

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

JOSÉ ANGELINO LUZ DANTAS

**RDD: ANOTAÇÕES SOBRE SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DE
UMA LEITURA SOB O PRISMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

JOSÉ ANGELINO LUZ DANTAS

**RDD: ANOTAÇÕES SOBRE SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DE
UMA LEITURA SOB O PRISMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processo Penal
Orientador: Prof. Jardel Sabino de Deus

VITÓRIA

2017

RDD: ANOTAÇÕES SOBRE SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DE UMA LEITURA SOB O PRISMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

José Angelino Luz Dantas¹

Prof. Orientador De Conteúdo e Metodologia: Jardel Sabino de Deus²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os preceitos inconstitucionais do regime disciplinar diferenciado a partir de uma leitura sob o prisma dos direitos fundamentais. Por meio de uma pesquisa teórico-dogmática, utiliza-se referências legais, doutrinárias e jurisprudenciais para abordar e analisar o tema proposto. O Estado Democrático de Direito tem como pressupostos a Garantia aos Direitos Fundamentais a segurança à Dignidade da Pessoa Humana, e tais elementos encontram-se expressos na Constituição Federal. O instituto do Regime Disciplinar Diferenciado foi implantado no ordenamento jurídico Brasileiro por meio da Lei nº 10.792/2003, a análise consiste em verificar se uma sanção disciplinar mais severa e coloca o apenado em situação não condizente à condição humana, por restringir Direitos assegurados na Carta Magna, vez que, ao apenado caberia o instituto da pena prevalecendo o seu caráter retributivo e preventivo, ao passo que preserve a sua condição humana, pois a aplicação de uma sanção rígida e que viole os Direitos Humanos do apenado seria Inconstitucional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Dignidade da Pessoa Humana; Inconstitucionalidade; Regime Disciplinar Diferenciado.

ABSTRACT

This article aims to analyze the unconstitutional precepts of the disciplinary regime differentiated from a reading from the prism of fundamental rights. Through a theoretical-dogmatic research, legal, doctrinal and jurisprudential references are used to approach and analyze the proposed theme. The Democratic State of Law has as its presuppositions the Guarantee of Fundamental Rights, the security of the Dignity of the Human Person, and these elements are expressed in the Federal Constitution. The institute of the Differentiated Disciplinary Regime was implemented in the Brazilian legal system by means of Law nº 10.792 / 2003, the analysis consists of verifying that a more severe disciplinary measure and places the offender in a situation that is not in keeping with the human condition, because it restricts Rights guaranteed in the Charter Magna, instead, to the distressed would fit the institute of the penalty prevailing its retributive and preventive character, while preserving its human condition, for the application of a rigid sanction and that violates the Human Rights of the distressed would be Unconstitutional.

Keywords: Fundamental Rights; Dignity of human person; Unconstitutionality; Differentiated Disciplinary Regime.

¹ Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória - ES. E-mail: angelinoblatter@icloud.com.

² Advogado, Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Professor Universitário. E-mail: jardelitededeus@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O tema surgiu de uma indagação do pesquisador, quanto a inconstitucionalidade da aplicabilidade do instituto do regime disciplinar diferenciado, pois permite um importante debate acerca da inconstitucionalidade da aplicação do regime disciplinar diferenciado, tratando-se de um ótimo instrumento de aprendizagem e relevante ao que tange o aspecto acadêmico.

O presente artigo buscou os seus objetivos com fulcro em pesquisa teórico-dogmática, abordando conceitos doutrinários e jurisprudenciais que foram utilizados para equacionar o problema apresentado, na tentativa de aclarar o tema.

No Estado democrático de Direito é frequente e constante a discussão que aborda as garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana, nesse diapasão cabe asseverar a importância da Constituição Federal e Tratados Internacionais do quais o Brasil é signatário.

Nessa ótica é importante frisar que no âmbito do Direito Penal verifica-se em diversas fases e em diferentes momentos a luta por preservação de princípios norteadores dessas garantias.

Assim, cumpre informar, que a relevância social da presente pesquisa dar-se em razão da preservação dos princípios basilares da nossa Carta Magna, em tutelar a dignidade humana, os direitos e garantias fundamentais da pessoa, portanto, uma vez declarada a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, os efeitos principalmente no sistema carcerário serão notórios, pois tem-se uma busca constante na manutenção dos princípios constitucionais, afim de que os indivíduos que compõem a sociedade tenham possibilidade iguais de serem socializados e ressocializados, quando necessário.

Em sede de aplicação da penalidade são recorrentes as discussões não somente sobre as condições sobre o sistema carcerário, mas de mecanismo que o tornem mais eficiente minimizando-se os problemas, então afim de criar soluções surgidas mediante a esta precariedade criou-se o Regime Disciplinar Diferenciado, que visa conter conflitos nesse sistema.

Daí, a relevância jurídica se faz presente, pois a discussão ocorre acerca da preservação da dignidade humana, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, conforme norteado pela Constituição Federal (Constituição Cidadã) e a aplicação do RDD, viola os princípios constitucionais, neste sentido, não se pode presumir que o RDD faça com a criminalidade ou que ele garanta maior disciplina e ordem dentro dos estabelecimentos penais, desta forma verifica-se que tornar as sanções mais rígidas em detrimento do comportamento carcerário desvincula o caráter de ressocialização da na aplicação da punição, que por ora ensejou a condenação penal do réu.

