

Constituição e Direito Penal

Vinte anos de desarmonia

Miguel Reale Júnior

Sumário

I - Dignidade penal. II - O Direito Penal pós-Constituição. 1. A lei penal ambiental. 2. Código de Defesa do Consumidor. 3. Lei dos crimes hediondos. 4. Lei dos remédios e cosméticos. 5. O RDD - Regime Disciplinar Diferenciado. III - Conclusão.

I - Dignidade penal

A Constituição em um Estado Democrático de Direito se de um lado consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo perante o Estado, por outro fixa diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social.

Defluem, portanto, do texto constitucional princípios fundamentais do Direito Penal, sendo o primeiro e básico o da dignidade da pessoa humana, do que decorre a proibição de penas cruéis ou o desrespeito à integridade física e moral do preso e do condenado, as penas de caráter perpétuo, a pena de morte. Outros princípios fundamentais, garantidores do indivíduo contra o arbítrio estatal são os da legalidade, da não retroatividade, da proporcionalidade, da individualização da pena.

Ao lado desses princípios garantistas, uma Constituição de marca social alça ao patamar de valores constitucionais condições essenciais de vida com dignidade, os

denominados “direitos sociais”, como a saúde, a educação, os direitos trabalhistas, o meio ambiente, bem como as regras da atividade econômica, como a livre concorrência e o limite ao poder econômico.

Neste sentido o Direito Penal está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se a esses princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se. Mesmo porque do contrário a norma seria inconstitucional (REALE JÚNIOR, 2002).

Alguns penalistas, no entanto, procuram ancorar de forma mais estrita o Direito Penal à Constituição, entendendo que não pode o direito penal punir comportamentos que não lesem valores constitucionais (CUNHA, 1995, p. 129).

A dignidade penal, portanto, decorreria como reflexo dos princípios e valores constitucionais, espelhando-os. Indo mais além, haveria a força impositiva da Constituição de se proteger valores constitucionais por via da incriminação, dando eficácia ao teor do texto constitucional (CUNHA, 1995, p. 287). A Constituição, ao promover um determinado valor, estaria por isso autorizando o legislador ordinário a proteger esse valor por meio da tutela penal.

Essa concepção, diante da amplitude dos textos constitucionais, que antes fixam diretrizes, com normas promocionais, como a de que a “saúde é um dever do Estado”, estaria antes alargando o campo penal do que restringindo-o, ao que Janaína Pascoal (2003, p. 40) considera que conduz antes ao Direito Penal máximo do que ao Direito Penal mínimo, sendo incompatível com o reconhecimento de que deve o Direito Penal ser a *ultima ratio*.

Doutra parte, a Constituição, ao consagrar valores, visa antes a dirigir a ação estatal no sentido da sua realização, e não descrever condutas proibidas. A incriminação se gira em torno da proteção de um valor, no entanto, tem por objeto uma determinada espécie de conduta, a lesar de forma relevante esse valor. Destarte, o exa-

me da criação de tipos penais requer atenta reflexão sobre o grau de ofensividade de um comportamento a fim de se aquilatar se efetivamente requer a proteção penal.

Os valores fundamentais da justiça e liberdade exigem que o legislador, ao construir as normas incriminadoras, arcabouço do Direito Penal, tenha em vista os bens jurídicos considerados dignos de tutela. O bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador pelo valor digno de tutela penal¹ (REALE JÚNIOR, 1998; FIANDACA; ALBEGGIANI, 1996, p. 161). E bem por essa razão, o crime constitui, no dizer de Fiandaca e Albeggiani (1996, p. 160), “offesa significativa a beni costituzionalmente rilevanti”, pelo que, da própria Constituição, se extrai também o princípio da “ofensividade”, isto é, o crime só pode ser lesão ou efetiva colocação em perigo de um bem jurídico.²

Em um Estado de Direito Democrático, a configuração penal – por se constituir na forma mais gravosa de interferência, com custos elevados ao infrator e também à sociedade – deve-se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva desses valores. A intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social.

