. cit.,p. 87.

<sup>133</sup> *Ibid.*,p. 88.

Assim, a União, por si só, não se constitui numa Escola, tampouco numa corrente de direito penal, mas, de uma forma ou de outra, refutou a idéia da pena como única ferramenta de combate ao crime, acenando em outros sentidos, conforme exposto algumas linhas acima.

Como já dito, foi Adolphe Prins o primeiro idealizador de uma doutrina autônoma de defesa social, cujas idéias ficaram marcantes em sua obra “La Défense Sociale et lês transformations du droit penal”, de 1910.

Carlos Xavier P. Barreto afirma, por sua vez, que:

“Prins tem, porém, para nós, razão em afirmar que o systema penal serve de freio aos hesitantes, põe á distancia os perigos e, raramente, regenera os malfeitores, e que, deve o crime ser combatido por causas sociaes, valendo mais as preventivas, do mesmo módo que, em hygiene, mais do que um remedio, valem as medidas de prevenção, que podem começar pela eugenia antes do nascimento e desmembrar-se pela educação antes do recurso judiciário”.<sup>134</sup>

É assim necessário evitar a ocorrência do fenômeno criminoso não apenas através do Direito Penal, mas com a utilização de outras medidas de cunho social.

Temos, portanto, na forma da nova dogmática, a insuficiência da teoria clássica da responsabilidade moral (que se coloca entre o determinismo

e o livre-arbítrio), bem como a refutação do caráter absoluto da pena (ou seja, de seu caráter retributivo).

Marc Ancel afirma que “Prins gostaria de que, através da defesa social, houvesse uma maior proteção dos pobres, dos humildes e dos indigentes que a Sociedade atual deixa indefesos, abandonando-os aos criminosos empedernidos, quando não os predispõe para que eles próprios se tornem criminosos”.<sup>135</sup>

Verificamos portanto, que a tônica da discussão girava em torno da segregação rigorosa apenas daqueles indivíduos evidentemente perigosos, excluindo, portanto, os demais, medidas essas aplicadas em conjunto com outras de caráter não formalmente penal.

Nesse sentido, a justiça penal “tem como único objetivo garantir, da melhor maneira possível, a proteção da pessoa, da vida, do patrimônio e da honra dos cidadãos”.<sup>136</sup>

E, ratificando o que foi dito anteriormente, “segundo Prins, este objetivo não será verdadeiramente atingido senão através da substituição da noção de responsabilidade moral pelo critério da periculosidade do delinqüente”.<sup>137</sup>

Já com relação a essa “periculosidade”, algumas ações serão necessárias, tal como o prolongamento da privação de liberdade do agente,

---

<sup>134</sup> Carlos Xavier P. Barreto. *O Crime, o Criminoso e a Pena*. 2ª ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho editor, 1934, p.106.

<sup>135</sup> Marc Ancel. *A Nova Defesa Social* cit., p. 98.

desde que indispensável à proteção da sociedade, bem como a classificação dos criminosos perigosos em:

- anormais ou débeis mentais (com a criação de estabelecimentos adequados às suas condições especiais);
- reincidentes ou criminosos habituais.<sup>138</sup>

Essa noção de “periculosidade” é tida como uma noção jurídica, protegendo-se, assim, as liberdades individuais, fator esse que não seria possível se considerada como uma noção médica.

A ação judiciária, através da imposição de penas, por si só, não é portanto suficiente, devendo ser complementada por ações de caráter social, objetivando uma antecipação ao evento criminoso. Apontam-se assim, medidas educativas e urbanísticas de modo a proporcionar condições saudáveis de vida e de modo a impedir que aqueles membros mais desafortunados do corpo social venham a enveredar pelo caminho do ilícito.

Assim, o Direito Penal servirá apenas como última hipótese, tão somente quando outras medidas de caráter social não forem suficientes.

Em suma, podemos nos utilizar dos ensinamentos de Lemos Britto para traçar um paralelo com as informações ora expostas:

“Podem-se classificar da seguinte maneira os objectivos da sciencia em face da pena, actualmente: oriental-a no sentido

---

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>138</sup> Marc Ancel. *A Nova Defesa Social* cit., p. 94.

de contribuir eficazmente para a reforma e para a readaptação social do criminoso; applical-a por periodos e fórmias especiaes, de accôrdo com o crime, o sexo, a idade e as condições individuaes do criminoso; assegurar-lhe a execução em prisões especiaes e dotadas dos requisitos indispensaveis á reforma que se collima; attenuar para o egresso do carcere a natural repugnancia da sociedade”.<sup>139</sup>

Para Cezar Roberto Bitencourt, “o interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um *dano social*, e o delinqüente é um *perigo social* (um anormal) que põe em risco a nova ordem”.<sup>140</sup>

Posto isso e retomando o foco central do capítulo ora desenvolvido, podemos conciliar os postulados até então enunciados e partir para algumas conclusões finais, não sem antes fazer uso da síntese apresentada por Jorge de Figueiredo Dias de que:

“Para uns, a *correção* dos delinqüentes seria uma utopia, pelo que a prevenção especial só se poderia dirigir à sua *intimidação individual*: a pena visaria, em definitivo,

---

<sup>139</sup> Lemos Britto. *Os Systemas Penitenciarios do Brasil*, cit., p.42.

atemorizar o delinqüente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes. Enquanto para outros a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura *defesa social* através da *separação* ou *segregação* do delinqüente, só assim se podendo atingir a necessária *neutralização* da sua perigosidade social. Bem podendo falar-se, em qualquer destas hipóteses, de uma prevenção especial *negativa* ou de *inocuição*”.<sup>141</sup>

Por derradeiro, após a análise da teoria em questão, não podemos passar ao largo de eventuais (e pontuais) críticas no tocante ao aspecto utilitarista, já que, até que ponto pode o Estado invadir a esfera privada do indivíduo, de forma a anular sua personalidade?

Para Silva Sanchez, a atuação estatal não deixa de ser um mal, logo, que seja feita em termos mínimos, observando-se as garantias individuais, dentre elas a proporcionalidade e a humanidade<sup>142</sup>, esta última, para nós anunciada na Constituição Federal como Dignidade da Pessoa Humana, conforme já exposto nos capítulos anteriores.

---

<sup>140</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p.81.

<sup>141</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, cit., p.103.

<sup>142</sup> Jesús-Maria Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. edição única. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992, p. 242.

Tarefa das mais difíceis será estabelecer o “quantum” necessário de pena à intimidação<sup>143</sup> ou à própria hipótese de proteção à sociedade através de medidas de caráter penal.

Especial preocupação demonstrou Silva Sanches quando do exame da Teoria da Prevenção Especial, no que concerne à expressão “ressocialização”.<sup>144</sup> Para ele, a sanção penal deve ser aplicada de forma criteriosa, de forma a não possibilitar verdadeira “dessocialização” do indivíduo, situação essa que se chocaria com os postulados de qualquer teoria justificadora, despidendo a atuação estatal de qualquer roupagem utilitária e, conseqüentemente, lógica.

Quando analisa a Teoria da Prevenção Especial Negativa, alerta para os perigos de uma possível deturpação, verdadeira desfiguração da legitimação da atuação estatal, sendo que, na verdade, a função inocuidadora não seria um fim em si mesma, mas apenas um meio para se chegar aos aspectos objetivos da prevenção geral e somente deveria ser aplicada quando demonstrada a efetiva necessidade de tal medida coercitiva, bem como, observados, rigorosamente, os princípios norteadores do Direito Penal, em especial, o da Proporcionalidade, já que se trata, nas palavras do autor, de uma “amarga necessidade”.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pp. 263 a 266.