Sendo assim, o presente artigo visa apresentar e abordar conceitos, entendimentos e jurisprudência acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, Penas e sobre tudo uma visão sobre o tema abordado nesta pesquisa “RDD: Anotações Sobre Sua (In) Constitucionalidade a Partir de Uma Leitura Sob o Prisma dos Direitos Fundamentais”, para tanto este artigo é dividido em 03 (três) capítulos.

O primeiro capítulo, que é intitulado “Direitos e Garantias Fundamentais” abordará os princípios basilares da Carta Magna também conhecida como Constituição Cidadã, por preservar Direitos indissociáveis da pessoa humana, correlatando doutrinadores que lecionam sobre o tema.

O segundo capítulo, sob o título “Pena” analisará a evolução histórica, o conceito, a característica, a finalidade e os princípios Constitucionais a serem observados na aplicação da pena.

O terceiro e último capítulo, tem o título de “Regime Disciplinar Diferenciado” apresentará este instituto e fará uma correlação entre os temas até então apresentados, afim de proporcionar a análise acerca da inconstitucionalidade da aplicação desse Regime.

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1. CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dignidade é oriunda do latim “*dignitate*”, definida como honradez, honra, nobreza e decência, ou seja, traduzindo-se ao preceito humano, como uma forma de respeitar, valorizar, honrar etc. O ser humano na sua plenitude reconhecendo assim os Direitos ligados na preservação e manutenção da dignidade da pessoa. Da leitura do dicionário online de português³, extrai-se:

Característica ou particularidade de quem é digno; atributo moral que incita respeito; autoridade. Maneira de se comportar que incita respeito; majestade. Atributo do que é grande; nobre. Ofício, trabalho ou cargo de alta graduação: dignidade de juiz. Ação de respeitar os próprios valores; amor-próprio ou decência.

Na Constituição de 1988 encontramos elementos que irão subsidiar não só a dignidade da pessoa, mas também os direitos fundamentais, por exemplo, os elencados no Título II a matéria que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividido em cinco capítulos: CAPÍTULO I (Dos Direitos individuais e coletivos); CAPÍTULO II (Dos Direitos sociais); CAPÍTULO III (Da nacionalidade); CAPÍTULO IV (Dos Direitos políticos); CAPÍTULO V (Dos partidos políticos).

Dos Direitos individuais e coletivos: trata dos direitos relacionados à pessoa humana e à sua personalidade, como: à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade, que se encontram previstos no artigo 5º e seus incisos da constituição.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Dos Direitos sociais: Trata do dever do Estado em garantir as liberdades positivas aos indivíduos, com a finalidade de melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, relacionados a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia,

³ Dicionário Online de Português. Significado de Dignidade. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/dignidade/> Acesso em 01 de agosto de 2017.

o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Previstos no artigo 6º, observando-se ainda os artigos 7º, 8º, 9º, 10º e 11º da constituição.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos fundamentais do homem são aqueles que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos no ordenamento constitucional. Não se pode desconsiderar que os direitos fundamentais se solidificaram a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Já na antiguidade, através da religião e da filosofia, foram passadas algumas ideias acerca do que são direitos fundamentais. Tal contexto deixa entrever que o homem pelo simples fato de ser homem é titular de certos direitos naturais. Nessa linha de pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 41) ressalva que:

Essa fase costuma ser denominada de pré-história dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão.

No entanto, sabe-se que os direitos do homem, ou direitos fundamentais existem desde os primórdios e por serem direitos naturais da personalidade humana se caracterizam por terem, um valor próprio que, nasce na qualidade de valor natural. Na lupa de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 380):

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram caminho para necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza do homem.

Concernente ao registro de Direitos Fundamentais, merece menção os forais ou cartas de franquias, cuja prática se difundiu a partir da segunda metade da Idade Média. Entretanto, esses documentos não contemplaram direitos do homem, mas os direitos de comunidades locais ou de corporações.

No século XVII, a ideia contratualista e os direitos naturais do homem tiveram grande importância, pois neste período surgiram várias cartas de direitos assinadas pelos soberanos daquela época. Na ponderação de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 43):

Cumprir ressaltar que foi justamente na Inglaterra no século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância e, isto não apenas no plano teórico,

bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período.

Na história dos direitos fundamentais, as cartas de franquias tiveram uma grande relevância, pois foi através delas que houve o nascimento dos direitos individuais positivados. José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 380) salienta que "(...) a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215". Este advento da Carta é de suma importância, pois nela encontram-se, sinais históricos dos direitos fundamentais, a exemplo do devido processo legal e do *hábeas corpus*.

Concernente à origem dos direitos do homem, assevera Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 43), que:

[...] é o mais correto verificar a sua origem na Inglaterra, pois na verdade, a Magna Carta de 1215, como seu próprio nome indica foi à primeira declaração histórica dos direitos, embora incompleta. Mais tarde surgiram a Petição de Direitos de 1629 e a Lei de Hábeas Corpus de 1679, isto determinando a proteção contra as prisões arbitrárias e o direito de ser ouvido pelo juiz".