O bem jurídico deve exercer, na esfera da Política Criminal, importante função ao orientar o legislador na decisão de qual conduta deva ser reprimida por meio da ameaça penal. E mais: auxilia a definir, entre múltiplas formas que a conduta possa apresentar, qual aquela especial que, dadas

¹ Para os autores citados, o bem jurídico deve funcionar como critério de seleção dos fatos puníveis.

² No mesmo sentido, Fiandaca e Musco, para os quais o recurso à pena, por violar o direito de liberdade, apenas se justifica se dirigido a tutelar bens socialmente valiosos dotados de relevância constitucional. (*Diritto Penale*, Bolonha, Zannichelli, 2. edição, p. 28). Entre nós acerca do princípio constitucional penal da “ofensividade”, Cf. D’avila, Fábio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, Coimbra, 2006.

suas características, exige-se seja incriminada por ofender efetivamente um interesse avaliado como relevante.

Assim, pelo *princípio da liberdade*, esta apenas pode ser restringida por ofensa relevante a bem jurídico, a ser sancionada de forma proporcional ao relevo social do valor atingido, e em vista da forma agressiva pela qual foi atingido.

A ameaça penal utilizada prodigamente pode conduzir a “tipos grotescos sancionados com penas grotescas,” como diz Enrique Cury (1973, p. 49). Por isto, deve-se recorrer, repita-se, à ameaça penal com prudência, na expectativa de que o legislador só utilize o Direito Penal “para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos a esos bienes jurídicos” (MUÑOZ CONDE, 1984, p. 49).

Assim, se a norma incriminadora deve visar a proteção de valores fundamentais à convivência social, não tem cabença o avassalador processo de criminalização, operado por meio de uma inflação legislativa penal (DOTTI, 2002, p. 25)³, que conduz a uma contínua administrativização do Direito Penal, com referências no tipo penal à inobservância de normas regulamentares como fulcro da conduta incriminada.

A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato, está a concepção pela qual a lei penal visa antes a “organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los.

II – O Direito Penal pós-Constituição

A trajetória da produção legislativa em matéria penal no Brasil, após a Constituição, não seguiu a diretriz de prudência na

³ Elenca a série de leis penais recentemente editadas no Brasil, relativas a fatos irrelevantes no plano penal.

escolha das condutas a serem alçadas à categoria de comportamentos penais típicos, não por eleger bens jurídicos destituídos de relevo, pois a própria Constituição prevê sua proteção penal, mas por se realizar intenso expansionismo, sob o impacto da denominada “esquerda punitiva”, para a qual a criminalização do mínimo se tornou o instrumento de tutela dos bens de interesse difuso. Desse modo, vulgariza-se a repressão penal e criam-se oportunidades de extorsão policial com a ameaça estatal sobre ações irrelevantes, quando muito merecedoras de sanção administrativa.

De outra parte, sob o impacto do crescimento da violência, baseado na hipótese do denominado “crime hediondo”, mencionado no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, pretendeu-se, ingenuamente, enfrentar o crescimento da criminalidade com o rigor penal, ao se consagrar medidas limitadoras de direitos fundamentais previstos no mesmo art. 5º da Constituição.

Começamos pela análise do processo de administrativização do Direito Penal.

1. A lei penal ambiental

Com a Lei nº 9.605/98, pretende-se, no campo da proteção penal ao meio ambiente, aliás, prevista no art. 225, § 3º, da Constituição, atribuir ao Direito Penal uma tarefa primordialmente intimidativa, que não só se antecipe ao resultado lesivo, mas incida sobre momento prévio que sequer coloque o bem jurídico em possível perigo (PELARIN, 2002, p. 154)⁵. Segundo essa concepção, o tipo do crime ecológico

⁴ CARVALHO (2006, p. 93) anota que se observa com espanto a facilidade de movimentos progressistas atrelados às esquerdas em recorrer ao direito penal, em um movimento que denomina de “nova moral criminalizadora”. Assim ONGs e mesmo instituições ligadas aos direitos humanos acabam consumindo o discurso criminalizador, com um potencial maior do que o dos setores conservadores tradicionais.