<sup>145</sup> Jesús-Maria Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 308.

Temos, portanto, a impossibilidade de dissociação da Teoria da Prevenção Especial Negativa do movimento de Defesa Social, a primeira, alicerçada na idéia, para o regular desenvolvimento do presente trabalho, de inocuização, ou seja, a anulação do indivíduo e, para a segunda, as idéias de periculosidade pessoal e proteção da sociedade, através da neutralização ou cura dos delinqüentes.

Creemos, finalmente, de todo o exposto, que o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado resgata as idéias de periculosidade e prevenção social, sendo esses os fundamentos para o isolamento ou “inocuização” do indivíduo, conforme será demonstrado nos capítulos a seguir.

### **Capítulo 5: O Regime Disciplinar Diferenciado:**

O regime Disciplinar Diferenciado - RDD - teve sua origem com a edição da Resolução nº 29/01 da lavra do Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Nagashi Furukawa, tratando-se de inovação no campo penitenciário pátrio, já que trouxe a previsão de um tratamento diferenciado a determinada categoria de reclusos.

Nas considerações preliminares da resolução em apreço, verificamos a justificação da criação do instituto com base no antigo artigo 53, inciso IV da Lei de Execução Penal – Lei 7210 de 11 de julho de 1984 – que trata das sanções disciplinares, na hipótese, possibilitando o isolamento do preso na própria cela.

Também são utilizados os seguintes argumentos: um tratamento específico para a fixação de obrigações e faculdades dos reeducandos, que, em outras palavras, nada mais é do que incutir na mente do preso o seu estado de submissão perante o Estado; a reintegração do preso ao sistema prisional através do equilíbrio entre disciplina severa e oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária.

Finalmente, houve a preocupação em se explicitar que o Regime Disciplinar Diferenciado não é discriminatório, mas apenas “peculiar”, e condizente com os princípios constantes das Constituições Federal e Estadual, bem como da legislação ordinária.

Nos termos do artigo 1º do aludido dispositivo normativo, “O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), aplicável aos líderes e integrantes de facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, é próprio do Anexo de Taubaté, das Unidade I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau, Iaras e de outras designadas pela Administração”, ou seja, esse regime “especial” é dirigido a duas categorias de presos: os líderes e integrantes de facções criminosas (seja lá qual for sua exata significação) e os presos cujo comportamento exija tratamento “peculiar”.

O artigo 2º trata da inclusão no RDD, deixando claro que consiste de um ato estritamente administrativo em que, por critérios de oportunidade e conveniência, aquele preso, tido como inconveniente ao sistema prisional, seria encaminhado a um “regime” de isolamento mais rigoroso: “O

Diretor Técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, solicitará a remoção do preso ao RDD, perante o Coordenador Regional das unidades prisionais, que, se estiver de acordo, encaminhará o pedido ao Secretário Adjunto, para decisão final”.

Nos artigos 3º e 4º trata do prazo de duração do RDD: 180 dias na primeira vez e 360, no máximo, nas demais. Portanto, não há um limite definido de inclusões, apenas a regra de que a motivação não pode ser a mesma. Ou seja, o preso pode ser incluído no programa disciplinar mais severo quantas vezes se fizerem necessárias, desde que a fundamentação do pedido não seja a mesma e guarde relação com a questão da disciplina interna do estabelecimento prisional.

Já no artigo 5º são discriminados os direitos do preso durante sua permanência no RDD: conhecimento dos motivos de sua inclusão no regime; banho de sol diário com duração de uma hora; acompanhamento técnico; visita semanal de duas horas de duração; não utilização de algemas durante o período de visitas; remição pelo trabalho e educação na proporção de um dia remido para cada seis trabalhados, num total de 25 dias; e finalmente, o recebimento mensal, através das respectivas visitas, de peças de vestuário, abrigo e objetos de higiene pessoal.

Curiosamente, o dispositivo não tratou da possibilidade de assistência religiosa, gerando a dúvida quanto à sua admissibilidade ou não.

Na verdade, esse último artigo não explicitou os direitos do preso, mas, pelo contrário, demonstrou quais são as restrições. Trata-se de fórmula interessante e inovadora, já que, de forma dissimulada, sob o manto da liberalidade, restringiu ainda mais a liberdade do recluso, gerando, assim, uma situação mais rígida de isolamento.

Com a entrada em vigor da resolução e aplicação do regime diferenciado, várias vozes se levantaram pela inconstitucionalidade do dispositivo, conforme se verifica, a título de exemplo, do editorial do boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de nº 123, publicado em fevereiro de 2003. O texto, com o título de “A Execução Penal e a Ideologia da Disciplina”, critica o dispositivo em duas frentes distintas: o estabelecimento de tais medidas através de um ato do Secretário de Estado e o recrudescimento da noção de disciplina. No texto em questão, afirma-se que “as rebeliões não nascem porque falta disciplina. Rebeliões e quadrilhas organizadas nascem do vazio e da falta de um Estado de Direito”<sup>146</sup>, em evidente alusão aos motivos ensejadores da criação do RDD.

Nas palavras de Alberto Silva Franco, tratou-se de evidente ilegalidade, já que uma maior limitação à liberdade ambulatoria do condenado, não prevista na legislação em vigor, invade a seara do direito penal e não do direito penitenciário, não podendo assim ficar ao talante do administrador a imposição de uma sanção de tal jaez. A limitação da liberdade não pode, nas

palavras do autor, ser de forma alguma absoluta, sob pena de infringir princípios básicos insculpidos em nossa Constituição Federal, além do que se trata de uma sanção extremamente vaga, assim como os conceitos utilizados no próprio ato normativo em questão. Exemplo disso seriam as expressões, já mencionadas algumas linhas cima, verdadeiras “cláusulas gerais” ou “conceitos porosos”, tais como “líderes”, “integrantes de facções criminosas” ou “presos cujo comportamento exijam tratamento específico”, cuja interpretação ficaria a cargo de um diretor técnico da unidade prisional. E finalmente, o controle jurisdicional seria relegado a um momento posterior, ou seja, o Juiz da execução penal somente seria “honrado” com a comunicação da inclusão do preso no regime em questão 48 horas após a tomada da medida administrativa.<sup>147</sup>

Concluindo seu raciocínio, o autor em testilha afirma que “é óbvio, nessa situação, que uma sanção dessa qualidade não pode ser imposta pela autoridade penitenciária, mas apenas por um órgão que seja objetivo e imparcial e esse só poderá ser o juiz da Execução”.<sup>148</sup>

Para Carlos Weis, o Regime Disciplinar Diferenciado violaria o Princípio da “Segurança Jurídica” pela forma com que foi imposto, bem como outros dispositivos Constitucionais, pelos motivos já expostos, sendo que

---

<sup>146</sup> Boletim IBCCRIM nº123, fevereiro de 2003.

<sup>147</sup> Alberto Silva Franco. *Meia Ilegalidade*. Boletim IBCCRIM, ano 11, nº 123, fevereiro de 2003, p. 2.