A Carta Magna surgiu na Inglaterra em 15 de junho de 1215, com o Rei João, também conhecido como João Sem-Terra. O rei assinou esta Carta com a condição da cessação de hostilidade dos barões que ocupavam Londres, com o propósito de protestar contra os abusos na cobrança de impostos. Conforme salienta Fábio Konder Comparato (1999, p. 59):

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o séc. XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso do rei francês, Felipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica. Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

A Magna Carta, embora não se possa dizer que suas normas se constituíram numa afirmação de caráter universal, é considerada como antecedente direto mais remoto, das Declarações de Direitos, cuja consagração como direitos fundamentais, demorou ainda alguns séculos.

Apesar de a referida Carta ter sido o marco inicial das declarações dos direitos do homem, ela não teve caráter universal, em virtude, de que foi elaborada,

especialmente, para atender as necessidades locais de um povo, quais sejam, dos bispos, dos barões, da burguesia e do alto clero inglês.

Consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 11 e 12) "(...) essa Carta não se preocupa com os direitos do Homem, mas sim com os direitos dos ingleses, *decorrentes da imemorial law of the land*", (lei da terra), quer dizer em outras palavras que, a respectiva Carta nasceu, com o propósito de solucionar um problema temporário entre o Rei João Sem-Terra e seus súditos que o ameaçavam de não mais pagar impostos caso não tivessem seus direitos devidamente formalizados.

A *Magna Carta Libertatum*, de 1215, entre outras garantias previa a liberdade da igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal, livre acesso à justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país. Ainda no parecer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 12)

Note-se que a Magna Carta aponta a judicialidade um dos princípios do Estado de Direito. De fato, ela exige o crivo do juiz relativamente à prisão do homem livre. Está no seu item 39, que nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojados dos seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja.

Com isso implicitamente, pela primeira vez na história, o rei também se encontrava, naturalmente, vinculado e porque não dizer subordinado ou adstrito às próprias leis que editava, tendo que suportar a norma que ele mesmo criou.

Assim, se a Carta Magna contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, ela já trazia em si, como salientado por Fábio Konder Comparato (1999, p. 65):

[...] o germe de sua destruição, em longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu, justamente no fato da declaração régia conhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres - a nobreza e o clero - independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificado por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, mas também por direitos subjetivos dos governados.

Dentro deste prisma, cabe mencionar, a *Petition of Right* de 07 de junho de 1628, que é uma das tantas declarações de direito do século XVII, firmada por Carlos I. Para enfatizar esta posição Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 43):

[...] há que referir o pensamento de Lord Edward Coke (1552 - 1634), de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Right* de 1628, o

qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de fundamental rights dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade, que se incorporou ao patrimônio do pensamento individualista burguês.

A *Petition of Rights*, previa expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer favor, empréstimo e, muito menos, pagar taxa sem a aprovação de todos, devidamente, manifestado por ato no parlamento. E, que ninguém seria obrigado a prestar e responder juramento, ou ainda, fazer algum trabalho, encarcerado, ou de qualquer forma, em virtude de tais tributos ou da recusa em pagá-los. Esse documento preceituava também, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.

O *Habeas Corpus* ressurgiu com o parlamento inglês, que quase na sua totalidade eram representados por protestantes. Estes procuraram por todos os meios cabíveis limitar o poder real, esse poder era de prender os opositores políticos sem submetê-los a um processo criminal legal. Afirma ainda Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 47), que:

Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades, em que pese à limitação do poder monárquico, não vinculam o parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. Ressalta-se, por oportuno, que esta fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente a condição de direitos consagrados nas constituições escritas.

Desta forma observa-se que o fator racional na evolução histórica teve uma grande, colaboração para a emanção deste dentro da ordem jurídica.

Os Direitos Fundamentais caracterizam-se pela: Historicidade, Inalienabilidade, Imprescritibilidade e Irrenunciabilidade.

Na colaboração de José Afonso da Silva (2002, p. 181), eis as características dos Direitos Fundamentais, que são de grande relevância no que tange ao tema abordado:

a) **Historicidade:** são históricos como qualquer outro direito, nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa. Sua fundamentação primata está baseada no Direito Natural e na essência do homem ou na natureza das coisas; b) **Inalienabilidade:** São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial, se a ordem Constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis; c) **Imprescritibilidade:** Eles nunca perdem sua validade por prescrição, pois esta é um instituto jurídico que

somente atinge a exigibilidade dos Direitos patrimoniais, não os Direitos personalíssimos ou individuais; d) **Irrenunciabilidade**: Não se renunciaram Direitos Fundamentais, alguns podem até não ser exercidos, mas nunca renunciados.

Essas, portanto são as principais características dos Direitos fundamentais, uma vez que estes direitos vão além da vontade da pessoa dispor ou não deles.

No próximo tópico discorrer-se-á sobre a aplicação das penas segundo os princípios da Constituição Federal Brasileira de 1988.

