

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD): (IM) POSSÍVEIS RELAÇÕES COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Julian Dias Guatimozim¹

RESUMO: A pesquisa visa analisar as relações entre o RDD – Sanção disciplinar criada pela Lei Federal nº 10.792/03 - e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com o propósito de abrir discussão sobre o cumprimento por parte de nosso país acerca das diretrizes sobre o tratamento do indivíduo preso. A pesquisa traz os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Humanidade das Penas e Proporcionalidade, demonstrando a força jurídica de cada um deles dentro da execução penal. Igualmente, visa analisar as características do RDD. No seguimento, é feito um confronto entre o RDD, os Direitos Humanos e os Princípios Constitucionais, a fim de constatar se a execução penal tem realmente atingido o seu propósito, que é a ressocialização.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado. Direitos Humanos Internacionais. Princípios Constitucionais. Execução Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regime Disciplinar Diferenciado – antecedentes e natureza jurídica. 3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Princípios Constitucionais Penais. 4. O Regime Disciplinar Diferenciado e a (in)compatibilidade com os Direitos Humanos e os Princípios Constitucionais. 5. Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a Lei 10.792/03 – que institui o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, a fim de que se possa buscar uma resposta à questão principal deste trabalho, ou seja, se há compatibilidade entre o Regime e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a Dignidade Humana, a Humanidade das Penas e o Princípio da Proporcionalidade.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito pela Universidade Ritter dos Reis. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal com ênfase na Segurança Pública pela Universidade Ritter dos Reis. Advogado.

A Lei 10.792/03 inclina-se para a violação dos Princípios Constitucionais Penais e dos Tratados de Direitos Humanos, pois reduz as garantias dos indivíduos presos, em prol do controle carcerário. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a base de um Estado Democrático de Direito, fundamento de nosso país, não podendo se admitir uma norma que confronte o objetivo do Estado, que é a manutenção e a efetivação dos Direitos Humanos.

O Estado quando submete o ser humano a redução de garantias, ele deixa de ser um garantidor de direitos e passa a ser um violador. Ou seja, o Estado viola garantias fundamentais dos indivíduos em prol do controle do estabelecimento penitenciário ou da sociedade. Seguindo nessa linha de raciocínio, podemos notar que o Estado possui um sistema penitenciário descontrolado e pretende corrigir seus próprios erros agindo de forma truculenta, sacrificando direitos acreditando que agora irá controlar o sistema.

Em relação aos Tratados Internacionais, o Regime Disciplinar Diferenciado também parece atuar em confronto, pois existem regras mínimas aplicáveis aos indivíduos presos, que devem ser seguidas por todos os Estados. Uma das recomendações mais importantes é a de que o preso deve manter contato com o mundo exterior, através de meios de comunicação e contato com pessoas, não os excluindo da sociedade.

Já no Regime imposto esse contato externo não ocorre, pois a própria Lei prevê o bloqueio do acesso à informação através dos meios de comunicação, bem como restringe o número de visitas e principalmente o tempo de duração de saída da cela, configurando assim, uma violação aos Tratados Internacionais e recomendações mínimas com relação ao tratamento dos presos.

No tocante à finalidade da pena, que deve ter a função de ressocialização, temos outro confronto do Regime Disciplinar Diferenciado. Pois não há possibilidade de se falar em devolver o indivíduo ressocializado à sociedade aplicando o Regime.

Não há benefícios ao condenado, pelo contrário, o Regime Disciplinar não oferece possibilidades de recuperação, pois além das condições subumanas das penitenciárias brasileiras, ele consegue limitar ainda mais as condições dentro do estabelecimento prisional, visto que o RDD sujeita

o preso ao recolhimento em cela com saída de apenas duas horas por dia para banho de sol, por um período de até trezentos e sessenta dias, podendo ser estendido por um período bem maior.

Sendo assim, nota-se que o Regime Disciplinar Diferenciado tem a sistemática do isolamento do apenado, causando-lhes diversas consequências psíquicas, que não deixa de ser uma forma de tortura, tornando ineficaz o objetivo da pena, que é a ressocialização, descumprindo garantias fundamentais e recomendações de Direitos Humanos.

Diante disso, se faz necessário o estudo da relação do Regime com os referidos tratados e princípios, visto que em nossa Constituição Federal há a vedação de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante, seguindo as diretrizes Internacionais de Direitos Humanos.

O primeiro capítulo traz o Regime Disciplinar Diferenciado, explicando seus antecedentes e sua natureza jurídica, tornando claro que o Regime não é mais uma espécie de regime de execução, mas sim um instrumento sancionatório, que se dá dentro da execução da pena. Além disso, o mesmo capítulo apresenta suas características peculiares.

O segundo capítulo destina-se a apresentar os Tratados Internacionais relativos aos Direitos Humanos, conceituando-os e explicitando seu impacto normativo no Direito interno, verificando como o Direito brasileiro se adéqua às normas internacionais, no sentido de respeitar e fazer que se respeitem essas diretrizes, que são a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Em outro ponto, o mesmo capítulo aponta alguns dos princípios penais, salientando a posição e importância de cada um deles, bem como sua força jurídica, frisando o quanto importante são e que a violação de um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer, pois eles são norteadores de todo o sistema, servindo de ponto base para o Direito Penal.

Ainda no mesmo capítulo, é feito um possível confronto entre o Regime e os Direitos Humanos, o Regime e a Dignidade Humana, a Humanidade das Penas e a Proporcionalidade, trazendo os pontos que colidem com cada referido Tratado e Princípio, para que possamos verificar se há ou não incompatibilidade entre eles.

2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – ANTECEDENTES E NATUREZA JURÍDICA

No ano de 2001 ocorreu uma megarrebelião no Estado de São Paulo envolvendo 29 (vinte e nove) unidades prisionais, os principais motivos da rebelião eram as más condições carcerárias e o descontentamento com a remoção de líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC) para o interior do Estado, inclusive para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, onde as regras disciplinares eram severas e os presos que lá se encontravam permaneciam por até 23 (vinte e três) horas isolados em uma cela².

Em “resposta” à rebelião e à pressão midiática, a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo editou duas Resoluções que dariam início ao Regime Disciplinar Diferenciado. A Resolução SAP/SP 26³, em seu Artigo 1º, define que o RDD deverá ser aplicado aos líderes e integrantes de facções criminosas, bem como aos presos que necessitem tratamento específico (?). Outra definição relevante do Artigo primeiro da mesma Resolução é a de que o Regime seria próprio de apenas algumas unidades prisionais, ou seja, não poderia ser aplicado em todas as unidades do Estado.

O tempo máximo de permanência no RDD era de 180 (cento e oitenta) dias, porém, se fosse a segunda inclusão no Regime, poderia permanecer por 360 (trezentos e sessenta dias), devendo o preso ter o “benefício” de no mínimo 1 (uma) hora por dia de banho de sol e 2 (duas) horas por semana para visitas, conforme Artigos 4º e 5º da Resolução⁴.

Logo em seguida, no ano de 2002, foi editada a segunda Resolução, a SAP/SP 49⁵, cujo objetivo seria regular as visitas dos familiares e as entrevistas com os advogados dos presos que estariam em Regime Diferenciado. A regulação de visitas seria na verdade uma restrição, visto que se estaria diminuindo o número de visitantes e o tempo de permanência com o preso.

² Carvalho, Salo De; Freire, Christiane Russomano; *Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro*. In: Carvalho, Salo De. (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.p.272

³ São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 026 de 4 de Maio de 2001. Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado.

⁴ São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 026 de 4 de Maio de 2001. Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado.

⁵ São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 49 de 17 de Julho de 2002. Disciplina o direito de visita e as entrevistas com Advogados no Regime Disciplinar Diferenciado.