⁵ Para o qual se instrumentaliza a proteção dos bens jurídicos por meio de delitos de perigo abstrato, sendo suficiente a comprovação da ação, em descrição típica vaga, punindo-se a mera desobediência. Para Pelarin (2002, p. 157), recorre-se a malabarismos penais,

configurar-se-ia, no dizer de Paulo José da Costa Júnior (1996, p. 79), como um crime-obstáculo, sendo, então, a intervenção do legislador penal uma medida preventiva diante de uma simples promessa de lesão ao bem protegido, ou seja, um crime de mera posição. É de se rejeitar a admissão de uma intervenção penal com essas características (SILVEIRA, 2003, p. 137).

Por outro lado, no Direito Penal Ambiental, como demonstra a Lei nº 9.605/98, dá-se uma evidente dependência em face do Direito Administrativo, o que tem como corolário a obrigatoriedade do recurso ao reenvio a elementos extrapenais na formulação da norma incriminadora⁶. Para Hassemer (1998, p. 31), inafastavelmente o Direito Penal ambiental transforma-se em instrumento auxiliar do Direito Administrativo, mesmo porque apenas as normas regulamentares de cunho administrativo podem fixar os limites do permitido e do proibido. Assim, a Lei nº 9.605/98 apresenta diversas normas incriminadoras que fazem o reenvio a normas administrativas, para estabelecer os lindes dentro dos quais a conduta é de se considerar ilícita (MASCARENHAS PRADO, 2000, p.95).

Exemplo de exagero punitivo e de referência a dado regulamentar que torna a lei penal incompreensível vê-se no crime de dano do art. 40 da Lei nº 9.605/98, que considera crime dar causa a *dano direto ou indireto à Unidade de Conservação ou às áreas definidas no Decreto nº 99.274/90*. Nessa figura penal, não se exige especial dimensão ao dano, nem se indica o que seja dano indireto e, no entanto, pune-se com reclusão de um a cinco anos. O mais grave está em se prever no parágrafo o crime na forma culposa,

como a tutela antecipada, na crescente utilização de figuras de perigo abstrato.

⁶ A "ligação por demais estreita com a disciplina administrativa é, em muitos casos, fonte primeira do que se deve evitar: a grande indeterminação das descrições típicas" (PRADO, 2001, p. 33). Vide, igualmente, Almeida da Costa, p. 28. A dependência mútua entre os ramos do Direito Administrativo e Penal em matéria ambiental é ressaltado por Miranda Rodrigues.

consistente na causação negligente de dano indireto a unidade de conservação.

O mesmo se pode registrar em face do crime previsto no art. 49, pelo qual se pune o fato de maltratar planta de ornamentação de logradouro público ou de propriedade privada, dispondo-se, também, que será crime o dano ou maltrato a planta de ornamentação de terceiro causado culposamente. Assim, tropeçar e pisar a begônia do jardim do vizinho tornou-se delito punido com pena de detenção de um a seis meses.

Outros exemplos do acima registrado está no crime de perigo abstrato previsto no art. 56 da Lei nº 9.605/98, consistente em embalar substância tóxica *em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou nos seus regulamentos, punido-se a conduta com reclusão de um a quatro anos*.

Exageros punitivos, com recurso a critérios de cunho meramente disciplinares e com sanção desproporcional, estão presentes também nos parágrafos 1º e 3º do mencionado art. 56. No § 1º pune-se com a pena de reclusão de um a quatro anos e multa a ação de abandonar produto tóxico ou de utilizá-lo em desacordo com as normas de segurança. O desrespeito às normas de segurança, que deveria constituir infração administrativa, é alçado à condição de crime, com pena igual à cominada ao crime de poluição, o mais grave constante da lei.

No § 3º prevê-se a forma culposa do abandono do produto tóxico ou da sua utilização sem observância das regras de segurança, em marcado exagero criminalizador, cominando-se a pena mínima de seis meses de detenção, ou seja, a metade da pena prevista para o crime de poluição.