<sup>148</sup> *Ibid*, p. 3.

somente serve “para aumentar o grau de arbítrio e ilegalidade presentes no sistema carcerário.”<sup>149</sup>

De forma sucinta, várias críticas foram apontadas<sup>150</sup>, entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na ocasião, se mostrou favorável ao instituto, conforme se percebe do “habeas corpus” nº 400.000.3/8, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o impetrante apontou como autoridades coatoras o diretor da Penitenciária de Presidente Venceslau, o Coordenador das Unidades Prisionais da Região Oeste do Estado de São Paulo e o Secretário Adjunto da Administração Penitenciária por terem incluído um preso no dito Regime Disciplinar Diferenciado, alegando o impetrante ilegalidade da medida e incompetência das autoridades em questão.

No julgado em exame, o Tribunal não reconheceu qualquer ilegalidade a ser sanada através da via do “habeas corpus”, reconhecendo a competência administrativa para a tomada da decisão de inclusão do encarcerado no RDD, já que o Poder Judiciário “em nenhum momento deixou de acompanhar a execução da pena”, bem como que o tratamento diferenciado (...)em nenhum momento afronta os regramentos disciplinados pela Lei de Execução Penais na aplicação terapêutica da pena do reeducando de maneira abstrata, ainda mais na espécie, quando o paciente trata-se de reeducando com

---

<sup>149</sup> Carlos Weis. *O RDD e a Lei*. Boletim IBCCRIM, ano 11, nº 123, fevereiro de 2003, pp.9 e 10

<sup>150</sup> No mesmo sentido, Boletins IBCCRIM números 126 e 129 de 2003.

‘muitas faltas disciplinares de natureza grave’ e ‘sobretudo porque pertence a facção criminosa do PCC’”<sup>151</sup>(SIC).

Finalmente, conforme expôs o relator Haroldo Luz, no supracitado julgado, “a Resolução SAP-026, não ultrapassa os limites do poder regulamentar de que dispõe a administração dos presídios, subscrita por seu representante maior, que é o Secretário de Administração Penitenciária, posto que autorizada pelo disposto no art. 45 de Lei de Execução Penal”.

Ou seja, o órgão de cúpula do Poder Judiciário paulista atestou a consonância do ato administrativo com a Lei de Execução Penal, arrostando o entendimento de que essa segregação excepcional consistiria em flagrante inconstitucionalidade, seja pela falta de previsão legal para o instituto, seja pela incompetência do administrador para a inclusão do preso no novo “regime”.

Outras decisões, no mesmo sentido, podem ser mencionadas, a seguir.

No “habeas corpus” número 406.028-3/9, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o relator Leme de Campos afirma que “pela periculosidade do reeducando, antes de mais nada, evidentemente que o rigor contra ele teria que ser maior. Dessa forma, em casos de extrema periculosidade do agente o Estado foi levado a construir presídios especiais para abrigar os criminosos cuja presença no meio carcerário possa colocar em risco a ordem e disciplina interna

---

<sup>151</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - Sexta Câmara Criminal – HC 400.000.3/8 – Relator Haroldo Luz,

e a própria integridade física dos condenados e assim, possa o Estado cumprir o disposto no artigo 1º da LEP”<sup>152</sup>.

Curiosamente, o artigo 1º da Lei de Execução Penal, citado no voto acima mencionado, fala em “harmônica integração social do condenado ou internado”.

Mais à frente dispõe que a Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária número 026/01 “não ultrapassa os limites do poder regulamentar de que dispõe a administração dos presídios, subscrita por seu representante maior, que é o Secretário da Administração Penitenciária, posto que autorizado pelo disposto no art. 45 da Lei de Execução Penal”.

E conclui que as remoções de presos para outras unidades prisionais são de cunho meramente administrativo, objetivando reprimir ações criminosas no interior do ambiente prisional.

Também favoráveis ao Regime Disciplinar Diferenciado, as decisões de “habeas corpus” número 426.689.3/0<sup>153</sup> e apelação criminal número 427.493-3/3-00<sup>154</sup>, ambas do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A discussão acerca do tema se prolongou até o advento da lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal, cujo

---

juízo de julgamento 21/11/2002.

<sup>152</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 3ª Câmara Criminal - HC 406.028-3/9 – Relator Leme de Campos, decisão: 27/2/2003.

<sup>153</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 1ª Câmara Criminal – HC 426.689-3/0, Relator Geraldo Xavier, decisão: 22/9/2003, publicação: 24/10/2003.

<sup>154</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 5ª Câmara Criminal – Apelação Criminal número 427.493-3/3-00, Relator José Damião Pinheiro Machado Cogan, decisão: 30/10/2003, publicação: 7/1/2004.

artigo 52, além de outros dispositivos pontuais, passou a vigorar com a seguinte redação:

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

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

II – recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

Para a intelecção do novo dispositivo legal, cremos necessária uma comparação com o ato administrativo – Resolução do Secretário da Administração Penitenciária – que regulamentava o assunto:

<b>Resolução SAP 26</b>	<b>Lei 10 792/03</b>
Não estabelecia especificamente o motivo ensejador da inclusão do preso no RDD, mas fazia alusão ao artigo 53 da LEP (faltas disciplinares)	Prevê expressamente as hipóteses de inclusão no RDD: prática de crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas.
Tempo máximo de permanência: 1ª vez: 180 dias. Demais: 360 dias, podendo ocorrer outra inclusão por fato novo.	Duração máxima de 360 dias, podendo ser repetida em caso de nova falta grave da mesma espécie. Estabeleceu limite ao número de inclusões: até 1/6 da pena aplicada.
N/C	Fala do isolamento celular (cela individual)
Visitas semanais com duração de duas horas. Quanto ao número de pessoas por visita, remete a outra resolução da própria Secretaria.	Visitas semanais de até duas pessoas, sem contar crianças (não diz quais). Duração das visitas: duas horas.
Banho de sol: 1 hora diária.	Banho de sol: 2 horas diárias.
Medida aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico.	Medida aplicável aos presos provisórios e condenados, nacionais e estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade.
Artigo 1º - fala em líderes e integrantes de facções criminosas.	Artigo 52, parágrafo 2º - preso sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.
Inclusão através de ato administrativo, com posterior anuência do Juiz da Execução.	Inclusão por autorização fundamentada do Juiz competente através de provocação da administração. O Ministério Público e a defesa se manifestarão antes da decisão judicial.
N/C	Isolamento preventivo de até 10 dias por ato administrativo para oportuna inclusão no RDD pelo Juiz. Art. 6º - em caso de motim, transferência do preso pelo diretor do presídio e comunicação ao Juiz em 24 horas.

N/C	Os presídios destinados ao RDD contarão com bloqueadores de celular (artigo 4º).
N/C	Art. 5º - regulamentação do RDD pelos Estados e DF.

Conforme demonstrado no quadro apresentado acima, vários aspectos peculiares do Regime Disciplinar Diferenciado foram modificados, dentre eles as visitas semanais e a quantidade de horas do chamado “banho de sol”, merecendo destaque os que vêm a seguir.

Ampliou-se o rol de possibilidades de aplicação do novo regime, já que, anteriormente, falava-se apenas em presos considerados como líderes ou integrantes de facções criminosas e àqueles que exigissem um tratamento especial, desde que envolvidos em fatos considerados como faltas graves e, agora, fala-se não só no preso definitivo, como também no provisório, seja ele nacional ou estrangeiro, que cometam crime doloso no interior do presídio e que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como para aqueles sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

No mínimo curiosa a redação do dispositivo legal ao mencionar que o preso, encarcerado sob a custódia do Estado, num ambiente de não-liberdade, pode representar um perigo ao ambiente social, leia-se, extra-

muros. Seria esse um indício de reconhecimento pelo próprio Estado de sua incapacidade em gerir o sistema prisional? Estaria o Estado sinalizando no sentido de que a lei penal, além de não surtir os efeitos preventivos gerais na sociedade, também estaria falhando dentro do próprio ambiente carcerário, merecendo, assim, a adoção de mecanismos excepcionais de contenção dos impulsos criminosos? Cremos que sim, entretanto, remetemos a resposta a um momento posterior do trabalho.