1.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DAS PENAS

De acordo com que leciona Cleber Rogério Masson (2011, p. 22), “no Direito Penal, os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos”.

Destarte assim, que a Constituição Federal, além de assegura instrumentos basilares de uma sociedade democrática, faz diversos apontamentos com intuito de preservar a Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, tanto que ficou conhecida como Constituição Cidadã.

Estando a dignidade consubstanciada na Constituição de 1988, como um dos principais direitos fundamentais, com elementos que irão assegurá-la como direito fundamentais da pessoa e da personalidade, compreendendo-se que estamos em um Estado Democrático de Direito em que a proteção a dignidade humana aparece como uma matéria fundamental, na sua organização. Conforme o artigo 1º da constituição.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Com base na Constituição é importante ressaltar quanto a outros dispositivos indispensáveis acerca da dignidade.

Aprimore o artigo 3º mostra os objetivos fundamentais tratando da liberdade, da pobreza e do preconceito e discriminações, ou seja, há uma compreensão de que esses elementos são fatores essenciais na formação de uma sociedade que preza e valoriza a dignidade humana.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 5º, caput, estabelece a igualdade de todos perante a lei, e de seus incisos, extrair-se-á diversos princípios, tais como: Princípio da legalidade, artigo 5º, II e XXXIX, CF; Princípio da individualização da pena, artigo 5º, XLV, CF; Princípio do In Dubio Pro Reo, artigo 5º, LVII, CF.

Outros dois princípios relevantes ao tema da pesquisa são o Princípio da dignidade humana, com fulcro no artigo 5º, III, CF, ao dispor que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e o princípio da proporcionalidade da pena que segundo Dámasio de Jesus (2011, p. 53):

Chamado também “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

Embora essa analogia tenha sido feita pressupondo apenas a Constituição, o Código Penal e os demais códigos e normas pertinentes a matéria tratam o tema com uma grande importância.

2. PENA

O Estado detém o caráter punitivo na aplicação da pena, sendo esta a privação ou restrição aplicada ao apenado, neste sentido Cleber Rogério Masson (2011, p. 538), leciona, que pena:

[...] é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de

castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.

Portanto, a pena tem por finalidade castigar, readaptar o condenado ao convívio social e intimidar a sociedade a fim de evitar a prática de crimes ou sua reincidência.

2.1. A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

É importante destacar que a história do Direito penal de maneira ampla acompanha a evolução da humanidade e seus povos, tal característica é também observada com a História do Direito Penal Brasileiro, pois a medida que a sociedade evolui surgem novas concepções sociais, neste sentido Cleber Rogério Masson (2011, p. 53) afirma “... que a história da pena e, conseqüentemente, do Direito Penal, embora não sistematizado, se confunde com a história da própria humanidade”.

2.1.1 Período Colonial

Com a colonização do Brasil por Portugal, o Direito Português passou a vigorar na colônia, esse período foi marcado pelas ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, o que segundo Cleber Rogério Masson (2017, p. 66):

A partir de 1500, com o descobrimento do Brasil, passou a vigorar o Direito lusitano, aplicando-se sucessivamente:

1) Ordenações Afonsinas: Promulgadas em 1446, por D. Afonso V, vigoraram até 1514, e apresentavam conteúdos do Direito Romano de Justiniano e do Direito Canônico.

2) Ordenações Manuelinas: Editadas em 1514, por Dom Manuel, o Venturoso. Pouco se diferenciavam das Ordenações Afonsinas, em que as penas também eram crudelíssimas. Correspondiam ainda à fase da vingança pública. Como no território pátrio existiam as denominadas capitânicas hereditárias, o Direito era aplicado pelos respectivos donatários.

3) Ordenações Filipinas: Datadas de 1603, em razão de medida do Rei Filipe II, subsistiram até o ano de 1830. Mantiveram as características das Ordenações anteriores (penas cruéis e desproporcionais, arbitrariedade dos julgadores, inexistência do princípio da legalidade e da defesa etc.).

A matéria penal era regulamentada pelo Livro V, e foi sob a égide desse ordenamento que Tiradentes foi executado, estendendo as consequências penais de seu comportamento também aos seus descendentes. Não se respeitava o princípio da personalidade da pena, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção penal a ser aplicada, bem como sequer tinha o delinquente direito de defesa, e predominava a desigualdade de classes em relação ao tratamento punitivo (fidalgos, cavaleiros, escravos etc.).

Marcadas pela fase da vingança pública, todas se orientavam no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições, as quais objetivavam infundir o temor pela punição. Além do predomínio da pena de morte, eram usadas outras sanções bárbaras e infamantes, como o açoite, a

amputação de membros, o confisco de bens, as galés (eram aplicadas como comutação da pena de morte, ou, em grau mínimo, para os crimes de perfuro, pirataria ou de ofensa física irreparável da qual resultasse aleijão ou deformidade). Os punidos pelas galés deviam andar com calceta no pé e corrente de ferro, além de serem obrigados a trabalhos públicos e ao degredo (consiste na fixação de residência em local determinado pela sentença).