Por fim, ressalto a figura penal prevista no art. 56, § 1º, que descreve como crime o fato de abandonar ou usar em desacordo com as normas de segurança substâncias tóxicas, admitindo-se como delito a conduta culposa, consistente no esquecimento de um produto agrotóxico no campo.

Constata-se, portanto, a elevação de condutas insignificantes à categoria de

crimes, em uma expansão de cunho meramente simbólico, instrumentalizando-se o Direito Penal, afastando-o dos pressupostos de dignidade e merecimento de pena das condutas incriminadas próprios de um Estado de Direito Democrático.

2. Código de Defesa do Consumidor

Outro diploma penal, que decorre de previsão constitucional, art. 5º, XXXII, é o Código de Defesa do Consumidor, cujas falhas técnicas na parte penal são gritantes, a começar pela sofreguidão punitiva de que é exemplo a dupla punição da publicidade abusiva, nos artigos 67 e 68.

Nos artigos 67 e 68 da Lei 8.078/90, estabelece-se:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Sucedo, contudo, que a publicidade abusiva vem descrita no art. 37:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º...

§ 2º É *abusiva*, dentre outras, a publicidade *discriminatória* de qualquer natureza, a que *incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais*, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Segundo esse artigo, a publicidade é abusiva por violar o devido respeito à pessoa, instrumentalizada ao se explorar

sua fragilidade, para, por meio do medo, da superstição, do pequeno discernimento, pretender cooptar sua adesão em favor da aquisição de um produto. É também abusivo o anúncio se for capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A abusividade⁷, destarte, apresenta diversas facetas, mas que contém um denominador comum, qual seja, a proteção dos *especialmente frágeis ou vulneráveis*⁸, especialmente frágeis porque discriminados, porque de menor experiência ou conhecimento, porque passíveis de intimidação pelo medo ou superstição, porque receptores crédulos e confiantes facilmente induzidos a comportamentos prejudiciais à sua própria segurança.

Ora, se no art. 67 prevê-se como crime a prática de publicidade abusiva, no artigo seguinte, art.68, descreve-se como crime exatamente a prática de publicidade abusiva, sancionando-se, no entanto, com pena maior. A falta de critério, na sofreguidão punitiva, leva aos absurdos dessa natureza, nada justificando que se isole uma forma de abusividade, de igual danosidade e fundamento que as demais, para se punir com o dobro da pena.

⁷ A Diretiva 89/552 da CEE, denominada “TV sem fronteiras”, estabelece em seu art. 12 que a publicidade na televisão não deve afrontar a dignidade da pessoa humana e conter qualquer tipo de discriminação, interferir em convicções religiosas ou encorajar comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança dos consumidores. A respeito, Cf. Tenreiro, (1996, p. 207).

⁸ No art. 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece-se a presunção absoluta de ser o consumidor vulnerável. É um dos princípios basilares para compreensão da relação de consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, considerado este princípio, por Judith Martins Costa (2004, p. 85-128), como um postulado fático-normativo e, portanto, um ponto de partida obrigatório, fundado na realidade, mas agasalhado pelo direito. Diz Judith Martins Costa ser o pressuposto fático e normativo da vulnerabilidade do consumidor também estruturante da Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo.

Mas o Código de Defesa do Consumidor apresenta, também, exemplos de criação de figuras penais que contemplam condutas irrelevantes, sem dignidade penal, desmerecedoras de pena, como se pode ver no tipo penal previsto no § 2º do art. 66, que prevê a omissão culposa de informação relevante acerca da durabilidade ou desempenho do produto ou serviço.

Igualmente, não se compadece com a dignidade penal a figura estatuída no art. 73 do Código de Defesa do Consumidor que tipifica como crime *deixar de corrigir IMEDIATAMENTE informação sobre consumidor constante de cadastro ou banco de dados que DEVERIA SABER INEXATA*, ou seja, pune-se a ação negligente de não se ter corretamente tomado ciência de fato por essa razão não de imediato alterado.