Em relação à “regulação” das entrevistas com os advogados, a Resolução 49 trazia outra restrição grave, pois as visitas deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento perante a Direção do Estabelecimento, para que este, no prazo de 10 (dez) dias, designasse a data e horário certos para que o advogado entrasse em contato com seu cliente⁶.

Ainda em 2002, a Secretaria da Administração Penitenciária editou mais uma Resolução, agora a SAP 59⁷, esta que por sua vez cria o Regime Disciplinar Especial, aplicável somente no Centro de Detenção de Hortolândia (São Paulo). A novidade que o RDE traz é a aplicação aos presos provisórios e não somente aos condenados, como a Resoluções anteriores previam.

Além disso, a SAP 59 amplia o rol de condutas para o enquadramento no RDE, tais como: Tentativa de fuga, subversão da ordem ou da disciplina e a prática de fato prevista como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento.

No Estado do Rio de Janeiro, ainda no ano de 2002, ocorreu uma rebelião no presídio Bangu I, situação que levou a Secretaria de Segurança a importar o RDE (Regime Disciplinar Especial) do Estado de São Paulo, só que agora criado através da Resolução SEJ/GAB Nº 13 de 2002, instituindo o Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES), aplicando-se a todos os presídios do Estado, bastando o Diretor efetuar o requerimento para inclusão do preso no referido Regime⁸.

Após as iniciativas das Secretarias de Segurança do Rio de Janeiro e de São Paulo e de forte pressão da mídia, havia grande cobrança para que fosse universalizado o regime disciplinar, de modo a alterar a legislação penal. E não foi diferente, em 1º de dezembro de 2003 foi sancionada a Lei 10.792⁹ que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, Universalizando com força de Lei o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

6 Carvalho, Salo De; Freire, Christiane Russomano; *Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro*. In: Carvalho, Salo De. (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.p.274

7 São Paulo, Administração Penitenciária. Resolução SAP – 59 de 19 de agosto de 2002. Institui o Regime Disciplinar Especial no Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia).

8 Carvalho, Salo De. Freire, Christiane Russomano. *Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro*. In: Carvalho, Salo De. (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.p.274

9 BRASIL. Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003.

De acordo com Christiane Russomano Freire¹⁰, há três fatores que influenciaram a implantação do Regime Disciplinar na execução penal brasileira, seriam elas: O incremento punitivo global, a crise das ideologias e a crise estrutural do sistema carcerário. Em poucas palavras, o incremento punitivo global é um movimento punitivo que vem crescendo universalmente, produzindo um acréscimo na “clientela” do sistema penal e consequentemente criando obstáculos para os sujeitos saírem da condição de criminoso.

Seguindo a linha de raciocínio, a crise das ideologias significa que há um desgaste na ideia de reabilitação/ressocialização, reavivando a ideia de vingança e direito de punir, fundamentando-se na pena merecida. A autora afirma que com a crise e o abandono da ideia de reabilitação criam-se vácuos que automaticamente serão preenchidos por noções retributivas da pena, ou seja, quanto mais se pensar em merecimento de pena, menos espaço terá a ressocialização¹¹.

Conclusivamente, o terceiro fator que a autora apresenta é a crise estrutural no sistema prisional, onde nascem novos problemas a cada dia, como o crime organizado, as rebeliões e o aumento das mortes dentro das prisões. Segundo ela, o regime disciplinar diferenciado surge como punição simbólica, visto que serviria apenas para “maquiar” a incapacidade do sistema diante das questões estruturais nunca enfrentadas e resolvidas, apostando assim na inabilitação dos sujeitos para facilitar o controle¹².

No tocante à natureza jurídica, o referido Regime não é outra espécie de regime de execução como os regimes fechado, semiaberto e aberto, mas sim um instrumento sancionatório, voltado à maximização dos controles da população carcerária. Portanto, por se tratar de sanção disciplinar, o Regime Disciplinar para ser imposto depende de instauração de procedimento administrativo para a apuração dos fatos imputados ao custodiado¹³.

Conforme esclarecimento de Mirabete¹⁴, o RDD 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

¹⁰ Freire, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.p.136

¹¹ Freire, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.p.138

¹² Freire, Christiane Russomano. *Idem*, p.141

¹³ Boschi, José Antônio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. 7º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.291

¹⁴ Mirabete, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: Comentários à Lei 7.210 de 1984*. São Paulo: Atlas, 2004.p.116

um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e das restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida cautelar, nas hipóteses previstas em Lei.

2.1 CARACTERÍSTICAS PECULIARES

Em relação às características do RDD, temos os precisos termos do Artigo 52 da Lei de Execução Penal, estando elencada a conduta, o tempo de duração, o tipo de cela, o número e a duração das visitas e o tempo de permanência fora da cela. Além disso, o Artigo é taxativo ao mencionar que o Regime também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais e estrangeiros, desde que apresentem alto risco à sociedade e à segurança do estabelecimento penal.

Por último, mas não menos importante, o § 2º do mesmo artigo prevê a sujeição ao Regime o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas¹⁵.

Conforme disciplinado, o RDD possui as seguintes características: A duração máxima de 360 (trezentos e sessenta dias), sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, sendo imposto um limite máximo de até 1/6 da pena aplicada; O Recolhimento em cela individual; As visitas semanais de no máximo duas pessoas, com duração de até duas horas; A saída da cela por até 2 (duas) horas para banho de sol¹⁶.

Além dessas características, o cumprimento do Regime Disciplinar em estabelecimento prisional federal também possui as seguintes: uso de algemas durante as movimentações internas e externas, bem como a sujeição do preso à revista sempre que houver tais movimentações, inclusive em sua cela, conforme estabelece o Regulamento Penitenciário Federal em seu Artigo 58¹⁷.

Já o § 1º do artigo 52 da LEP, onde diz que poderá abrigar presos provisórios ou condenados, temos duas modalidades de Regime Disciplinar Diferenciado, vejamos¹⁸: A primeira modalidade é o RDD punitivo, este

¹⁵ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

¹⁶ Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal*. 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.73

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal.

¹⁸ Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.232

que decorre da prática de fato previsto como crime doloso e que ocasionem subversão da ordem e disciplina do regime interno.

Nos termos da Lei de Execução Penal, a imposição do RDD punitivo possui algumas exigências: A) Instauração de procedimento administrativo para a apuração dos fatos, visto que o Regime é sanção disciplinar e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento; B) Requerimento circunstanciado feito pelo diretor do estabelecimento; C) Manifestação do Ministério Público e da defesa; D) Prévio e fundamentado despacho do juiz competente;

A segunda modalidade é o RDD cautelar¹⁹: É aquele aplicável aos presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, conforme o § 1º do artigo 52 da LEP, bem como é aplicável àqueles cujo recaiam fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas, conforme explicita o § 2º do mesmo artigo.

Em síntese, podem ser incluídos do RDD: Na primeira hipótese o preso provisório ou condenado que praticar falta grave em fato previsto na Lei como crime doloso, desde que tal conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina do estabelecimento. Nota-se que não basta o cometimento de falta grave com fato de crime doloso, pois é necessário que haja subversão da ordem. Ou seja, é preciso que a conduta do preso “tumultue” a organização ou desobedeça as regras do estabelecimento²⁰.

Na segunda hipótese, os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco à ordem ou à sociedade²¹. Nesta hipótese a legislação não exige que estes presos cometam falta grave, ou seja, basta que eles apresentem um determinado grau de risco que já estariam “aptos” a serem inseridos no Regime Disciplinar.