Na mesma esteira de raciocínio, após indicar requisitos objetivos a serem observados no que toca à inclusão dos presos no novo regime, aponta também requisitos subjetivos, quando no artigo 52, parágrafo 2º, dispõe sobre o preso sobre o qual recaiam “fundadas suspeitas” de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Ora, o conceito de organização criminosa, extremamente vago, não é encontrável sequer na lei 9.034 de 3 de maio de 1995, que trata exatamente do assunto, ao contrário do crime de quadrilha ou bando, expressamente tipificado no artigo 288 do Código Penal, entretanto, o envolvimento, por si só, de tais pessoas nessas categorias de ilícitos se traduz numa fórmula extremamente genérica e, portanto, perigosa, já que sujeita à interpretação pessoal do aplicador da lei.

Trocam-se as terminologias, mas a indefinição permanece, ainda mais quando o legislador aponta para “fundadas suspeitas” de participação

em qualquer título das modalidades criminosas acima indicadas. E mais, no que consistiria tal “participação a qualquer título”?

Resgata-se, assim, a noção de indícios, sinais de periculosidade do preso, mudando-se o enfoque para um direito penal da pessoa e não mais do fato. O Estado se volta não mais para o que o preso fez, mas sim para o que é, para o que representa.

O editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, intitulado “O RDD é Caso de Polícia”, criticando o ainda projeto de lei que viria a alterar a Lei de Execução Penal, aponta que agora, ao não se exigir mais a prática de falta grave e “ao estabelecer que a esse regime de cumprimento de pena pode ser destinado o condenado que apresente risco para ordem e segurança do estabelecimento penal, abre espaço para qualquer tipo de arbítrio por parte das autoridades responsáveis pela execução da pena”.<sup>155</sup>

Nesse sentido, irretocáveis as colocações de Carlos Roberto Isa, para quem “socorreu-se o legislador de cláusulas excessivamente amplas, sem definir com precisão os contornos da conduta proibida”, ferindo, assim, o Princípio da Legalidade, insculpido em nossa Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXIX.<sup>156</sup>

Outra previsão de destaque é a mudança de competência para a aplicação do dispositivo: o que antes cabia ao administrador passou agora para

---

<sup>155</sup> Boletim IBCCRIM, número 126, de maio de 2003.

<sup>156</sup> Carlos Roberto Isa. *Regime Disciplinar Diferenciado: O Custo Ultrapassa o Benefício*. Boletim IBCCRIM número 141, agosto de 2004.

o Juiz da Execução, garantindo-se um simulacro de contraditório, já que, de forma preventiva, pode o diretor do presídio determinar o isolamento do recluso por até 10 dias, aguardando assim oportuna decisão judicial.

O prazo de duração da medida também foi alterado, tendo agora, a duração máxima de 360 dias, podendo ser repetida quantas vezes se fizerem necessárias, desde que ocorrida nova falta grave, até o limite de 1/6 da pena imposta.

Outra questão de relevo diz respeito ao artigo 5º, inciso IV, da lei 10.792/03, que trata da possibilidade de os Estado e o Distrito Federal poderem regulamentar, dentre outros assuntos, o contato de advogados com os presos. Nesse sentido, poderão “disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados”.

Se não bastassem tais limitações, no inciso III, do mesmo artigo, há a previsão da possibilidade de censura aos meios de comunicação, leia-se, imprensa escrita e falada. Nesse aspecto, verifica-se o isolamento não só físico do detento com outros presos ou até mesmo dos funcionários do estabelecimento prisional, como também da informação, podendo causar verdadeira alienação com o mundo exterior. Seria a institucionalização da “solitária”. Podemos imaginar a situação do preso que, das 24 horas do dia, somente deixa a cela por apenas 2 horas para tomar sol e passa as 22 horas restantes em seu interior com acesso a número limitado e restrito de livros e

periódicos. De fato é o resgate à idéia de penitência das celas monásticas. Trata-se da contra-mão da sociedade de informação, ou seja, cria-se uma micro-sociedade da não-informação.

Em apertada síntese, é essa a nova vestimenta do Regime Disciplinar Diferenciado, sem embargo de sua validade, cujo parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária também se mostrou desfavorável<sup>157</sup>.

Apesar de todas as críticas acima mencionadas, encontramos vários julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo por sua constitucionalidade, como veremos a seguir.

A relatora Rachid Vaz de Almeida, em acórdão negando provimento ao agravo em execução penal de número 949324.3/0-0000-000, afirmou que “a inclusão do sentenciado no aludido regime, apesar de constituir medida mais restritiva do que no regime comum, está muito aquém de configurar qualquer violação aos princípios e garantias constitucionais, como pretende fazer crer a defesa”. Fala, mais à frente, em “subversão da ordem interna da penitenciária”<sup>158</sup>, por ter o preso participado de rebelião que culminou com vítimas e destruição do estabelecimento prisional.

---

<sup>157</sup> Boletim IBCCRIM número 115, outubro de 2005, pp. 14 e 15

<sup>158</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 10ª Câmara Criminal – Agravo em Execução número 949324.3/0-0000-000, Relatora Rachid Vaz de Almeida, decisão: 21/6/2006.

O relator Barbosa de Almeida, relator do “habeas corpus” 880.103-3/0-00<sup>159</sup>, se manifestou pela constitucionalidade do RDD, configurando modalidade de sanção disciplinar e também de medida cautelar.

Apontou que “sua criação restou motivada pelo calamitoso estado que atingiu o sistema penitenciário do país, quando presos têm se rebelado em inúmeros presídios estatais demonstrando grande poder de articulação e comunicação, de forma a obedecer às ordens daqueles que se arvoram nos líderes das facções criminosas mais expressivas”.

E, mais à frente, que “o Judiciário não pode se manter vendado e inerte ao assustador patamar alcançado pela criminalidade dentro dos estabelecimentos penais, sendo absolutamente permitido que o sistema penitenciário se valha, em prol da ordem interna e regularidade de execução das penas, de medidas disciplinares mais enérgicas”.

Já o relator Sergio Ribas, no julgamento do HC número 891795.3/1-0000-000, salienta que “não se pode esquecer que na fase da execução da pena, vinga o princípio *in dubio pro societate*, de modo que, havendo dúvida a respeito, esta deve ser dirimida em favor da sociedade”<sup>160</sup>, em evidente alusão à cautelaridade da medida excepcional.

Outras decisões favoráveis ao Regime Disciplinar Diferenciado, todas do Tribunal de Justiça paulista podem ser mencionadas:

---

<sup>159</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 4ª Câmara Criminal – HC 880.103-3/0-00, Relator Barbosa de Almeida, decisão: 21/3/2006, publicação: 4/9/2006.