Passemos, então, ao segundo aspecto destacado, qual seja, o da falta de relevo penal de incriminações tratadas com elevada e desproporcional reprimenda.

3. *Lei dos crimes hediondos*

Houve, de 1988 a esta parte, a criação de disposições penais de extremo rigor que correspondiam a uma genérica disposição constitucional, ou seja, a estipulação da categoria de crimes hediondos, que a lei ordinária especificou e deu tratamento penal diferenciado, para atender a reclamos de férrea repressão da opinião pública em face de fatos explorados pela mídia.

Deu-se larga resistência durante a Constituinte a se aprovar a emenda proposta pelo deputado paulista do PTB Gastone Righi que, por exercer a liderança de seu partido, terminou por conseguir ver aceita a proposta de previsão de crimes hediondos, a serem definidos em lei, conforme o art. 5º, XLIII.

Em seguida ao seqüestro de Roberto Medina, no Rio de Janeiro, no ano eleitoral de 1990, o Congresso resolveu editar a denominada Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.172/90, por via da qual, com relação a determinados crimes, como tráfico de en-

torpecentes, latrocínio, extorsão mediante seqüestro, estabelecia-se que a pena seria cumprida desde o início em regime fechado, vedada a progressão de regime, podendo ser concedida a liberdade condicional cumpridos 2/3 da pena.

Sempre defendi a inconstitucionalidade da lei, pois, com a proibição da progressão, impedia-se a individualização da pena, que se dá em três planos: legislativo, ao se fixar a pena em abstrato na norma penal; judicial, na aplicação concreta da pena na sentença condenatória; e executória⁹, ao se definir benefícios ou restrições no cumprimento da pena conforme o comportamento do apenado, o que compreendia a passagem de um regime mais duro para outro menos rigoroso.

O Supremo Tribunal Federal, em sua anterior composição, não reconheceu a inconstitucionalidade da proibição da progressão. Essa inconstitucionalidade era, ao ver de muitos, evidente. O Executivo constituiu Comissão presidida pelo falecido procurador da República FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, comissão esta que integrei. Foi elaborado anteprojeto de lei, visando, em um eufemismo, a permitir aos crimes de especial gravidade, na verdade os hediondos, um processo de progressão na execução da pena, mas com maior rigor. Permitia-se a passagem para o regime semi-aberto desde que cumpridos 2/5 da pena. O livramento condicional permanecia aos dois terços da pena.

Aprovado o projeto na Câmara, no Senado no dia de votação na Comissão de Justiça, havendo parecer favorável do relator, Senador Bernardo Cabral, o senador Antonio Carlos Magalhães, em tom de denúncia, repercutida pela rede Globo, anunciou que se pretendia facilitar a vida dos bandidos. O governo ficou acuado e indevidamente retirou o projeto.

⁹ Neste sentido, Garcia Garcia (1999, p. 319), afirma que com base em MIR PUIG, ao momento legislativo e ao judicial deve-se acrescer a individualização durante o cumprimento das penas de prisão.

Passados os anos, o Supremo Tribunal Federal, em sua nova e recente composição, reconheceu a inconstitucionalidade do impedimento da progressão na execução da pena de prisão, a ser cumprida integralmente no regime fechado, por lesão à individualização da pena, garantida no Art. 5º da Constituição. Dessa forma, passou-se a aplicar a progressão prevista para a generalidade dos crimes, com a passagem do regime fechado para o semi-aberto passado 1/6 do tempo de aprisionamento, podendo o livramento condicional ser concedido no prazo de 1/3 da pena.