Por fim, a terceira hipótese determina que estará sujeito ao Regime o preso sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento com associações criminosas. Nota-se que nesta hipótese não há a necessidade de prévia manifestação do Ministério Público e nem da defesa, pois se alega razões de urgência e perigo. Vejamos o esclarecimento:

Afirma-se que esta modalidade (RDD cautelar) está adstrita ao poder especial de cautela do órgão judicial, além de pres-

19 *Ibidem*, p.233

20 Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal*. 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.74

21 Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal*. 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.75

cindir da prévia manifestação do Ministério Público e da defesa, por razões de urgência e perigo. Salvo melhor juízo, se não corretamente entendido como inconstitucional, a imposição do RDD cautelar deveria sim atender as exigências de manifestação do MP e da defesa²².

Deste modo, observando o texto da Lei, vemos que existe a possibilidade de inserir o indivíduo no sistema de execução penal desde o começo em um esquema de isolamento, baseando-se em um juízo de valor (pois não há definição na Lei), considerando o que seria ou não um alto grau de risco para a sociedade ou o estabelecimento penal, visto que ficou demonstrado que há hipótese em que não é preciso a prévia manifestação do Ministério Público e da defesa nos casos de “urgência”.

Importante também salientar que existe um Projeto de Lei de número 179/05, que altera a Lei nº 7.210/84, e a Lei nº 10.792/03, para criar o regime penitenciário de segurança máxima. Esse PL é chamado de “RDDMAX”, ou seja, Regime Disciplinar Diferenciado Máximo, onde os dispositivos conseguem submeter o indivíduo preso em RDD pelo dobro de tempo, além disso, prevê a proibição de contato com outros presos durante as duas horas de banho de sol, bem como fica vedada a prática de exercícios físicos.

Analisando esse PL que prevê a instituição do “RDDMAX”, além de considerar absurdo e desproporcional os prazos, dificilmente se consegue entender a razão de vedar a prática de exercícios físicos, pois não há motivos plausíveis que possam ser alegados para que tal vedação possa ser imposta.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O propósito deste tópico é analisar a forma de como o Direito brasileiro se adéqua às normas internacionais de Direitos Humanos, apontando as recepções pela Constituição Federal de 1988, verificando a aplicabilidade e a eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, para futuramente constatar se realmente nosso País cumpre as diretrizes internacionais quando se trata de aplicação da Lei Penal.

A internacionalização dos Direitos Humanos fortalece a ideia de que a proteção desses direitos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, ou seja, não deve se limitar à competência nacional exclusiva, pois

²² Roig, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.p.233

é um tema de interesse internacional²³. Tal argumento possui embasamento de que o indivíduo tem seus direitos protegidos em esfera internacional.

Importante também salientar que no Artigo 5º, § 2º de nossa Constituição Federal²⁴ está explícito que os direitos e garantias já expressas na Carta não excluem outros decorrentes de princípios ou de tratados internacionais por ela adotados. Ou seja, há mais uma garantia de amplitude de direitos.

Ao prescrever que direitos e garantias já expressos não excluem os direitos decorrentes dos Tratados Internacionais, nossa Constituição passa a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados em que o Brasil seja parte. Esse processo é a incorporação de tais direitos no texto Constitucional²⁵.

A Constituição assume expressamente o conteúdo constante nos tratados internacionais dos quais o país é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados na forma de normas constitucionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional²⁶. Ou seja, a Constituição Federal assumindo a validade e abrangência dos tratados internacionais, passa a validar o conteúdo, dando-lhe caráter constitucional.

Deste modo, o princípio da prevalência dos Direitos Humanos implica a obrigação de celebrar e implementar os diversos instrumentos de proteção internacional²⁷, pois facilmente pode-se demonstrar que ele têm natureza *jus cogens*²⁸. A saber: as normas *jus cogens* são aquelas consideradas inderrogáveis e que não estão sujeitas à vontade individual das partes, vinculando o Estado independentemente do vínculo convencional. Deste

²³ Cappellari, Mariana Py Muniz. *Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização Dos Estados Americanos (OEA)*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.p.62

²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Artigo 5º § 2º: 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.

²⁵ Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.113

²⁶ Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.115

²⁷ Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.121

²⁸ BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.Artigo 53: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

modo, a violação dessa obrigação representa uma ofensa a todos os outros Estados, dando a eles o direito de exigir o cumprimento da obrigação²⁹.

Ainda na esfera dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, temos outro posicionamento acerca da integralidade dos tratados internacionais à nossa Constituição, tratados estes que o Brasil é signatário e assumiu o compromisso e obrigação de honrá-los, aplicando as regras no Direito Interno, com força normativa Constitucional. Sobre isso, Paganella afirma que:

E não nos esqueçamos de que, a teor do § 2º do art. 5º, os textos dos tratados aprovados pelo país passam a integrar o conjunto de direitos e garantias expressos na Constituição Federal. Por isso – caso não existissem razões socialmente relevantes a apontar – o Princípio da Humanidade não pode continuar sendo apenas uma proposta de trabalho – especialmente em fase da execução das penas³⁰.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969³¹ (Pacto San José da Costa Rica), promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 678 de 1992³², define que toda a pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, esclarecendo também que ninguém deve ser submetido à tortura nem a penas ou tratos cruéis, bem como toda pessoa que esteja privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade do ser humano.

Em face do catálogo de direitos constantes na Convenção Americana de Direitos Humanos, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Além disso, cabe ao Estado se valer de todas as medidas que sejam necessárias e fundamentais para garantir a efetividade dos direitos³³.

Os tratados de proteção dos direitos humanos, diferentemente dos demais tratados que demonstram necessidade de mútua reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior. Ao criarem obrigações

²⁹ Daudt, Gabriel Pithan. *Reserva Aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.p.147

³⁰ Boschi, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.48

³¹ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto San José da Costa Rica.

³² Decreto Nº 678 de 6 de Novembro de 1992. Brasil. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

³³ Piovesan, Flávia. *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. In: Gomes, Luiz Flávio; Piovesan, Flávia. (org.). *O Sistema Interamericano de Proteção Dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.31

para os Estados e os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se, sobretudo, no ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos³⁴.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948³⁵ estabelece que os Estados devam agir de forma a proteger os Direitos Humanos e as liberdades dos indivíduos, de forma universal. Ou seja, aplicados a todas e quaisquer pessoas. Os Direitos Humanos são os direitos e liberdades de todas as pessoas, é um conjunto de regras e prerrogativas nas quais todos os cidadãos devem respeitar.

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, pois se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos³⁶.

Neste contexto, é possível ver o nascimento dos Direitos Humanos, de modo que se inicia na esfera internacional e seguem sendo positivados nas Constituições de cada País, estes que passam a se submeter e se obrigam a aplicar e fiscalizar tais Direitos, tudo em prol do Estado Democrático de Direito.

3.1 IMPACTO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO

Os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O termo “tratado” é um termo genérico, usado para incluir as convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos³⁷.

Quanto ao impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro, considerando a hierarquia constitucional destes tratados, três situações poderão ocorrer: 1º) o tratado coincidir com os direitos já garantidos pela nossa Constituição Federal; 2º) o tratado se inte-

³⁴ Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.p.135

³⁵ Declaração Universal de Direitos Humanos.

³⁶ Comparato, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.p.239

³⁷ P Piovesan, Flavia. *A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.153

grar, de modo a complementar os direitos já previstos; 3º) contrariar os preceitos do direito interno³⁸.

No primeiro caso, o direito interno brasileiro já garantiu e reproduziu exatamente o que garante o direito internacional. Ou seja, já se encontra positivado um direito que existe na esfera internacional. Isso decorre da ideia de que o legislador se inspirou nas diretrizes internacionais. Indo mais além, pode-se dizer que o legislador buscou ajustar o direito interno, deixando-o em sintonia com as obrigações internacionais.