“habeas corpus” número 903078.3/0<sup>161</sup>, relator Tristão Ribeiro; “habeas corpus” 893938.3/0000-000<sup>162</sup>, relator Teodomiro Mendez; “habeas corpus” 882.212-3/1<sup>163</sup>, relator Luiz Pantaleão; “habeas corpus” número 894.003.3/0<sup>164</sup>, relator Hélio de Freitas; “habeas corpus” número 894406.3/0-0000-000<sup>165</sup>, relator Ubiratan de Arruda; “habeas corpus” número 893.943.3/2-00<sup>166</sup>, relator Marco Antonio Cogan; “habeas corpus” número 850.666.3/3<sup>167</sup>, relator Hélio de Freitas e “habeas corpus” número 873.329-3/4-00<sup>168</sup>, relator Marco Antonio Cogan

Entretanto, podemos encontrar vozes discordantes, como no caso do relator Borges Pereira, quando do julgamento do “habeas corpus” número 978.305.3/0-00, para quem “o chamado RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor”,<sup>169</sup>.

---

<sup>160</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 14ª Câmara Criminal – HC 891795.3/1-0000-000 - Relator Sérgio Ribas, decisão: 9/3/2006.

<sup>161</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 5ª Câmara Criminal – HC 903078.3/0 – Relator Tristão Ribeiro, decisão: 23/3/2006.

<sup>162</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 2ª Câmara Criminal – HC 893938.3/0000-000 – Relator Teodomiro Mendez, decisão: 13/3/2006, publicação: 7/6/2006.

<sup>163</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 3ª Câmara Criminal – HC 882.212-3/1 – Relator Luiz Pantaleão, decisão: 13/12/2005, publicação: 4/7/2006.

<sup>164</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 4ª Câmara Criminal – HC 894.003.3/0 – Relator Hélio de Freitas, decisão: 7/3/2006, publicação: 8/8/2006.

<sup>165</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 9ª Câmara Criminal – HC 894406.3/0-0000-000 – Relator Ubiratan de Arruda, decisão: 8/3/2006, publicação: 10/5/2006.

<sup>166</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 4ª Câmara Criminal – HC 893.943.3/2-00 – Relator Marco Antonio Cogan, decisão: 14/3/2006, publicação: 22/8/2006.

<sup>167</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 4ª Câmara Criminal – HC 850.666.3/3 – Relator Hélio de Freitas, decisão: 7/2/2006, publicação: 15/8/2006.

<sup>168</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 4ª Câmara Criminal – HC 873.329-3/4-00 – Relator Marco Antonio Cogan, decisão: 13/12/2005, publicação: 21/6/2006.

<sup>169</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 1ª Câmara Criminal – HC 00978305.3/0-0000-000 – Relator Borges Pereira, decisão: 15/8/2006, publicação: 6/9/2006.

E, mais à frente afirma que a imposição do instituto viola, em especial, o respeito à dignidade humana.

No mesmo sentido, merece destaque a posição do relator Marco Nahum no “habeas corpus” número 893.915-3/5-00:

“Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento, para adotar *medidas estigmatizantes e inocuidadoras* próprias do Direito Penal do Inimigo, o referido regime disciplinar diferenciado ofende inúmeros preceitos constitucionais.

Trata-se de uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF), cruel (art. 5º, XLVII, da CF), o que faz ofender a dignidade humana (art. 1º, III, da CF).

Por fim, note-se que o Estado Democrático é aquele que procura um equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do homem.

O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao Estado Democrático”<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 1ª Câmara Criminal – HC 893.915-3/5-00 – Relator Marco Nahum, decisão: 9/5/2006, publicação: 10/8/2006.

E, finalmente, a decisão da relatora Angélica de Almeida, no “habeas corpus” número 900917.3/8-0000-000, afirmando que o “regime disciplinar diferenciado quebra de imediato a espinha dorsal estabelecida pela Lei de Execução Penal. Põe por terra a estrutura da execução da pena privativa de liberdade, que tem como núcleo fundamental o sistema progressivo”, logo, vai de encontro ao sistema de “gradativo desencarceramento”<sup>171</sup>.

Verificamos, portanto, junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em cuja unidade da federação se originou o RDD, aparente dissenso entre seus integrantes, prevalecendo, entretanto, o posicionamento favorável a tal medida coercitiva.

Neste ponto do estudo é de se indagar qual a posição dos tribunais superiores, se a favor ou contra o dispositivo legal.

Nesse sentido, podemos destacar a decisão de “habeas corpus” número 40.300 – RJ (2004/0176564-4), que denegou a referida ordem sob o fundamento do Princípio da Proporcionalidade, merecendo, assim, exame.

O Ministro relator Arnaldo Esteves Lima, analisando as restrições impostas pela lei no citado regime conclui que:

“não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º,III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII,

---

<sup>171</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo – 12ª Câmara Criminal – HC 900917.3/8-0000-000 – Relatora Angélica de

da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário, em nome da ordem e disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção”.<sup>172</sup>

Podemos concluir, diante do quadro exposto, que nos encontramos diante de um mecanismo repressivo, agora sob os auspícios da lei e, aceito, ao menos por parte expressiva dos membros do Poder Judiciário, que tem por objetivo o isolamento do preso que, do interior do cárcere compromete não só a segurança e disciplina internas como também a ordem da sociedade, revestindo-se do manto de verdadeiro instrumento voltado à segurança pública, ou seja, manutenção da paz interna do Estado.

---

Melo, decisão: 29/3/2006

<sup>172</sup> Superior Tribunal de Justiça – “habeas corpus” número 40300/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 22/8/2005

**Capítulo 6: O Regime Disciplinar Diferenciado em face da Teoria da  
Prevenção especial Negativa.**

Para o desenvolvimento do capítulo em questão, cremos necessário o estabelecimento de premissas, de forma a possibilitar a concreção do tema e a subsunção da hipótese à conclusão final.

De forma a se atingir tal mister, preliminarmente é de se indagar a natureza da prisão e qual sua destinação.

O estabelecimento prisional – ou simplesmente prisão – pode ser classificada como uma “instituição total”<sup>173</sup>, já que estabelece um mundo paralelo, com regras próprias, impostas pelo Estado e dentro dos limites Constitucionais e legais, para a consecução de um fim, intento esse que varia de acordo com a teoria fundamentadora adotada pelo ordenamento jurídico de determinado país.

Como “instituições totais” podemos citar os asilos, sanatórios, estabelecimentos psiquiátricos, quartéis, mosteiros, escolas internas e, no caso em exame, as penitenciárias<sup>174</sup>.

O indivíduo recluso numa dessas instituições totais sofre limitações severas, variando o grau de tal restrição de acordo com os objetivos por elas almejados: o doente mental de acordo com o seu tratamento e o preso com o fim buscado pela pena, por exemplo.

As regras estabelecidas para o convívio interno, leia-se vida no interior do cárcere, são semelhantes às encontradas em sociedade, com a

---

<sup>173</sup> Erving Goffman. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001, p. 16.

<sup>174</sup> *Ibid.*, pp. 16 e 17.

ressalva da limitação à liberdade individual. Ou seja, em tais estabelecimentos, o indivíduo interage, mas muito pouco com o mundo exterior – através de visitas, correspondências, acesso aos meios de comunicação, dentre outros meios – e as regras internas dessa “instituição” se assemelham às da comunidade, mas com elas não se confundem, já que têm fins específicos. Nesse sentido, no ambiente externo, de liberdade, cada indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe, podendo exercer sua liberdade de escolha quanto a atividade profissional a ser desenvolvida – ou em não exercer atividade alguma – escolher meios de recreação e diversão que melhor lhe agradem, relações de amizade e amorosas, ao contrário de quando se encontra num ambiente de não-liberdade, em que sua interação com o ambiente é limitada, não podendo usufruir em sua plenitude a livre-escolha.