Desse período, extrai-se como característica a vingança pública, com severas punições, inclusive a pena de morte, com intuito de obstar o cometimento de crimes.

2.1.2. Código Criminal do Império

De acordo com Cleber Rogério Masson (2011, p. 66) houve a elaboração do primeiro Código Penal independente da América Latina, por determinação do “artigo 179, XVIII, da Constituição de 1824 determinou a urgente e necessária elaboração de um Código Criminal, “fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade””.

Destarte salientar outros aspectos positivos desse período, como a abolição de penas severas, preservando a dignidade e personalidade da pessoa humana, conforme leciona Cleber Rogério Masson (2011, p. 67)

Dispunha a Constituição de 1824 em seu art. 179, XIX: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”,

E no item XX do mesmo dispositivo: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso alguma confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja”, Foi a primeira manifestação do princípio da personalidade da pena no Brasil. Apesar disso, eram permitidas as penas de morte na forca, de galés, de trabalhos forçados, de banimento, degredo e desterro.

Entre as grandes inovações, consagrou-se no art. 55 do Código Criminal do Império o sistema do dia-multa. Nada obstante as características positivas, não foi definida a figura da culpa e imperava a desigualdade, principalmente em relação aos escravos, que, aliás, eram equiparados a animais, e, portanto, considerados como bens semoventes.

Portanto, nesse período já se vislumbra uma evolução em nortear princípios elementares assegurados atualmente em nossa carta magna.

2.1.3. Período Republicano.

Com a instituição da República, João Batista Pereira ficou responsável pela criação do projeto do novo Código Penal, que foi aprovado e publicado em 1890, ou seja,

antes da Constituição de 1891, contudo devido a velocidade ao qual foi elaborado, restou diversas falhas e com inúmeros equívocos, face aos avanços e tendências mundiais que emanavam da tendência positivista. Além disso, era imensa e com grande número de leis extravagantes, e por fim concentraram na Consolidação das Leis Penais, de Vigente Piragibe, promulgada em 1932 (Masson, 2011, p. 67).

Foi durante o Estado Novo, em 1937 que foi apresentado o projeto do Código Penal que está em vigor até os dias atuais, o mesmo foi sancionado em 1942 e entrou em vigor no ano de 1942, assim segundo Cleber Rogério Masson (2011, p.p. 66 e 67):

Durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Penal brasileiro, o qual foi sancionado em 1940, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, alterado por diversas leis contemporâneas, tais como a Lei 6.414/1977, atualizando as sanções penais, e a Lei 7.209/1984 — Reforma da Parte Geral do Código Penal. A reforma da Parte Geral humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir o sistema de dias-muita. Em 1969 foi aprovado o Projeto de Nelson Hungria para criação de um novo Código Penal. Entretanto, deu-se sua revogação quando ainda se encontrava em *vacatio legis*.

2.2. FINALIDADE DA PENA

A pena deve ser proporcional à sua reprovação e prevenção, ao ponto que a conduta reprovável do agente se reflita na pena aplicada, bem como prevenir futuras práticas criminais, o que segundo Rogério Greco (2017, p. 196):

Nosso Código Penal, por intermédio de seu art. 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

De acordo com Damásio de Jesus (2011, p. 563) a pena tem caráter preventivo podendo classificando-se em prevenção geral ou especial.

Tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção é:
a) geral;
b) especial.
Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes.
Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

Esta teoria resta evidenciada no Código Penal, no artigo 59 e o §5º do artigo 121, “O juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Outra teoria encontrada no Código Penal, é a teoria retributiva que também encontra-se elencada no artigo 59 do Código Penal, in verbis:

Artigo 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Portanto, deve-se destacar que a teoria adotada pelo Código Penal, consiste na teoria mista, fundado na teoria de reprovação e de retribuição conforme o texto dado pelo o artigo 59 do Código, nesse sentido Rogério Greco (2017, p. 198) leciona que:

[...] a parte final do caput do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.

2.3. ASPECTOS LEGAIS DA PENA

Conforme supracitado, a pena deve ser aplicada proporcionalmente à sua reprovação e também de modo a prevenir futuras prática criminais, sendo uma sanção penal imposta pelo Estado, após o devido processo penal, assim leciona Soler apud Damásio de Jesus (2011, p. 563):

Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

Portanto, é necessário que as penas ocorram conforme dispostas em lei, contudo resguardando o caráter principiológico para este, sobretudo para assegurar ao apenado os Direitos Constitucionais a ele garantidos, assim qualquer reforma no texto legal ocorrerá em observância a estes princípios e garantias.

Cabendo ressaltar que, o atual Código Penal teve o seu projeto apresentado em 1937 por Alcântara Machado, o mesmo foi sancionado em 1942 e entrou em vigor no ano de 1942, assim segundo Cleber Rogério Masson (2011, p.p. 66 e 67):

Durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Penal brasileiro, o qual foi sancionado em 1940, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, alterado por diversas leis contemporâneas, tais como a Lei 6.414/1977, atualizando as sanções penais, e a Lei 7.209/1984 — Reforma da Parte Geral do Código Penal.