No segundo caso, os tratados internacionais de direitos humanos se integram às garantias constitucionais já expressas, complementando e aumentando o rol de direitos e garantias, caso não estejam positivados em nossa Constituição, passando a se incorporarem no direito interno.

No terceiro caso, hipótese em que o direito internacional de Direitos Humanos e o Direito interno brasileiro entrassem em conflito, adotar-se-ia o Direito que mais favorece a vítima. Ou seja, dependendo do caso, cada pessoa precisaria de determinada norma em especial, em um momento poderá ser o Direito interno e em outro momento poderá ser o Direito internacional. Analisando no caso concreto qual Direito teria maior garantia. Acerca do esclarecimento, temos a definição dos três momentos, por Flavia Piovesan³⁹:

Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados, - ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos.

Esse fenômeno acontece devido ao princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, pois o objetivo único e principal dos tratados é conferir às pessoas o máximo de proteção possível. Do princípio da primazia decorrem duas regras⁴⁰: Em primeiro lugar: Não é possível a cria-

³⁸ Piovesan, Flavia. *A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.173

³⁹ Piovesan, Flavia. *A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.179

⁴⁰ Melo, Monica de; Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. *Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Cívicos e Políticos*. In: Gomes, Luiz Flavio; Piovesan, Flavia. (Org.). *O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.316

ção de normas no Direito interno que visem impedir a aplicação das normas mais benéficas que estejam previstas nos tratados. Ou seja, não há possibilidade de o Estado querer criar uma norma que se sobreponha ao Direito internacional, no sentido de proibir o acesso da pessoa ao Direito mais benéfico.

Em segundo lugar: este é o outro ponto da regra, como se fosse uma contraprestação, caso haja no Direito interno uma norma que seja mais benéfica à vítima, ela será aplicada. Ou seja, a norma do Direito interno garantindo mais benefícios a vítima, prevalecerá sobre o tratado de Direito internacional ao qual o País é signatário.

3.2 DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são a revelação de que todos os seres humanos, com todas as suas diferenças biológicas e culturais, merecem o mesmo respeito. Isso é o reconhecimento universal de que, em razão da igualdade, ninguém pode afirmar-se superior aos demais⁴¹.

No plano do direito internacional temos alguns documentos muito importantes acerca do assunto, a começar pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁴², que ocorreu em abril de 1948. Tal Declaração traz 28 artigos com garantias ao ser humano, dentre elas o direito à igualdade, à liberdade de crença, liberdade de expressão e etc.

Logo em seguida surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³, esta que traz uma série de garantias, inovando no artigo 5º, onde garante que ninguém será submetido à tortura nem à punição ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Garantia esta que serviu de inspiração para várias constituições, inclusive a brasileira, que adotou fielmente o texto de proibição ao tratamento desumano.

Em 1966 nasce o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, este que por sua vez passou a vigorar no Brasil em 1992⁴⁴. Esse Pacto traz diversas garantias, dentre elas a de que ninguém poderá ser privado de sua liberdade arbitrariamente, de que toda pessoa privada de liberdade deverá

⁴¹ Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.p.13

⁴² Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da USP.

⁴³ Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

⁴⁴ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

ser tratada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa humana e a igualdade perante os tribunais.

Na sequência, surge a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto San José da Costa Rica⁴⁵. Vigente no Brasil de 1992⁴⁶ traz consigo 82 artigos, dentre eles estão a obrigação de respeitar os direitos, a pena não pode passar da pessoa do delinquente, ninguém será detido por dívidas, salvo por obrigação alimentar e etc.

No Brasil, Preliminarmente, cabe salientar que a Constituição Federal de 1988, como marco jurídico da transição ao Regime Democrático, alargou significativamente o campo de direitos e garantias fundamentais, pois ela projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, assegurando diversas garantias e considerando-as como valores supremos⁴⁷.

Em nosso atual ordenamento jurídico, está destacada a prevalência dos Direitos Humanos, visto que em primeiro lugar em seu texto estão destacados o cidadão e suas garantias.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos Direitos Humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal⁴⁸. Ou seja, o País passa a ficar obrigado a submeter-se às normas de Direitos Humanos.

O princípio da prevalência dos Direitos Humanos, que está positivado em nossa Constituição Federal em seu Artigo 4º Inciso II, é sem dúvida um dos princípios mais importantes. Sua interpretação deve ser dada de modo mais amplo possível. Ele vincula a ação diplomática brasileira e deverá ser respeitado em qualquer acordo ou ato unilateral⁴⁹.

Em relação ao possível conflito entre normas do Direito interno e os Direitos Humanos, temos o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido da prevalência dos Direitos Humanos⁵⁰.

⁴⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica.

⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴⁷ Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.85

⁴⁸ Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.94

⁴⁹ Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.120

⁵⁰ Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes e de nulidade nº 70051007797. Relator: Des. Rogério Gesta Leal. Segundo Grupo de Câmaras Criminais. 10 de Maio de 2013.

O julgado se trata de um agravo em execução, onde o agravante busca o abatimento de sua pena pelo motivo de ter ficado preso injustamente em outro processo criminal, onde obteve sentença de absolvição. Em primeiro grau o juiz entendeu que não se aplicaria tal argumento, baseando-se no Código Penal brasileiro (Lei do Direito interno).

Em contrapartida, neste acórdão os desembargadores acolheram os embargos por maioria, visto que a fundamentação nas decisões em favor do acolhimento é sempre o atendimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e a prevalência dos Direitos Humanos. Neste sentido, fica clara a aplicabilidade por parte dos nossos tribunais da prevalência dos Direitos Humanos, independente de haver norma interna que pretenda suprimi-los.

3.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Princípio como o próprio nome diz se refere ao começo, o preceito e até mesmo se refere à base de tudo. Como o tema trata da área jurídica, podemos associar a palavra princípio como base ou fundamento do sistema jurídico. Ou seja, princípio é o momento em que se inicia e se norteia o ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito, visto à existência de uma Constituição. Deste modo, Princípios servem de base para a aplicação e interpretação do Direito.

Não há como ser diferente no mundo jurídico, pois o significado da palavra Princípio é o mesmo em qualquer situação: base, preceito ou fundamento. Após breves esclarecimentos sobre a definição de Princípio, cabe salientar a importância do mesmo em um ordenamento jurídico, a fim de demonstrar que no momento em que o Princípio não é observado ou seguido, também não estará observando-se ou seguindo todo o sistema no qual lhe é derivado.

A doutrina costuma elencar diversos critérios para diferenciar regras e princípios, mas por simplificação, é de costume reduzir a apenas três critérios, seriam eles: o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação. Essas categorias não são complementares e não são excludentes, elas apenas levam em conta a realidade da aplicação do termo “princípio”⁵¹.

Em relação ao conteúdo, os princípios identificam as normas que expressam decisões fundamentais, como por exemplo, o Estado democrático

⁵¹ Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.p.205

de direito, os valores a serem seguidos, como a Dignidade Humana e, por fim, as metas públicas a serem realizadas/buscadas, como a erradicação da pobreza⁵².

No que diz respeito à estrutura normativa, princípios direcionam para os ideais a serem buscados, mas sem que diga de forma objetiva a conduta que deva ser seguida, pois existem infinitas maneiras de se promover a dignidade humana, a humanidade e a proporcionalidade. Já com as regras é diferente, pois elas descrevem exatamente a conduta que deve ser tomada, havendo menor ingerência do intérprete na hora de atribuir sentidos aos termos⁵³.