Noutras palavras e desenvolvendo o raciocínio acima mencionado, o preso interage com os demais reclusos, cria vínculos de amizade (e inclusive inimizade), trabalha, encontra meios para se distrair ou divertir, buscando uma forma de convivência à semelhança daquela existente no ambiente externo, de forma a amoldar o espírito e sobreviver à situação em que se encontra, tornando menos penoso o período de restrição de liberdade, mas sempre dentro de limitações severas pela condição em que se encontra.

Nesse sentido:

“Uma disposição básica da sociedade moderna é que o indivíduo tende a dormir, brincar e trabalhar em diferentes

lugares, com diferentes co-participantes, sob diferentes autoridades e sem um plano racional geral. O aspecto central das instituições totais pode ser descrito como a ruptura das barreiras que comumente separam essas três esferas da vida. Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte, e toda a seqüência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição”<sup>175</sup>.

O indivíduo, ao ser encarcerado, é retirado de uma realidade na qual sua personalidade se desenvolveu, onde construiu seus ideais e

---

<sup>175</sup> Erving Goffman. *Manicômios, Prisões e Conventos*, cit., pp. 17 e 18.

objetivos, sendo forçado a encarar uma nova fase em sua vida que deve ser, obrigatoriamente, vencida.

Se outrora mantinha determinadas rotinas, relativas à sua vida cotidiana, a partir de então, não existem mais; se antes tinha certo rol de amizades, serão severamente limitados ou desfeitos; se fazia parte de determinado círculo social, essa situação se dissipará.

Uma nova realidade se opera frente aos seus olhos, que deve ser enfrentada e vencida, sob pena de sua mente sucumbir a tamanha pressão.

Em síntese, o ambiente carcerário retira do indivíduo uma gama enorme de possibilidades, tendo de se adaptar a uma nova situação, com regras próprias, das quais não pode fugir, exigindo, assim, uma adaptação forçada de forma a não perder suas características de humanidade e manter, dentro do possível, um equilíbrio psicológico para conservar sua higidez mental.

Essa é a realidade de qualquer indivíduo que se defronta pela primeira vez com o cárcere, o qual, para sobreviver, faz uso de uma série de subterfúgios, tais como a dedicação ao trabalho e estudo ou, na pior das hipóteses, lançando-se ao abismo da sub-cultura penitenciária. Sem a pretensão de se fazer uma profunda incursão no tema, cremos que é cediço que no ambiente carcerário florescem diversas práticas e desdobramentos culturais, margeando sempre os limites da moralidade e licitude. É assim que o indivíduo, buscando muitas vezes suporte psicológico e proteção física, acaba por se associar a determinados grupos dentro da prisão, como, por exemplo, religiosos

ou até criminosos. De uma forma ou de outra, a interação prossegue e persiste a necessidade de convívio humano.

Mas, se tão cruel realidade desponta para o preso tido como “comum”, o que se falar daquele submetido a um regime “especial”?

Aquele que se encontra submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado sofre limitações que beiram o isolamento absoluto, se comparado a um preso comum: tem uma limitação considerável em suas visitas, permanece isolado na cela sem contato com outros presos, o acesso às informações do mundo exterior é limitado, tem suas saídas periódicas para o chamado “banho de sol” restringidas, ocasião em que sequer pode interagir com outros companheiros de prisão, dentre outras, conforme exposto no capítulo anterior. A interação pessoal se dá praticamente apenas com os funcionários do estabelecimento prisional que, por sua vez, em razão das peculiaridades do sistema adotado, pouco contato podem manter com o preso.

Não há, portanto, uma aparente reprodução do ambiente em sociedade, mas sim apenas o isolamento em seu aspecto mais severo, cujas conseqüências funestas, conforme cremos, serão expostas a seu tempo.

Ou seja, é retirado novamente de um ambiente social a que, muitas vezes, já havia se adaptado. Temos para nós que a simples “adaptação” do preso à condição de encarcerado não é a ideal, já que deve buscar, de uma forma ou de outra, um acréscimo ao seu espírito, uma lição que o leve a buscar o caminho da liberdade e a obediência aos ditames legais.

Ignorando o aspecto meramente retributivo do Regime Disciplinar Diferenciado, já que é tratado na lei de execução penal como sanção administrativa, e nos atendo ao sentido preventivo especial da pena, vejamos se é possível se falar em “ressocialização”.

A expressão “ressocialização” guarda relação com a preparação para o indivíduo retornar à liberdade, ao convívio junto ao meio social, apto ao bem comum e não mais como um perigo à sociedade, inapto às regras nela impostas.

Entretanto, no mínimo questionável a fórmula de se preparar alguém para o convívio em sociedade num ambiente de não-liberdade, fato esse associado ao de que o cárcere é na verdade uma micro-sociedade com regras próprias e inserida numa macro-sociedade – ambiente de liberdade em sua plenitude – em que são instituídas regras semelhantes, conforme já exposto algumas linhas atrás.

Extremamente questionável a situação do preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, mais distanciado do ambiente de liberdade. As regras a ele impostas em nada lembram – diga-se, sequer se aproximam – do ambiente em que supostamente um dia irá retornar, logo, o fim ressocializatório não pode, em hipótese alguma ser invocado.

Os conceitos de “ressocialização” e isolamento absoluto não podem sequer ser correlacionados, já que não guardam nenhuma conexão lógica,

mas sim, pelo contrário, se afastam, criando uma distância abissal, conforme veremos.

De forma a corroborar com essa conclusão preliminar, podemos fazer uso do estudo de Erving Goffman que, na década de 1950 realizou estudos junto aos estabelecimentos ora denominados “instituições totais”:

“Aparentemente, as instituições totais não substituem algo já formado pela cultura específica; estamos diante de algo mais limitado do que a aculturação ou assimilação. Se ocorre mudança cultural, talvez se refira ao afastamento de algumas oportunidades de comportamento e ao fracasso para acompanhar mudanças sociais recentes no mundo externo. Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado “desculturamento” – isto é, “destreinamento” – que o torna incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária”<sup>176</sup>.

Nessa linha de raciocínio, aquele indivíduo submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado pode, ao término do período de permanência no regime excepcional, encontrar dificuldades para o retorno ao ambiente carcerário normal, leia-se, ao convívio com outros detentos. Se levarmos em

consideração essa possibilidade, o que se falar em relação ao ambiente social de efetiva liberdade? Poder-se-ia, ao contrário, criar um círculo vicioso do qual o encarcerado não mais teria condições de escapar, levando por terra qualquer fim humanístico da pena.

Mas prossigamos.

Ainda fazendo uso do estudo em questão, imperiosas as seguintes colocações:

“Neste sentido, as instituições totais realmente não procuram uma vitória cultural. Criam e mantêm um tipo específico de tensão entre o mundo institucional, e usam essa tensão persistente como uma força estratégica no controle dos homens”<sup>177</sup>.

Temos para nós que a parte final da citação em questão contém uma expressão de relevo: controle dos homens. Tal situação leva o internado a uma perda gradativa do seu “eu”, de sua personalidade como ser social.

Conforme já visto nos capítulos anteriores, um dos alicerces da teoria da prevenção especial negativa é a idéia de inocuização, ou seja, a pena serve para corrigir os corrigíveis e anular os incorrigíveis.

