

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: MAIS DE UMA DÉCADA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ricardo Gueiros Bernardes Dias¹

João Guilherme Gualberto Torres²

Fecha de publicación: 01/02/2016

SUMÁRIO: introdução. 1. Raízes históricas do regime disciplinar diferenciado. 2. O regime disciplinar diferenciado. 3. A inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. 4. O comportamento jurisprudencial. 5. Uma herança norte-americana. Conclusão. Bibliografia.

RESUMO:

O presente trabalho visa a reintroduzir no cenário jurídico a discussão acerca da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, trazido pela Lei n. 10.792/03. Passada mais de uma década, ainda se fazem necessários apontamentos sobre a violação aos Direitos Humanos e a insistência no desrespeito aos cânones seculares do Direito Penal, perpetrados através da implantação desse regime ainda mais gravoso. A busca pela efetivação de direitos constitucionais de cada cidadão deve, em tempos atuais, persistir, igualmente, na fase de execução penal,

¹ Doutor em Direito pela University of California (San Francisco)/UGF (sanduíche), Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Comparado pela Cornell/Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Professor de Direito Constitucional e Direito/Processo Penal da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Visiting Researcher da Univeristy of California. Email: ricardogueiros2014@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Monitor da disciplina de Teoria Geral do Direito Penal II. Participante do Programa de Iniciação à Docência (2014). Participante do Programa Institucional de Iniciação Científica (PIIC – 2012/2013). Aluno especial do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Email: joaoggtorres@hotmail.com

se se quer um sistema carcerário mais consentâneo com a Carta Magna de 1988. O curso do tempo não pode permitir que discussões tão caras ao ordenamento jurídico nacional se percam no vazio.

Palavras-chave: regime disciplinar diferenciado; princípios constitucionais; direitos do preso; inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

De tempos em tempos, a sociedade se contrasta com a ânsia de punições mais severas àqueles que teriam, supostamente, descumprido o pacto social da convivência humana.

Inevitavelmente, caminha-se em direção a um direito mais punitivo, mais repressor, mais severo para com aqueles que não se enquadram nas normas sociais estipuladas pelas pessoas que se julgam superiores e de bem.

Em pleno século XXI, temos assistido a noticiários em que os jornalistas impulsionam toda a massa a pensar que o Direito Penal é falido e que não pode tal ramo do Direito almejar maiores louros em sua jornada, vez que, ao lado de um Estado omissivo, de um Judiciário político e de uma polícia promíscua, resta ao indivíduo de bem armar-se contra toda a tirania da violência.

Desse modo, cada vez mais, obnubilado se torna o desiderato de atingimento de efetivação dos direitos constitucionais de cada cidadão. Este grau de desenvolvimento, que deve ser alcançado o quanto antes, só se afigura possível quando todos se sentem ligados por um ideal comum, o que, no que se buscará estudar, está em não degenerar indivíduos.

Lúcidas as palavras de Cesare Beccaria (2011, p. 36), segundo as quais:

“como as leis e os costumes de um povo estão sempre atrasados vários séculos em relação às luzes atuais, conservamos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçadores do norte, nossos selvagens antepassados”.

Se, no Código Penal, não são suficientes as cominações abstratas para o cometimento de uma série de delitos, na Execução Penal ainda é possível proporcionar ao condenado (ou mesmo ao preso provisório) limites à sua já limitada liberdade, em homenagem às preces populares por extermínio da violência.

A extinção da criminalidade, todavia, não será atingida com um sistema de Execução Penal cada vez mais intolerante com os apenados e distanciado da sua função ressocializadora. Os presídios têm se tornado

máquinas de criminosos, pois o próprio sistema, que os deveria recompor à convivência social, transforma-os em sujeitos ainda mais desmoralizados em seu íntimo, pelo que não lhes resta saída outra senão a revolta contra tudo o que está posto. E, marginalizados, marginalizam-se.

A comoção popular, acompanhada da influência midiática, atinge seus desideratos quando, em momentos de concessões legislativas, é possível politizar questões que independem de um sistema penal mais rígido.

É dizer, abandonam-se os princípios diretivos do Direito Penal, numa visão holística, em prol de um entusiasmado ânimo social pela extirpação imediata da delinquência, ferindo-se de morte direitos e garantias conquistados ao longo do tempo.

Por anos, o Direito da Execução Penal³ esteve alijado dos grandes debates, não recebendo a devida atenção da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Com o advento da Lei n. 7.210/84, novo rumo traçou o ordenamento, garantindo que direitos outros, não atingidos pela condenação, não podem ser violados.

Crescente, contudo, a infâmia de que os delinquentes só poderiam ansiar a morte ou o degredo perpétuo, a legislação rapidamente deturpou-se em mísero local para apontamentos do caos social. Os “defensores de bandidos” foram taxados de permissivistas da violência nacional, entregando a quem não de direito direitos e garantias somente pertencentes aos homens bons, e não aos violadores do pacto social.