Por fim, o critério do modo de aplicação, que é onde se encontra a principal distinção dos princípios em relação às regras. Uma regra só deixará de ser aplicada se houver outra regra que a excepcione ou se ela for inválida, portanto, havendo o fato descrito no texto da regra, ela deverá ser aplicada. Já os princípios indicam uma direção, o que pode e deixa espaço para um eventual conflito entre eles, de modo que deve ser analisado cada caso concreto para que seja atribuído valor maior a um ou a outro⁵⁴.

Bonavides⁵⁵ explica que a caminhada teórica dos princípios gerais, até a conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das averiguações subseqüentes. Ou seja, os princípios após serem constitucionalizados, se tornam a chave de todo o sistema normativo.

A evolução dos princípios divide-se em três fases: Na primeira fase os princípios tinham conteúdos abstratos e sua normatividade era nula e abstrata, não se tendo ideia de sua dimensão valorativa, de modo a não inspirar a justiça. Na segunda fase, os princípios já eram considerados uma fonte subsidiária, a fim de assegurar a aplicação da lei.

Na terceira fase os princípios adquirem a eficácia merecida, de modo a tornar-se o alicerce de todo o sistema de um Estado Democrático de Direito⁵⁶. Acerca do reconhecimento da importância dos princípios, temos a posição de Marcelo Novelino⁵⁷, vejamos:

⁵² *Ibidem*, p.206

⁵³ Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.p.206

⁵⁴ *Ibidem*, p.208

⁵⁵ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.p.258

⁵⁶ Melo, Gustavo Procópio Bandeira de. *Noções Básicas de Teoria dos Princípios*. In: Leite, George Salomão. (Org.). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.p.409

⁵⁷ Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2012.p.122

Uma das características marcantes da doutrina pós-positivista é exatamente o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios e de sua importância como critério de decisão, sobretudo na solução de casos difíceis. O que hoje se parece óbvio, não era o entendimento adotado até meados do século XX, quando princípios e normas eram tratados como espécies distintas.

Diante disso, percebemos a já alcançada evolução dos princípios, que se tornaram pilares do Estado Democrático de Direito, após serem considerados como uma normatividade nula e abstrata, de modo que hoje passam a influenciar de forma concreta principalmente em casos de difíceis decisões.

No mesmo sentido, Miguel Reale expõe que toda a experiência jurídica do decorrer dos tempos e a legislação que a integra, repousa sobre os princípios gerais do direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico. O autor ainda vai além, pois afirma que a parte vital da razão e a experiência residem nos princípios e não nas regras⁵⁸. Vejamos:

Os princípios gerais de Direito põem-se, dessarte, como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica. A vida do Direito é elemento essencial do diálogo da história⁵⁹.

Mostra-se clara a visão de que o autor defende que os princípios são a razão de todo o ordenamento jurídico, pois a ele é direcionado o sentido ético, a sua razão e a sua força histórica.

3.3.1 FORÇA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS

Acerca da importância dos Princípios Constitucionais, temos a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰, que explicita a diferença de violação entre um Princípio Constitucional e uma norma qualquer. Nas palavras dele:

⁵⁸ Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.p.297

⁵⁹ *Ibidem*, p.298

⁶⁰ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.p.959

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Conforme o referido autor⁶¹, Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas. Ou seja, o autor define Princípio como ponto-base, de maneira a servir de pilar para a elaboração e aplicação do Direito, irradiando-se sobre diversos tipos de normas dentro do ordenamento jurídico.

Ainda no tocante à importância dos Princípios Constitucionais, temos a posição de Paulo Bonavides⁶², vejamos:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente do mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com essa relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Diante das palavras descritas acima, possível chegarmos à conclusão de que os próprios princípios são normas, diferentemente do que ocorria anteriormente, onde princípios e regras eram tratados de maneira diferente. Portanto, princípios sendo considerados como normas e sendo postos no ponto mais alto da escala normativa, a Constituição Federal, recebem a qualidade de máxima categoria, sendo então considerada a “norma das normas”.

⁶¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁶² Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.289/290

A dogmática jurídica atual reconhece que os princípios possuem normatividade. Assim, eles seriam normas jurídicas com um grau de generalidade relativamente elevado, enquanto as normas teriam um espectro mais reduzido do que os princípios⁶³.

No mesmo viés, Nucci⁶⁴ esclarece que o Princípio indica uma ordenação, que se irradia e imantam os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, o que seria mais um fator a favor da ideia de que princípios possuem um grau elevado em relação às regras.

Após as breves colocações feitas acerca da relevância dos Princípios Constitucionais e da abrangência dos mesmos, podemos chegar à conclusão de que eles possuem uma posição privilegiada na escala normativa, de modo a serem servidos como base a todo ordenamento jurídico, não restando dúvidas de que são considerados como pilares estruturais e que a sua inobservância diante da criação ou aplicação de uma Lei provocaria abalos em todo o sistema normativo.

Sendo assim, são de extrema importância dentro de um sistema jurídico, servindo de ponto-base para o entendimento e aplicação do Direito. Na esfera penal não poderia ser diferente, pois as diretrizes constitucionais devem ser o fundamento ou o ponto-base do Direito Penal, de modo a assegurar as garantias dos indivíduos, limitando o poder estatal e definindo critérios para que o poder seja exercido dentro dos limites.

Uma notória influência sobre o direito penal, no sentido de iniciar um período humanitário da pena, foi a de Cesare Beccaria com sua obra *Dos Delitos e Das Penas*⁶⁵. Sua obra abriu pela primeira vez uma discussão sobre a intolerância e a proporcionalidade das penas, por consequência introduzindo diversas sementes dos institutos hoje já consagrados mundialmente, como por exemplo, a humanidade da pena, a presunção de inocência e a proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada.

Beccaria afirma que a prisão não deve deixar qualquer marca de infâmia sobre o acusado que foi reconhecido ser inocente. De mesmo modo,

⁶³ Bulos, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.507

⁶⁴ Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.83

⁶⁵ Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

defende que a no momento que a proporção das penas for mais suave e as prisões deixarem de ser horríveis e a humanidade adentrar as celas, as leis poderiam satisfazer-se de melhor forma⁶⁶.

Em outro momento Beccaria afirma que um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, pois é inocente perante as leis aquele cujo delito não está provado⁶⁷. Neste posicionamento temos um precedente da presunção de inocência, hoje positivado em nosso ordenamento jurídico.

Em relação à proporcionalidade, também encontramos precedente na obra *Dos Delitos e Das Penas*, visto que o autor se posiciona claramente contra a pena de morte, defendendo a adequação das penas ao ato praticado, alegando que a pena de morte é prejudicial à sociedade devido às demonstrações de crueldade⁶⁸ e que é um absurdo que as leis que punem o homicídio autorizem outro⁶⁹.

Os juristas já afirmaram sem dúvida que os princípios de direito penal buscam sua fundamentação na Constituição federal e a partir dela. Ou seja, os penalistas partem do Estado Democrático de Direito para buscar soluções para o direito penal⁷⁰. Nesse contexto, percebe-se que o poder estatal fica limitado, de modo a assegurar os direitos dos indivíduos, deixando espaço para a dignidade da pessoa humana, pois o contrário prevaleceria a injustiça.

4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A (IN) COMPATIBILIDADE COM OS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Após a exposição acerca dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos Princípios Constitucionais Penais, do Regime Disciplinar Diferenciado e de uma breve análise sobre sua aplicabilidade, será verificado se há ou não compatibilidade entre os referidos, de modo a confrontar o Regime e os Princípios, demonstrando quais as características que possivelmente seriam incompatíveis e, conseqüentemente, violadoras.