Em voto vencedor¹⁰, o Ministro Aires Brito afirmou:

“a ordem constitucional, se interpretada como um todo harmônico, jamais se coaduna com a vedação da progressão, como se percebe da proibição da pena de morte e de prisão perpétua. Assim, há um mister reeducativo que deve ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro, daí a supremacia da individualização das penas, que deve ser seqüenciada. Lembrou, também, que o fato de a Constituição permitir ao legislador a regulação da progressão, não lhe cedeu autorização de nulificar o processo gradativo de ressocialização. Em síntese, asseverou que: a) A vontade objetiva da Constituição de 1988 é de acolher a regenerabilidade de toda pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal; b) deve existir claro comprometimento do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) com a garantia da individualização da pena (CF, art. 5º, inc. XLVI); c) não se pode confundir hediondez do crime com a hediondez da pena, devendo ser lembrado que a condenação não nulifica os direitos à saúde, à integridade física, psicológica e moral, à recreação,

à liberdade de expressão, à preferência sexual e de crença religiosa”.

Diante da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, os juízes da Execução Penal também mudaram de opinião, e passaram a aplicar, para os crimes definidos como hediondos, a progressão de regime nos prazos fixados para a generalidade dos crimes, conforme disposto no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Editou-se, então, com rapidez a Lei nº 11.464/67, que estabelece, exatamente, a progressão, tal como proposta anos antes para os crimes de especial gravidade.

Atendendo o clamor público, sequioso de resolver o problema da criminalidade violenta pelo meio fácil e enganoso do rigor penal, dando ouvidos à ideologia conservadora da Lei e da Ordem, o governo e o Congresso violaram seguidamente a Constituição. Rejeitou-se uma solução que se estava à beira de aprovar com receio da opinião pública, solução à qual se teve de retornar apressadamente para vir ao encontro de um termo médio que respeitasse a Constituição e, ao mesmo tempo, correspondesse aos anseios de maior rigor para com os crimes violentos.

4. *Lei dos remédios e cosméticos*

Com a mais absoluta ausência de critério e em arrepio ao princípio da proporcionalidade, no ano eleitoral de 1998, nas únicas reuniões do Legislativo durante o recesso branco em vista do pleito, o Congresso, diante da repercussão da venda de anticoncepcionais com apenas farinha em sua composição, editou a lei dos remédios (Lei nº 9.677/98), tratando com rigor não só a falsificação de medicamentos como também a venda de shampoo em discordância com a fórmula aprovada pela ANVISA, independentemente de se ter causado algum dano à saúde. Pune-se tal fato “delituoso”, conforme disposto no novel art. 273, § 1º A, do Código Penal, com reclusão de dez a quinze anos, enquadrando-se a conduta como crime hediondo.

¹⁰ *Habeas Corpus* nº 82.959-7, de 23 de fevereiro de 2006.

A ausência de dignidade penal da conduta é evidente, o que torna ainda mais inaceitável a punição imposta, gravemente lesiva ao princípio da proporcionalidade, ao se prever a esse crime, indevidamente considerado hediondo, a pena mínima de dez anos de reclusão, mesmo que o produto cosmético, fabricado com divergência ao registrado na ANVISA, não venha a ser perigoso ou danoso à saúde¹¹.

5. O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

Em 2003, foi editada a Lei nº 10.792, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por via do qual se estabelece o encarceramento em cela individual, sem sair dela a não ser para banho de sol diariamente por duas horas, a se impor o completo isolamento do condenado.

O RDD é de ser imposto ao preso que cometa crime doloso, bem como àqueles que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, critério que fica ao talante da subjetividade do diretor do estabelecimento prisional do qual deve partir a sugestão do castigo cruel.

A Lei nº 10.792 modificou a Lei das Execuções Penais para acrescentar a medida drástica do RDD, passando o art. 52 a ter nova redação:

“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:

¹¹ Trata-se de mais das tantas figuras de perigo abstrato produzidas recentemente em nossa legislação, nas quais se antecipa a incriminação, considerando-se a conduta em si perigosa, independentemente da criação de uma situação de perigo, no pressuposto de uma lesividade que a ação encerra e que guarda em si, como assinala Angelo Roberto Iha da Silva, que indica a inconstitucionalidade de diversas figuras de perigo abstrato em seu livro: *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*, São Paulo, RT, 2003.

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.”