Conforme apresentado em tópicos anteriores o Código Penal Brasileiro assume uma teoria mista para aplicação da pena, figurando o caráter retributivo e preventivo, não permitindo que a pena seja aplicada de maneira superior ao crime cometido, superando a historicidade da pena desde a colonização do Brasil.

A não permissão de penas mais severas é consolidada no artigo 32 do Código Penal, ao trazer expressamente que são admitidas somente as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

Nessa lógica, mas tendo como referência o tema constitucional, Cleber Rogério Masson (2011, p. 548), explica que:

A classificação constitucional das penas está definida pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal. O rol é exemplificativo, pois se admitem, dentre outras,

as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Por outro lado, não são permitidas penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Nesse sentido é importante destacar que a aplicação legal da pena visa a manutenção de princípios norteadores da dignidade da pessoa humana e de Direitos Fundamentais, sendo assim, Damásio de Jesus (2011, p. 564) leciona que as penas possuem as seguintes características “a) é personalíssima, só atingindo o autor do crime (Const. Federal, art. 5.º, XLV); b) a sua aplicação é disciplinada pela lei; c) é inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação; d) é proporcional ao crime”.

Por conseguinte, ressalta-se que a abolição de penas severas e cruéis, é um reflexo na evolução histórico social no âmbito legal da aplicação da pena, sendo um reflexo da preservação, manutenção e seguridade de princípios constitucionais, que são elementares da sociedade.

3. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

3.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

No início deste tópico o objetivo é aclarar alguns aspectos e conceitos sobre a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, e nesse sentido Damásio de Jesus (2012, p.572) menciona que:

[...] a LEP, em seu art. 52, institui o regime disciplinar diferenciado (RDD), que consiste na obrigação de o preso (definitivo ou provisório) ser recolhido em cela individual, limitando-se suas saídas diárias e visitas semanais. Aquelas poderão ter até duas horas para banho de sol e estas permitem até duas pessoas (sem contar crianças) e não poderão ultrapassar duas horas. A imposição desse regime depende de decisão do juiz das execuções penais e poderá ter lugar, de acordo com a norma legal, sempre que ocorrer “a prática de fato previsto como crime doloso”, que provoque “subversão da ordem ou disciplina internas”. Também ficam sujeitos ao regime o preso que apresentar “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e aquele sobre o qual recaiam “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Ainda sobre o RDD, Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 116) destaca que o Regime Disciplinar Diferenciado:

[...] não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei".

A Lei de Execuções Penais traz no seu bojo as causas de incidências e as características do Regime Diferenciado que foram incluídas pela Lei nº 10.792, de 2003, conforme o art. 52 LEP, *in verbis*:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

Portanto o Regime Disciplinar Diferenciado pode ser entendido como sanção disciplinar ou cautelar, caracterizado por maior grau de isolamento e restrições de contato do apenado com o mundo exterior, sendo uma espécie penal carcerária especial que se diferencia dos regimes penais fechado, semiaberto e aberto. Este foi introduzido pela Lei 10.792/2003 que alterou a Lei de Execuções Penais - LEP e o Código de Processo Penal - CPP, e consta do art. 52 da LEP.

3.2. PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Após o cometimento da falta do detento será instaurado o procedimento para a apuração da aplicação da sanção, assegurando-se o direito a defesa, podendo a autoridade administrativa decretar o isolamento preventivo por até dez dias,

computando-se esse período de cumprimento da sanção disciplinar, conforme os artigos 59 e 60 da LEP, in verbis:

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

De acordo com o artigo 54, § 2º LEP, “a decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias”.

Assim, salienta-se que embora a autoridade administrativa possa de maneira cautelar decretar o isolamento do apenado, esta não poderá ultrapassar o período de 10 dias, para tanto exige-se que a decisão judicial e as manifestações sobre a inclusão do preso nesse regime ocorra em até 15 dias, afim de evitar arbitrariedade da autoridade.

Cumprir dizer que o procedimento e aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado ocorreram de maneira que não causem prejuízos ao apenado.

3.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO RDD

É importante ressaltar que a inconstitucionalidade ocorrerá em razão de diversos valores constitucionais, cabendo portanto a fundamentação legal elencada nesses valores e princípios supracitados, nesse diapasão, ao lecionarem sobre a conformação e limitação do Direito a petição Gilmar Mendes e Paulo Gustavo (2014, p. 465) ressaltam que:

Controversas revelam-se algumas medidas adotadas em relação a pessoas submetidas a determinados regimes, como os presos em regimes carcerários de segurança máxima, que podem ficar proibidos de comunicação com o exterior por determinado período.

Trata-se de um tema, contudo, que, até o presente momento, não foi apreciado, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal. Em casos como esse, a eventual ofensa ao direito de petição há de ser contemplada em face de outros valores constitucionais em conflito.