⁶⁶ *Ibidem*, p.24

⁶⁷ Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2014.p.34

⁶⁸ *Ibidem*, p.51

⁶⁹ Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2014.p.52

⁷⁰ Amaral, Claudio do Prado. *Princípios Penais, da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.p.57

4.1 O RDD E OS DIREITOS HUMANOS

Neste tópico será feita uma análise a fim de verificar se o RDD segue as diretrizes internacionais de Direitos Humanos, pois a partir do momento em que o Estado se propôs a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, ele se obriga a submeter-se às normas, de modo a garantir a sua aplicabilidade⁷¹.

Desta maneira, o Estado adotando o princípio da prevalência dos direitos humanos, pois este está positivado em nossa Constituição Federal, toda ação brasileira, seja bilateral ou unilateral, deverá respeitar os direitos humanos⁷². Em outras palavras, seja no plano internacional ou no nacional (como na execução penal), os direitos humanos prevalecem.

No tocante as obrigações do Estado, temos a posição de que se classificam em dois tipos: a obrigação de respeito aos direitos humanos, que seria uma obrigação de não fazer, que seria a limitação do poder público face ao indivíduo, e a obrigação de garantia, que seria uma obrigação de fazer, esta que consistiria na organização de estruturas e procedimentos capazes de prevenir e investigar as violações destes direitos⁷³. Isto é, há uma dupla função do Estado, a função de respeitar e a de fazer respeitar.

Mesmo se fosse diferente, reconhece-se hoje que a vigência dos direitos humanos não depende de estar positivado nas Constituições, pois estes direitos são exercidos contra todos os poderes estabelecidos⁷⁴.

Indo adiante, o Pacto San José da Costa Rica em seu artigo 5º § 6º, traz o paradigma de que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados⁷⁵, ou seja, os indivíduos que se encontrarem presos devem receber o tratamento adequado para serem reinseridos no mundo externo, caso contrário não cumpriria com uma das finalidades da pena.

Diante do exposto, cabe a seguinte reflexão: será que uma sanção disciplinar onde submete o indivíduo a permanecer dentro de uma cela nas

⁷¹ Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.94

⁷² Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.120

⁷³ Ramos, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.41

⁷⁴ Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.p.239

⁷⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica. Artigo 5º, § 6º: As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

condições apontadas segue as diretrizes internacionais de direitos humanos? Ou ainda, será que uma Lei federal declarada constitucional por nosso Supremo Tribunal que obriga o indivíduo a permanecer dentro desta mesma cela por vinte e duas horas diárias por um prazo de até trezentos e sessenta dias, podendo ser prorrogado até um sexto da pena, condiz com o respeito e a garantia aos direitos humanos? Em um Estado onde a pessoa é o valor maior, a resposta é não. Pois o Estado deve promover e respeitar os direitos.

Na mesma seara, temos a redução para apenas dois visitantes uma vez por semana, ou seja, mais uma vez vemos um conflito com as recomendações internacionais, visto que a prioridade é manter o indivíduo que está preso o máximo possível em contato com o mundo exterior, a fim de facilitar a sua reinserção na comunidade⁷⁶.

Diante dos apontamentos anteriores, se nota que o Regime Disciplinar Diferenciado tende a violar os direitos humanos, pois o Regime visa o castigo do indivíduo, de forma a abalar física e psicologicamente, utilizando-se de métodos cruéis e degradantes, justamente o que todas as normas internacionais e a nossa Constituição Federal veda.

Deste modo, resta pensar: será que manter um indivíduo preso em uma cela, com saída de apenas duas horas diárias, por um período de até 720 dias, condiz com os as diretrizes internacionais de direitos humanos? Ainda devem ser levados em consideração os crimes cuja pena privativa de liberdade chega há 30 anos. Ou seja, se o indivíduo deve cumprir 30 anos de pena⁷⁷, o Regime Disciplinar Diferenciado autoriza, se for o caso, que o indivíduo permaneça por até cinco anos internado, visto que chegaríamos ao cálculo de um sexto da pena.

4.2 O RDD E A DIGNIDADE HUMANA

Como visto em capítulo próprio, a dignidade humana é o princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, sendo o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional e dá a direção ao intérprete⁷⁸. Deste modo, a Dignidade Humana é o “carro-chefe” dos Direitos na Constituição Federal brasileira, sempre condicionando o tradutor⁷⁹.

⁷⁶ Neto, Luiz de Albuquerque Medeiros. *O Regime Disciplinar Diferenciado e Algumas de Suas Inconstitucionalidades*. Revista do IBCCRIM. São Paulo, 2009.

⁷⁷ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 1940. *Código Penal*. Artigo 75: O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

⁷⁸ Nunes, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.59

⁷⁹ Bulos, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.512

Em nossa Constituição Federal há o reconhecimento de que a pessoa não é um mero objeto do Estado⁸⁰, mas sim o contrário, o Estado é quem deve reconhecer a pessoa como um valor maior, pois o mesmo existe para a pessoa. Deste modo, o Estado tem o dever de respeitar e promover a dignidade, sendo vedado qualquer tipo de ato que possa prejudicar essa garantia em todas as suas dimensões.

No tocante ao Regime Disciplinar Diferenciado, foi visto em capítulo próprio as suas características e intenções, onde o indivíduo que é “enquadrado” no Regime fica submetido a uma cela pelo período de vinte e duas horas por dia, sendo possível esta sanção disciplinar ser aplicada por trezentos e sessenta dias, ou até mesmo, se for o caso, o indivíduo poderá ficar submetido a ela por até um sexto da pena⁸¹, além de várias outras características já mencionadas anteriormente.

As críticas ao RDD apontam para sua insustentabilidade em um Estado Democrático como o nosso, de maneira a não mais subsistir essa forma de castigo diante dos princípios constitucionais, estes que tem por suporte a Dignidade da Pessoa, e é pelo processo – e o de execução da pena não pode fugir à regra – que se garantem aqueles⁸².

Neste sentido, a preservação da Dignidade Humana deve ser o fundamento da execução penal, porém, o que temos é outra realidade, visto que não basta o indivíduo estar preso, mas também o mesmo poderá ser submetido a uma condição extremamente degradante, sendo isolado durante vinte e duas horas por dia, sendo praticamente vedado o seu contato com o mundo exterior, reduzindo-lhe o tempo de visitas. Sobre a colisão entre o referido Princípio e o RDD, temos a seguinte posição:

A preservação da dignidade da pessoa humana deve ser o grande eixo da execução da pena. O que se vê, no entanto, é uma realidade colidente com os limites legais e princípios constitucionais, não apenas quanto às rigorosas condições impostas ao sujeito segregado, mas também em razão do longo período de sofrimento vivenciado, sendo que a própria Corte Internacional de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que o isolamento e a privação da comunicação correspondem a tratamento cruel e desumano⁸³.

⁸⁰ Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2012.p.380

⁸¹ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal

⁸² Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.237

⁸³ Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.238

Diante disso, podemos dizer que o preso ao ser segregado por um período elevado como o período que o RDD estipula, já estaria se configurando uma violação ao Princípio da Dignidade Humana, pois estaria se impondo ao preso castigo físico e mental, de maneira a aniquilar o seu caráter e a sua personalidade, causando impactos que sejam talvez irreversíveis, o que em nada contribuiria para sua recuperação⁸⁴.

Portanto, há inclinação no sentido de violação da garantia constitucional, de maneira que o Regime Disciplinar impõe condições que afastam a dignidade, tudo em favor do Estado, este que acaba deixando de ser um garantidor e passa a ser um violador de direitos. Como dito anteriormente, foi criada uma sanção disciplinar violadora de direitos como “resposta” ao movimento punitivo global, de maneira a reavivar a ideia de vingança, “maquiando” a verdadeira situação estrutural do sistema prisional brasileiro⁸⁵.