O regime Disciplinar Diferenciado cremos, só se presta a uma única função: anular aqueles indivíduos que não se adequaram ao ambiente

---

<sup>176</sup> Erving Goffman. *Manicômios, Prisões e Conventos*, cit., p. 23.

social, ou noutras palavras, a segregação carcerária, quando não suficiente para a contenção dos impulsos criminosos, leva a um caminho prático, qual seja, o isolamento quase absoluto do indivíduo durante determinado período de tempo no regime excepcional.

O raciocínio em questão nos remete à primeira fase do chamado movimento de “Defesa Social”, citado por Cleber Rogério Masson, para quem:

“extraí-se a reclamação de segregação dos delinquentes perigosos com vistas a submetê-los a um regime de rigor. Ao mesmo tempo, buscava-se uma medida de neutralização de tais pessoas, privando-as da eliminação radical com o emprego da pena capital, considerando que o ser anti-social, apesar de tudo, continua sendo um homem, merecendo tratamento coerente com uma política criminal humanista e racional”<sup>178</sup>.

Por motivos óbvios, o legislador brasileiro não se aventurou na seara da pena capital, essa sim a “solução final” para a questão dos incorrigíveis, mas demonstrou criatividade e destemor ao legalizar o Regime Disciplinar Diferenciado.

---

<sup>177</sup> *Ibid.*, pp. 23 e 24.

<sup>178</sup> Marco Antonio Marques da Silva (Coordenador). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p.125.

Seria esse o primeiro passo para um endurecimento penal sem precedentes em nossa recente história, ou apenas uma experiência insólita? Somente o tempo e os Tribunais o dirão.

Logo, podemos concluir que o sentido do Regime Disciplinar Diferenciado é dar um desdobramento especial à pena privativa de liberdade, destinado, nos termos da lei, ao presos “que apresentem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (artigo 52, parágrafo 1º da Lei de Execução Penal). Tal tratamento especial se resume apenas na anulação, ou, nas palavras de Von Liszt, inocuização do indivíduo inadaptável, perdendo, temporariamente, por via de consequência, sua individualidade.

Nesta altura do trabalho, de se indagar quais os efeitos de um isolamento de tal jaez no indivíduo e sua compatibilidade com os postulados constitucionais.

O psicólogo canadense Donald O. Hebb, na década de 1950, estudando a questão da emoção e da motivação no homem, concluiu que este sempre busca uma excitação, evitando o estado de inércia, de tédio, através de atividades ditas “lúdicas”<sup>179</sup>.

Tal necessidade seria inata da natureza humana, ou seja, um importante componente do comportamento humano.

O indivíduo, quando submetido a um grande período de isolamento perceptual, sofre severas consequências, conforme estudos levados a

efeito à época, em que estudantes eram segregados em pequenos quartos isolados acusticamente.

Relatando as conseqüências do isolamento, Hebb descreve:

“Poucos eram capazes de tolerar a monotonia por mais de dois ou três dias – o limite máximo foi de seis. Os sujeitos se mostraram dispostos a ouvir conversas bobas e pueris que em outras circunstâncias teriam desprezado – enfim, a qualquer coisa para quebrar a monotonia. Sobreveio a necessidade irresistível de ver, ouvir e estar em contato normal com o meio, de estar em atividade”<sup>180</sup>.

E mais à frente:

“A experiência demonstrou que o homem pode ter tédio, o que já sabíamos, porém mostrou também que o tédio é uma palavra amena para muitos efeitos. A necessidade da estimulação normal de um meio é fundamental. Sem ela a função mental e a personalidade degeneram. Os sujeitos isolados queixavam-se de não conseguir pensar de maneira coerente, de uma queda na sua capacidade para resolver problemas simples, e do aparecimento de alucinações”<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> Donald O. Hebb. *Psicologia*. Tradução de Pepita Cortes Bosch. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1979, pp.286 a 288.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p.289.

<sup>181</sup> Donald O. Hebb. *Psicologia*, cit, pp.289 e 290.

Tais experiências demonstram que o homem, submetido a situações extremas, esmorece, podendo sofrer lesões graves em sua integridade psíquica.

Neste ponto, podemos traçar um paralelo com o Regime Disciplinar Diferenciado, já que o recluso pode se sujeitar ao sistema excepcional por até um ano ininterrupto, com todas as restrições físicas e psíquicas já abordadas no presente trabalho.

Ora, se a Constituição Federal impede a aplicação de penas cruéis, o que se falar do regime em questão, que causa, aparentemente, intenso padecimento ao que nele se encontra.

Um meio tão atroz não pode ser recepcionado pelo ordenamento jurídico como desdobramento da pena privativa de liberdade.

Que retrocesso é esse que ignora os históricos avanços no tratamento humanístico do sentenciado?

Nesse sentido, forçoso mencionar o fundamento da Dignidade da Pessoa Humana, segundo o qual o indivíduo não pode ser tratado como objeto, mas sim em sua individualidade e respeitadas garantias mínimas de humanidade.

A partir do momento em que determinada pessoa sofre tão severas constrições que, segundo cremos – e conforme exposto algumas linhas acima – pode comprometer sua higidez mental, tal medida fere diretamente a

Constituição Federal, não restando outro raciocínio senão por sua inconstitucionalidade.

De forma a consolidar o raciocínio em questão, merece destaque a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, já apresentada neste trabalho, no seguinte sentido:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>182</sup>.

Em apertada síntese, podemos concluir que não pode o Estado, em nome da promoção do bem comum ou da proteção à sociedade, aplicar medida de tal jaez, de forma a permitir um sofrimento de tal intensidade ao condenado, sob a égide de simplesmente anulá-lo pelo perigo que representa.

---

<sup>182</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 62.

**Conclusão:**

Conforme se depreende da leitura do presente trabalho, foram desenvolvidos raciocínios gerais até a chegada a uma conclusão final.

Preliminarmente, focamos o instituto da pena à luz da Carta Constitucional de 1988, estabelecendo, para tanto, seu conceito e importância para a dogmática jurídico-penal.

Em assim sendo, verificamos que a Constituição Federal exemplificou quais as penas admitidas pelo ordenamento jurídico e quais não o são, através de um critério negativo, como, por exemplo, as penas cruéis e infamantes.

No mesmo diapasão, qualquer interpretação quanto à forma e aos limites de uma pena devem ser observados sempre com respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, postulado esse expresso no artigo 1º da Carta Constitucional como fundamento da República.

Logo, por via de consequência, qualquer que seja a pena ou a forma de seu cumprimento deve, obrigatoriamente, obedecer ao Princípio em questão, que proíbe a instrumentalização do homem, ou seja, seu tratamento efetivo como pessoa e não como objeto – ou sequer o preso como uma pessoa de segunda categoria, despojado de direitos e garantias – de forma a harmonizar os dispositivos legais relativos ao tema com os postulados firmados pelo legislador constituinte originário.

Daí se extrair a primeira conclusão, no sentido de que, qualquer que seja a pena, quando de sua execução – aqui, em especial, a privativa de liberdade – deve respeitar a dignidade individual inerente a qualquer ser humano, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

Na seqüência, foram brevemente analisadas as principais teorias justificadoras das penas, ou seja, buscou-se a resposta para uma pergunta assaz comum: qual a finalidade de uma pena.

Para tanto, foi elaborada pesquisa junto à doutrina, nacional e estrangeira, dentre os principais expoentes no assunto, consultando, dentro do possível, os originais das obras mencionadas no corpo do trabalho.

Conforme restou demonstrado quando da abordagem do assunto, nos deparamos com duas grandes vertentes: teorias absolutas e relativas.