Ainda segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo (2014, p. 163), “Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador”, mostrando a importância da eficácia da aplicação dos Direitos Fundamentais mesmo diante a iniciativa do legislador, nessa lógica os autores lecionam:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles. (2014, p. 164)

Nesse sentido, é importante salientar que para defender a hipótese lançada na presente pesquisa, serão utilizados entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e legais, já no primeiro momento destaca-se a posição firmada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, concederam, por votação unânime, o Habeas Corpus (HC) 118494, cujo relator foi o Ministro Roberto Barroso, que ressaltou a:

...desproporcionalidade da determinação de incluir-se em regime disciplinar diferenciado o condenado que, administrativa e judicialmente, teve seu comportamento prisional avaliado positivamente, em duas oportunidades subsequentes à falta disciplinar, justifica a superação do entendimento da Súmula 691, do Supremo Tribunal Federal.

Destarte assim, que a repercussão da decisão do julgamento desse Habeas Corpus teve um efeito positivo na busca pela preservação de Direitos e Princípios basilares da Constituição Cidadã, nesse sentido verifica-se a ementa desta importante decisão:

EMENTA: HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O entendimento consolidado na Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal é excepcionado nos casos de evidente ilegalidade ou abuso de poder, de decisões de Tribunal Superior manifestamente contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou teratológicas. 2. É inadmissível a inclusão de condenado em regime disciplinar diferenciado por falta disciplinar anterior à concessão de livramento condicional. 3. Ordem concedida. (Brasil, STF, 2013, HC 118494)

Ainda nesse sentido e de maneira mais clara e objetiva cumpre apresentar texto disponível no site do STF, que relata esta importante decisão.

1ª Turma concede HC para impedir condenado de cumprir regime disciplinar diferenciado.

É inadmissível a inclusão de condenado em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) por falta disciplinar cometida anteriormente à concessão de livramento condicional. Com esse entendimento, os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concederam, por votação unânime, o Habeas Corpus (HC) 118494, para impedir que L.H.S. cumpra regime disciplinar diferenciado. Ele foi condenado ao cumprimento da pena de cinco anos e seis meses de reclusão pelo delito de tráfico de drogas, em regime inicial fechado.

O HC foi impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo (DP-SP) contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que determinou que o condenado fosse incluído no RDD, pelo prazo de 60 dias, em razão de tumulto generalizado no interior da unidade prisional, ocorrido em 5 de abril de 2011, que teve início com confusão envolvendo o condenado, que se encontrava embriagado, e agente penitenciário. Após esse episódio, L.H.S. permaneceu preso e, em seguida, recebeu o livramento condicional por ter cumprido uma fração da pena. Posteriormente, quando o condenado já em liberdade condicional, foi reconhecida a ocorrência da falta grave, tendo sido revogado o livramento condicional para colocar L.H.S. em regime mais gravoso, o RDD.

O relator do processo, ministro Roberto Barroso, concedeu liminar no dia 12 de agosto de 2013 para suspender a inclusão do condenado em regime disciplinar diferenciado. Na sessão desta terça-feira (26) da Primeira Turma do STF, o relator votou no sentido de tornar definitiva a liminar, tendo sido seguido por unanimidade dos votos.

Segundo ele, o juízo competente informou que o condenado tem cumprindo adequadamente as condições da liberdade condicional. “Na minha opinião, seria um absurdo tirar esse homem da liberdade condicional e colocá-lo de volta no sistema em RDD”. O relator destacou que, embora fosse hipótese de incidência da Súmula 691, o caso era “totalmente incomum” e, por isso, concedia a ordem. Ao votar, o ministro Luiz Fux comentou que “o sistema foi o culpado de ter decidido lá na frente um fato que teria que ser analisado antes”. (Brasil, STF, 2013)

Outra importante referência para aclarar a discussão sobre o tema, se faz em torno da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, número 4.162, no ano de 2003, ainda em análise no Supremo Tribunal Federal.

A instituir, nesses termos, o “Regime Disciplinar Diferenciado” (RDD na execução da pena, a Lei de Execução Penal (na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 10.792/2003), violou diversas regras e princípios da Constituição Federal. (Brasil, STF, ADI 4162/2003)

De acordo com Kuehne apud Santos (2015, p.p. 32-33) o Conselho Nacional de Política Criminal se manifestou quanto a sua inconstitucionalidade e nos termos do artigo 61, inciso I da LEP. Quando do surgimento do projeto de lei n.º 5073/2001, que posteriormente se transformou na Lei n.º 10.792/2003.

Manifestação datada de 14 de abril de 2003:

[...] De pronto, ressalta que o Regime Disciplinar Diferenciado agride o primado da ressocialização do sentenciado, vigente na consciência mundial desde o iluminismo e pedra angular do sistema penitenciário nacional, inspirado na Escola da Nova Defesa Social. A LEP, já em seu primeiro artigo

traça como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, a qual é indissociável da efetivação da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária a Constituição Federal.

[...] O cumprimento de pena em que apenas é exercido o castigo, sem que o isolamento social contribua, de alguma forma, para que o sentenciado retorne à sociedade de forma produtiva e harmônica, é o exercício puro e simples da vingança social, o qual não mais é admitido pelo ordenamento jurídico, revelando a crueldade da aplicação da pena. No mesmo sentido, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, aprovadas pela Resolução do CNPCP 14, de 11.11.1994, proíbem toda punição de natureza cruel, desumana ou degradante.