4.3 O RDD E A HUMANIDADE DAS PENAS

Em nossa Constituição Federal temos a vedação de penas cruéis⁸⁶, isso significa que o Estado ao utilizar as ferramentas do Direito Penal deve basear-se sempre na humanidade, garantindo condições dignas ao preso, bem como proporcionar a salubridade, priorizando a integridade física e moral da pessoa que se encontra sob sua tutela.

Neste sentido, fica o Estado obrigado a tratar a pessoa como pessoa, sendo totalmente vedado qualquer tipo de tratamento cruel, desumano ou degradante, mesmo que essa pessoa tenha praticado um delito, a pena aplicada não poderá ser infamante ou cruel, onde acabe submetendo a pessoa a condições desumanas⁸⁷.

Possuindo o Estado o monopólio do Direito de punir, considerando que esta prerrogativa visa a superação do estado de violência, não poderia ele voltar a aplicar penas incompatíveis com a humanidade, por esse motivo que há as proibições de penas cruéis. Penas ditas cruéis seriam as san-

⁸⁴ Barboza, Leandro de Oliveira. *Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo*. Revista do IBCCRIM, São Paulo, 11. 2004.

⁸⁵ Freire, Christiane Russomano. *A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.p.138 a 141

⁸⁶ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Artigo 5º, XLVII: Não haverá penas: [...] e) Cruéis;

⁸⁷ Ávila, Gustavo Noronha De; Anziliero, Dinéia Largo. *Princípios Limitadores do Direito Penal: Garantias Para a Liberdade do Indivíduo*. In: Dani Rudnicki, Dani. (org.). *Sistema Penal e Direitos Humanos: (im)possíveis interlocuções*. Porto Alegre: UniRitter, 2012.p.37

ções que atentariam contra a dignidade, ou seja, qualquer medida que por si mesma causaria padecimento desnecessário⁸⁸.

Verificando o Regime Disciplinar Diferenciado, quando nos deparamos com a sua característica principal que é o isolamento do indivíduo, percebe-se que essa sanção atinge a dignidade, tornando a pena desumana, causando sofrimentos psicológicos, pois não há como falar em humanidade quando uma pessoa é submetida ao encarceramento isolado por quase a totalidade do dia, imagine-se então ficando submetido por trezentos e sessenta dias nas mesmas condições. No mesmo sentido, temos a seguinte opinião:

O RDD faz sucumbir o princípio da humanidade das penas, visto que o caráter exclusivamente retributivo deste verdadeiro castigo denuncia a sua crueldade, como exercício puro e simples da vingança estatal e social. O paradigma da ressocialização que orienta todo o sistema de execução das penas no Brasil é também aviltado pelo regime disciplinar diferenciado. A expectativa da reinserção social do condenado que constitui um dos fins da reprimenda, não resiste à prevalência do espírito exclusivamente vingativo do castigo imposto pelo regime, que se mostra assim mais uma vez, ilegal e contrário aos ditames constitucionais⁸⁹.

Mesmo que a relação entre execução penal e humanidade seja uma expectativa praticamente ilusória, devido as condições de nosso sistema carcerário, pois a própria pena privativa de liberdade acaba por ser uma violação de direitos humanos, a execução penal não pode transbordar ainda mais seus efeitos já prejudiciais a humanidade, pois deve haver-se por inconstitucional qualquer medida que atente contra à incolumidade física ou psíquica dos indivíduos sentenciados⁹⁰.

Portanto, o princípio da humanidade postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade, devendo ser considerado em toda e qualquer intervenção penal⁹¹, por óbvio incluindo-se a execução e suas sanções disciplinares, como no caso o RDD.

⁸⁸ Piva, Otávio. *Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método, 2009.p.194

⁸⁹ Barboza, Leandro de Oliveira. *Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo*. Revista do IBCCRIM, São Paulo, 11. 2004.

⁹⁰ Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.37

⁹¹ Cappellari, Mariana Py Muniz. *Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização Dos Estados Americanos (OEA)*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.p.87

Outro fator importante a ser examinado é o acompanhamento médico que deveria ser proporcionado ao indivíduo que esteja internado em RDD, pois não há nenhuma previsão legal neste sentido, desrespeitando as Regras Mínimas⁹² para o tratamento do indivíduo preso, onde a recomendação é a de que um médico visite diariamente o preso que estiver em isolamento, verificando se o mesmo ainda estaria apto a suportar as condições impostas.

Sendo assim, é difícil compreender um Estado que está obrigado e se diz comprometido com a dignidade da pessoa humana e humanização de pena quando o mesmo institui um regime na execução que claramente vai contra tudo isso. Ressaltando que as condições do sistema carcerário no Brasil já seria um forte abalo aos dois princípios, visto que a situação insalubre e a superlotação do sistema já são causadores de conflitos e má administração.

Como se pode ver, segundo os dados do próprio Ministério da Justiça⁹³, apurados no ano de 2014, a situação já era alarmante, pois os indicadores consolidados apontam uma população prisional de 607.731 mil presos para 376.669 mil vagas em 1.482 estabelecimentos prisionais no país. Isso gera um déficit de 231.000 mil vagas.

4.4 O RDD E A PROPORCIONALIDADE DA PENA

Como explicitado anteriormente, o princípio da proporcionalidade é essencial para que se tenham sentenças alinhadas ao sentimento de equidade e justiça, evitando-se assim as penas desproporcionais⁹⁴. Este princípio exige que se tenha uma relação entre meio e fim⁹⁵, isso significa que os meios utilizados devem ser eficazes e contribuir para que se alcance o fim almejado.

No entendimento de Bonavides, o princípio da proporcionalidade garante o instrumento mais poderoso dos direitos fundamentais, pois é

⁹² Regras Mínimas para o Tratamento de Indivíduos Reclusos. Organização Das Nações Unidas. Item 32: a) As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito que ele está apto para suportá-las. c) médico visitará diariamente os presos sujeitos a tais punições e aconselhará o diretor caso considere necessário terminar ou alterar a punição por razões de saúde física ou mental.

⁹³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório anual de índices prisionais – Transparência Institucional*. 2014

⁹⁴ Boschi, José Antônio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.56

⁹⁵ Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.p.116

contra todos os excessos perpetrados⁹⁶. Deste modo, toda a intervenção penal só se justifica se for necessária e adequada⁹⁷.

Sendo assim, quando falamos em Regime Disciplinar Diferenciado e suas peculiaridades, temos diversos pontos que tendem a confrontar a proporcionalidade, vejamos: A começar pelo inciso I do artigo 52 da LEP, vemos a duração de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição, até um sexto da pena aplicada. Considerando tal dispositivo, impossível se falar em proporcionalidade, visto que segregar um indivíduo por este período seria ir além da racionalização, confirmando-se assim que o objetivo é tão somente o castigo.

Seguindo, no mesmo artigo da Lei de Execução Penal, agora em seu inciso III, temos a redução do número de visitantes, redução de dias semanais e do tempo de visitas, ou seja, não basta o indivíduo estar internado no Regime por um longo período de cumprimento, pois lhe é imposto mais restrições, desta vez em relação aos familiares, estes que seriam uma das principais ferramentas para a reinserção do preso ao mundo externo.

Por conseguinte, no inciso IV do mesmo artigo da LEP temos a imposição de que o preso só sairá da cela por duas horas diárias. Diante desta imposição, acredito que temos o maior desrespeito ao princípio da proporcionalidade, visto que não há como dizer que uma sanção disciplinar desse cunho se amolda a uma diretriz tão importante em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, o parágrafo primeiro do mesmo artigo expõe que estará sujeito ao RDD o indivíduo sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento com organizações criminosas. Aqui mais uma vez se estaria desrespeitando a proporcionalidade, pois se haveriam fundadas suspeitas de envolvimento de algum sujeito que já se encontraria preso no estabelecimento do Estado, porque não tomar outras providências?