Ora, infringe-se com a criação do RDD a proibição constante do art. 5º, XLVII, no sentido de não haver penas cruéis. O isolamento celular, sem contato com qualquer pessoa, a não ser o direito a uma breve visita semanal, sem qualquer atividade ou ocupação, é o caminho seguro para a perda da identidade e para a abulia. O silêncio imposto, pois só se poderá conversar com as paredes, conduz, como se verificou no sistema aubarniano nos EUA, à loucura. Trata-se, portanto, de pena cruel, evidentemente vedada pela nossa Constituição, de caráter meramente profilático, de exclusão até mesmo do meio carcerário, a se visualizar o detento como *inimigo*, nos termos preconizados por Jakobs, ou seja, pessoa a ser desconstituída de direitos e garantias diante do perigo que representa ao Estado e à civilização¹².

¹² Sobre direito penal do inimigo Cf. Jakobs (2005, p. 37).

Na falta de competência para se garantir a disciplina carcerária, resolve-se a questão pela forma mais fácil: trancafia-se o reputado perigoso (critério este sim perigoso) para, com certeza de sua não integração futura, fazer da exclusão um fim em si mesmo, punindo-se o condenado mais gravemente do que o foi pela sentença, em face da eventual possibilidade, como perigoso, de atos futuros nocivos à vida prisional.

III – Conclusão

Verifica-se, então, que o Direito Penal como desaguadouro de todas as frustrações da sociedade pós-moderna, na qual faltam formas de controle social informais, assumiu um papel de tábua de salvação, pau para toda obra, razão pela qual vem sendo instrumentalizado como solução para a defesa de interesses diversos, visando antes a ordenar e a satisfazer interesses da Administração, do que a impor a positividade de valores essenciais.

Urge, portanto, reafirmar o princípio da reserva do Código Penal, para se evitar a proliferação de leis mistas, que têm por objeto aspectos variados de determinada questão, sob aspectos civis, administrativos e também penais, com perda dos parâmetros próprios da tipificação penal.

De outra parte, sob a ótica da proporcionalidade e da ofensividade, cumpre fazer-se uma revisão da legislação penal extravagante, para adequá-la aos princípios fundantes de nossa Constituição.

Referências

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. Desenvolvimento sustentável e proteção penal do meio ambiente no Mercosul. 2001. Dissertação de Mestrado em Direito - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. Direito penal ecológico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CUNHA, M. C. F. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CURY, Enrique. Orientación para El estudio de La teoria Del delito. Santiago: Ediciones Nueva Universidad, 1973.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios. Coimbra, 2006.

DOTTI, R. A. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIANDACA, Giovanni; ALBEGGIANI, Ferdinando Libri. Casi i questioni di diritto penale. Milão: Giuffrè, 1996.

_____; MUSCO, Enzo. Diritto penale. 2.ed. Bolonha: Zannichelli.

GARCIA GARCIA, Julian. Drogodependencias y justicia penal. Madrid: Ministério da Justiça, 1999.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito ambiental. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v.22. São Paulo: Revista dos Tribunais. Abr./jun. 1998.

JACKOBS, Gunther. Derecho penal Del enemigo. Cancio Meliá (Trad.). Madrid: Civitas, 2003.

MARTINS COSTA, Judith. Os campos normativos da boa fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. Estudos de direito do consumidor. v.6. Coimbra, 2004.

MASCARENHAS PRADO, Alessandra Rapassi. Proteção penal do meio-ambiente: fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Direito penal do ambiente: uma aproximação ao novo direito português. In: Revista de Direito Ambiental. ano 1. abr./jun. 1996.

MUÑOZ CONDE, F. Teoria general Del delito. Temis, 1984.

PASCOAL, Janaína C. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: RT, 2003.

PELARIM, Evandro. Bem jurídico-penal: um debate sobre a discriminação. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PRADO, Luís Régis. Crimes contar o meio ambiente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Miguel. Teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face de Constituição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Drogas e política criminal entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE

JÚNIOR (Coord.). Drogas, aspectos penais e criminológicos. Coletânea. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TENREIRO, Mário Paulo. O regime comunitário da publicidade enganosa. In: Comunicação e defesa do consumidor. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1996.