Para as primeiras, a pena se esgota num fim único, qual seja, a retribuição, resumindo-se na máxima: o mal da pena pelo mal do crime.

Já as teorias relativas, se subdividem em prevenção geral e especial que, por sua vez, se subdividem também – ambas – em positiva e negativa.

Abordemos, pois, rapidamente, cada uma delas, de forma a dar coesão lógica à presente conclusão.

Quando analisamos a teoria da prevenção geral, verificamos que esta é dirigida a todos os membros de determinada sociedade, de forma a indicar que a norma constante da lei se encontra presente e deve, obrigatoriamente ser observada (vertente positiva) e indicando, em caso de sua violação, a conseqüente resposta estatal, ou seja, a pena, vista aqui com um fim intimidatório (vertente negativa).

Já com relação à teoria da prevenção especial, ao contrário da anterior, não é mais dirigida à sociedade como um todo, mas ao indivíduo, visto isoladamente. Abandonando o aspecto coletivo e dirigindo seu foco ao infrator

da lei, pode buscar sua ressocialização, inculcando em seu espírito a consciência de que se dissociou das regras estabelecidas em sociedade e que, portanto, para seu retorno ao seio comum, deve emendar-se, tornando-se, assim, novamente um membro útil à coletividade (vertente positiva), ou, simplesmente anulando-o por determinado período de tempo, quando da impossibilidade de sua emenda (vertente negativa).

Na seqüência, observamos mais detidamente a legislação infraconstitucional brasileira, de forma a se verificar qual foi a orientação adotada pelo legislador.

Conforme verificamos em capítulo próprio, cremos, não há, na legislação brasileira, um fim preponderante da pena, acenando a lei, ora num sentido, ora noutro, tirante a posição adotada por Duek Marques e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, conforme já mencionada anteriormente. Tal verificação nos leva no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio seguiria uma vertente mista das teorias acima apontadas, ou seja, acena em todos os sentidos e, ao mesmo tempo, em nenhum, gerando assim certa insegurança jurídica, que seria solucionada, por sua vez, com a reforma legal, por exemplo, de nosso Código Penal e respectiva Lei de Execuções Penais, de forma a explicitar o porquê da pena.

A seguir, nos detivemos com mais atenção à teoria da prevenção especial negativa, de forma a estabelecer seus principais postulados e

possibilita sua comparação com o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, objeto central do trabalho em questão.

O Regime Disciplinar Diferenciado, firmado – diga-se fincado – em nosso ordenamento jurídico por força da lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003 – já que outrora era tratado apenas por uma Resolução Secretarial no âmbito do Estado de São Paulo – carece de conceituação, motivo pelo qual foi tratado no trabalho em questão com um “regime excepcional”, no qual os presos a ele submetidos, estão sujeitos a uma série de regras rígidas de disciplina que acabam por provocar o seu quase total isolamento, beirando as raias do absurdo.

Por suas características excepcionais – visto aqui como um desdobramento da pena privativa de liberdade – e dirigido aos presos considerados inconvenientes à Administração, ou “que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, parágrafo 1º da Lei de Execução Penal) só pode ser analisado sob o manto da teoria da prevenção especial negativa, ou seja, tem como objetivo único a anulação ou inocuidade do preso por determinado período de tempo.

Conforme procuramos expor, a teoria da prevenção especial negativa foi recepcionada pela legislação quando estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado, tratando-se de uma novidade, já que não contávamos com a previsão de nenhum instituto semelhante na legislação em vigor.

Mas as inovações legais nem sempre são acobertadas pelo manto da constitucionalidade, já que, conforme tivemos a humilde pretensão de demonstrar, fere profundamente dispositivos insculpidos na Constituição Federal, em especial, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Não seria outro o raciocínio já que, pelas regras do Regime Disciplinar Diferenciado, o preso fica sujeito a uma condição praticamente subumana, privado de suas características de ser pensante, qual seja, a interação com o ambiente e, em especial, com outros seres humanos.

Tal isolamento pode levar a conseqüências não amparadas pela lei, pela Constituição Federal ou qualquer senso de humanidade, devendo, assim, ser rechaçado de nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, e talvez por se tratar de matéria nova e cujas conseqüências não foram ainda objeto de detalhado estudo, o Regime Disciplinar Diferenciado vem sendo sistematicamente aceito pelos Tribunais, em especial, no caso do Estado de São Paulo, onde teve sua gênese.

Em apertada síntese são essas as principais conclusões do trabalho ora apresentado, com a ressalva de que não se trata de um manifesto pelo afastamento do instituto em questão, mas apenas a semente para oportuna discussão e debate jurídico, de forma a não nos afastarmos daquilo que nos diferencia dos demais espécimes que habitam o planeta: a capacidade de raciocínio crítico.

## BIBLIOGRAFIA

ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social*. Tradução de Osvaldo Melo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARRETO, Carlos Xavier P. *O Crime, o Criminoso e a Pena*. 2ª ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho editor, 1934.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das Penas Legais*. Tradução clássica revisada. 1º ed. São Paulo: Livraria e Editora Logos Ltda.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3ªed. São Paulo: Editora Abril, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal : parte geral, volume 1*. 6º ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

BONESANA, Cesare, Marchesi di Beccaria. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de José Cretella Júnior e de Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRITTO, Lemos. *Os Systemas penitenciarios do Brasil*. Vol I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo III*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967.

CARNELUTTI, Francesco. *O Problema da Pena*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. Belo Horizonte: editora Líder, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

ESPINOZA, Olga. *A Mulher Encarcerada em face do Poder Punitivo*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Edusp. 2001.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal – Vol. I, Tomo II*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – Parte Geral – Teoria Constitucionalista do Delito*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HEBB, Donald O. *Psicologia*. Tradução de Pepita Cortes Bosch. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1979.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima. 1ª ed. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – Volume I – Tomo I*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

ISA, Carlos Roberto. *Regime Disciplinar Diferenciado: O Custo Ultrapassa o Benefício*. Boletim IBCCRIM número 141, agosto de 2004.

JUNG, Carl Gustav. *O Homem e seus Símbolos*. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. 1ª ed. Barueri/SP: Editora Manole, 2004.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: ícone Editora, 1993.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. 1ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal – Tomo I*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. 1ª ed. Campinas: Russel Editores Ltda, 2003.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal – Volume I*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal – Volume III*. 1ª edição atualizada. São Paulo: Editora Millennium, 2000.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Coordenador). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich W.O *Anticristo*. Edição integral. Rio de Janeiro: Fernando Chinaglia Distribuidora S/A, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos Penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROBALO, António Domingos Pires. *Código Penal Português Anotado*. 1ª ed. Lisboa: Livraria Petrony LDA, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis. 3ª ed. Lisboa: editora Vega, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e Alceu Corrêa Junior. *Teoria da Pena*. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

SILVA FRANCO, Alberto. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA FRANCO, Alberto. *Meia Ilegalidade*. Boletim IBCCRIM, ano 11, nº 123, fevereiro de 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo*. edição única. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Primeira reimpressão. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1951.

SOUZA LIMA, Carolina Alves de. *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. 1ª ed. Barueri,SP: Manole, 2004.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal – Parte Geral*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TELLES JUNIOR, Gofredo. *O Povo e o Poder. O conselho do Planejamento Nacional*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

WEISS, Carlos. *O RDD e a Lei*. Boletim IBCCRIM, ano 11, nº 123, fevereiro de 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.