Existem diversas maneiras de impedir o contato entre facções criminosas, devendo o Estado tomar parte de tal situação e providenciar mecanismos eficazes para o controle, deixando de lado a forma mais “fácil” (isolamento da pessoa)⁹⁸.

⁹⁶ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.p.425

⁹⁷ Bianchini, Alice; Molina, Antônio García-Pablos De; Gomes, Luiz Flávio. *Direito Penal Introdução e Princípios Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.401

⁹⁸ Neto, Luiz de Albuquerque Medeiros. *O Regime Disciplinar Diferenciado e Algumas de Suas Inconstitucionalidades*. Revista do IBCCRIM. São Paulo, 2009.

5 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar e demonstrar a importância dos tratados internacionais de direitos humanos e os princípios constitucionais da dignidade humana, humanidade da pena e da proporcionalidade, de modo a verificar a compatibilidade entre eles e o Regime Disciplinar Diferenciado, a fim de constatar se essas garantias supramencionadas são alcançadas na seara do Direito Penal brasileiro.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado para satisfazer a pressão da população e da mídia, que acreditam em legislação mais rigorosa como forma de combate a impunidade. Entretanto, há posicionamento divergente na doutrina sobre a sua constitucionalidade e efetividade, pois sua intenção seria desarticular quadrilhas, isolando seus chefes para que os mesmos não enviassem ordens ao restante dos integrantes, porém, em nada modifica, pois tal situação continua ocorrendo, provando-se assim que não é com a segregação desproporcional que se obtém resultados.

Apresentando a importância da prevalência dos Direitos Humanos, percebemos que o Estado fica obrigado a celebrar e implementar os diversos instrumentos de proteção, conseqüentemente tornando a violação uma ofensa a todos os membros pertencentes. Ou seja, o Estado é obrigado a promover os Direitos Humanos, ficando totalmente vinculado a este propósito. Sendo assim, seja no plano internacional ou nacional (inclusive na execução penal), os Direitos Humanos prevalecem.

No tocante à Dignidade Humana, ficou demonstrado que esse princípio é a base de um Estado Democrático de Direito, onde se torna o primeiro fundamento de todo um sistema constitucional, dando norte ao intérprete. Diante disso, a Dignidade deve ser também o fundamento na execução penal, de maneira a serem preservadas todas as garantias inerentes ao indivíduo, mesmo este estando privado de sua liberdade.

Quando o assunto é o direito de punir, temos o Estado como o único legitimado a fazê-lo, visto que este fundamento visa a superação do estado de violência, não deve ele voltar a aplicar penas incompatíveis com a Humanidade, ficando assim proibidas as penas cruéis e degradantes. Isto é, o Direito Penal deve se basear sempre na Humanidade, garantindo condições dignas ao preso, proporcionando a salubridade e assegurando a integridade física e psíquica do indivíduo que ali se encontra segregado.

Quando analisado o Regime Disciplinar Diferenciado, possível perceber que este atinge a dignidade, tornando assim a pena desumana, pois sua principal característica é o isolamento da pessoa, classificando-se assim como um único instrumento: o castigo, sucumbindo, assim, à humanidade das penas.

Mesmo ciente de que a relação entre execução penal e humanidade das penas seja praticamente uma ilusão – levando-se em consideração a atual condição do sistema carcerário brasileiro – a execução penal não pode piorar ainda mais os efeitos que já são prejudiciais, devendo ser classificada como inconstitucional qualquer medida que atente ainda mais contra a dignidade. Isso inclui a execução penal e suas sanções disciplinares, como o RDD.

Em relação à proporcionalidade da pena, temos a ideia de que as sentenças devem ser alinhadas ao sentimento de justiça e equidade, afastando-se da desproporção. Ou seja, os meios utilizados devem ser eficazes e contribuir para que se alcance o fim esperado, deste modo, todo o tipo de intervenção penal só se justifica se realmente for necessário e adequado. Novamente temos um confronto entre este princípio e o RDD, pois uma sanção disciplinar que visa o isolamento por um período extremamente elevado só confirma a falta de racionalização e a busca incessante pelo castigo.

Em continuidade, ainda há outra violação por parte do RDD, desta vez o período de tempo que o preso tem permissão para sair da cela, que no caso é de duas horas diárias. Aqui teremos talvez o maior desrespeito à proporcionalidade, pois não há como falar em proporcionalidade aplicando uma sanção deste cunho.

Deste modo, não podemos negar a inconstitucionalidade do RDD e sua afronta aos princípios constitucionais e os tratados de direitos humanos simplesmente alegando que uma cela isolada (proporcionada pelo RDD) seria uma vantagem do indivíduo preso sobre os outros que estariam em regime comum, amontoados dentro de uma cela de forma insalubre, pois esse argumento seria totalmente descabido, pois em uma dupla via se estaria reconhecendo o falido sistema carcerário e também não se estaria apresentando qualquer solução. Pelo contrário, o Regime Disciplinar Diferenciado não pode ser utilizado como um remédio a essa situação, pois isso seria falso.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios Penais Da Legalidade À Culpabilidade**. SÃO PAULO: IBCCRIM, 2003.

ÁVILA, Gustavo Noronha De; ANZILIERO, Dinéia Largo; **Princípios Limitadores do Direito Penal: Garantias Para Liberdade do Indivíduo**. In: RUDNICK, Dani. (org.) Sistema Penal e Direitos Humanos: (im) possíveis interlocuções. Porto Alegre: UniRitter, 2012.

BARBOZA, Leandro de Oliveira. **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo**. Revista do IBCCRIM, São Paulo, 11. 2004. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigos/2004/11>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS, Antônio; GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal Introdução e Princípios Fundamentais**. 2º Edição. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. 45º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto nº 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. **Aprova o Regulamento Penitenciário Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6049.htm. Acesso em: 13 de setembro de 2015

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2015

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

BRASIL. Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2015

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2015

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório anual de índices prisionais – Transparência Institucional**. 2014.

BULOS Uadi Lammêgo. **Curso De Direito Constitucional**. 8º Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2014.

CARVALHO, Salo De. **Crítica a Execução Penal**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo De; Freire, Christiane Russomano; Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema do Sistema Punitivo Brasileiro. In: Carvalho, Salo De. (org.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 1969 – **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. VII Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reserva aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/>. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo – O caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro De. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 27º Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Gustavo Procópio Bandeira De. **Noções Básicas da Teoria Dos Princípios**; LEITE, George Salomão. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais – Consideração em torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2º Edição. São Paulo: Método, 2008. Pág. 409 A 414.

MELO, Monica de; Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. **Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Cíveis e Políticos**. In: Gomes, Luiz Flavio; Piovesan, Flavia. (Org.). **O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei 7.210 de 1984**. São Paulo: Atlas, 2004.

NETO, Luiz de Albuquerque Medeiros. **O Regime Disciplinar Diferenciado e Algumas de Suas Inconstitucionalidades**. Revista do IBCCRIM. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6º Edição. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização Da Pena**. 2º Edição. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. In: Gomes, Luiz Flavio. (Org.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia; (coord.). **O Sistema Interamericano De Proteção Dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2000.

PIVA, Otávio. **Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes e de nulidade nº 70051007797. Relator: Des: Rogério Gesta Leal. 10 de Maio de 2013. Download disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÃO PAULO, Administração Penitenciária. **Resolução SAP – 49** de 17 de Julho de 2002. Disciplina o direito de visita e as entrevistas com Advogados no Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/>. Acesso em: 11 de setembro de 2015.

SÃO PAULO, Administração Penitenciária. **Resolução SAP – 026** de 4 de Maio de 2001. Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/>. Acesso em: 11 de setembro de 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.