[...] Esse tipo de regime, conforme diversos estudos relatam, promove a destruição emocional, física e psicológica do preso que, submetido ao isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves.

[...] Sob a aparência de mera aplicação de sanção disciplinar mais rígida, na verdade se está criando uma nova modalidade de cumprimento de pena, a que se poderia chamar de “regime fechadíssimo”, no qual não há possibilidade de trabalho, educação ou qualquer forma de terapia. Note-se, ainda, que a textura aberta das hipóteses para aplicação do RDD viola o princípio constitucional da legalidade penal – expressamente encampada pelo art. 45 da LEP no tocante à aplicação de sanção disciplinar –, o que não pode ser tratado de maneira formal. A tipicidade legal exige que a norma contenha uma previsão hipotética de comportamento de razoável precisão, sem o que se deixa ao aplicador (em geral funcionário do sistema carcerário) o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma dada conduta. Somente um sistema criminal que primasse pelo arbítrio poderia admitir tipos tão imprecisos quanto o “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal”, sem que se explicita qual ou quais condutas implicariam o referido “alto risco”.

[...] Assim, tendo em vista que o texto em apreço contraria os princípios fundamentais de política penitenciária expressos na Constituição Federal, nos Tratados Internacionais, na Lei de Execução Penal e nas Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária adotadas por este Conselho, atentando contra a saúde mental dos sentenciados e, por fim, não contribuindo para a produção de um sistema carcerário mais seguro, a médio e longo prazos, à luz da experiência internacional, este Conselho vem se manifestar pela rejeição do Substitutivo ao Projeto de Lei 5.073/01, no tocante às normas que alteram a Lei de Execução Penal, para incluir o RDD, já aprovado pela Câmara dos Deputados, recomendando ao Sr. Ministro da Justiça que oriente ao Sr. Presidente da República a vetar tais dispositivos, na hipótese de sua aprovação pelo Congresso Nacional. Entende este Conselho que a firme aplicação da LEP, de forma ampla e completa, é suficiente para criar um meio carcerário seguro e que contribua para a integração social do condenado da forma desejada e consentânea com o marco legal vigente.

A aplicação desse instituto é inconstitucional a medida que é desproporcional a pena e fere os Direitos e garantias Fundamentais, que conforme supracitado nesta pesquisa caracterizam-se pela: Historicidade, Inalienabilidade, Imprescritibilidade e Irrenunciabilidade.

Portanto o Regime Disciplinar Diferenciado, é considerado inconstitucional por ser uma modalidade de pena cruel, ferindo desta forma o dispositivo constitucional expresso no artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, e ainda destoando de outros norteadores Constitucionais que visam a preservação da Dignidade Humana, os Direitos Humanos, e integridade Física e Moral elencados no artigo 1º, inciso III, artigo 4º, inciso II e artigo 5º, inciso XLIX ambos da Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais do homem são aqueles que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos no ordenamento constitucional. Se tratando da Constituição Federal da República Federativa do Brasil que também é conhecida como Constituição Cidadã, por preservar Direitos indissociáveis da pessoa humana, é possível considerar que os direitos fundamentais se solidificaram a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

A aplicação legal da pena tem caráter com o objetivo retributivo e preventivo e visa a manutenção de princípios norteadores da dignidade da pessoa humana e de Direitos Fundamentais, sendo ela: personalíssima, disciplinada pela lei, inderrogável e proporcional ao crime. Por conseguinte, ressalta-se que a abolição de penas severas e cruéis, é um reflexo na evolução histórico social no âmbito legal da aplicação da pena, sendo um reflexo da preservação, manutenção e seguridade de princípios constitucionais, que são elementares da sociedade.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi introduzido pela Lei 10.792/2003 e consiste em sanção disciplinar ou cautelar, caracterizado por maior grau de isolamento e restrições de contato do apenado com o mundo exterior, sendo uma espécie penal carcerária especial que se diferencia dos regimes penais fechado, semiaberto e aberto. Sendo um instituto a aplicação de uma sanção disciplinar mais rígida.

Diante exposto, conclui-se que o Regime Disciplinar Diferenciado caracteriza-se como inconstitucional, por ferir princípios basilares da dignidade da pessoa humana, vez que a aplicação da sanção mais severa implica em perda de Direitos da qualidade de humano, Direitos estes que são expressos na Constituição Federal.

Portanto a adoção deste instituto viola a Constituição Federal, por restringir os Direitos do apenado, denegando a esse Direitos Fundamentais e a Dignidade Humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal - Vade Mecum Saraiva Compacto. Edição 22^a. editora Saraiva. São Paulo. 2016.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Petição inicial ADI nº 4162/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1^a Turma concede HC para impedir condenado de cumprir regime disciplinar diferenciado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254484>. Acesso em 15 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118494 - HABEAS CORPUS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=118494&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 15 de maio de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5^o ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Dicionário Online de Português. Significado de Dignidade. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/dignidade/> Acesso em 01 de agosto de 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 201

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 11º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. Direito penal. v.1: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquematizado - Parte geral. - vol. 1. 4º ed. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. Editora Atlas. 11ª Edição 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.