A instituição do Regime Disciplinar Diferenciado insere-se no rol com tantas outras leis provocadas por comoções sociais e convulsões populares. Tal é o caso da Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que, é sabido, ganhou ampla notoriedade dado o recrudescimento do crime de extorsão mediante sequestro e, mais ainda, com o assassinato da atriz Daniela Perez.

³ “Conjunto de princípios e regras que regulam a execução das penas e das medidas de segurança. A execução penal em sentido estrito compreende a atividade jurisdicional do Estado com a cooperação da comunidade, objetivando o cumprimento das penas e das medidas de segurança estabelecidas na sentença. Em sentido amplo, esta nova disciplina compreende também a efetivação das decisões judiciais e administrativas relacionadas com as garantias, os deveres e os direitos do preso provisório, do condenado, do internado e do egresso. Esta é a leitura que se faz dos arts 1º e s. da Lei n. 7.210 de 11.7.1984 (LEP)”.(DOTTI, 2002, p. 553). Corrobora, nesse sentido, a nota 10 (dez) da Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais: “Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal”.

Mais uma vez, luminares as palavras de Beccaria (2011), quando, ainda em 1764, afirmava:

“As penas que ultrapassam a necessidade de conservar os depósitos da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos” (p. 28).

“À medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível, e se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas” (p. 62).

Ao invés de se conduzir a política pela intervenção estatal mínima, buscando, apenas em casos extremos, aplicar suas pesadas sanções, permite-se que o Direito Penal *lato sensu* seja invadido por um revanchismo de épocas miseráveis, em que possibilitada a vingança privada. Tal não difere do corrente, quando assistimos a linchamentos ou qualquer outra punição ilegítima por crimes cometidos.

Inundada por um discurso comovente, a população se infla contra aqueles que desejam repensar as ciências criminais em observância, igualmente, à prevenção do crime. O que, de modo algum, é feito através do recrudescimento das sanções ou aumento da respectiva torpeza⁴.

A pena, guiada pelos princípios constitucionais, prodigamente trazidos no bojo da Magna Carta, assevera as implicações da manutenção de um Estado que, em vez de se influenciar pelas “vozes sanguinárias das ruas”, escolhe conceder aos cidadãos um espaço em que se saiba que a pena é justa e proporcional, e que somente será aplicada diante da certeza de um mal cometido. Isso é política criminal responsável⁵!

Concorda-se, assim, com Elisangela Melo Reghelim (2006, p. 18), para quem:

“O sentimento de insegurança pública não é passível de ser mensurado nem pode servir como parâmetro para o legislador, pois inúmeras vezes o sentimento de temor relaciona-se

⁴ Com Beccaria (2011), ainda: “É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo cálculo dos bens e dos males desta vida”. (p. 116).

⁵ “Para não ser um ato de violência contra o cidadão a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”. (BECCARIA, 2011, p. 123).

justamente em relação a situações nas quais, estatisticamente, o risco de ser vitimizado é baixo.”

Propriamente no caso da Execução Penal, a rebelião nos presídios de São Paulo, supostamente provocadas pelos engenheiros do tráfico de drogas e de armas, assim como o assassinato de juízes em São Paulo e em Vitória, quer sinalizar que a atuação legislativa está diretamente atrelada a fatos recentemente ocorridos e amplamente noticiados.

A produção legislativa megalomaníaca ainda não conseguiu se desincumbir de um papel de protagonista dos apelos emocionais, trazido para si mesmo. No afã de fazer política e garantir pleitos eleitorais, parlamentares enveredam-se nos trilhos de um “direito cotidiano”, de “homens teóricos da rua” (*everyday theories*).

A discussão em voga, neste milênio, sinaliza o binômio cidadão-debem *versus* o-inimigo-declarado (não-cidadão). Estipula-se ser este último aquele que reiteradamente viola regras de condutas tuteladas penalmente; rescinde, pois, unilateralmente o seu contrato com o Estado. No Direito Penal do Inimigo (Günther Jakobs), busca-se a eliminação de um perigo real e iminente (MENEZES, 2006, p. 19).

O discurso de alteração e modernização da Lei n. 7.210/84 transformou-se, ao longo do tempo, no desejo ardente de supressão dos chamados “direitos penitenciários”. Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 645) critica o posicionamento do Governo nas seguintes palavras:

“Ao invés de o governo melhorar a sua política penitenciária, para adequar-se aos preceitos legais – muitos deles inclusive insculpidos na própria Carta Magna -, adota a posição inversa: já que não pode ou não quer atender a tais mandamentos, simplifica tudo: não muda a política penitenciária para atender às previsões da lei de Execução Penal, mas muda referida lei – piorando-a, isto é, suprimindo aqueles preceitos que já vinha descumprindo – para, assim, adequá-la à sua péssima administração penitenciária, caótica, desumana e altamente criminógena, ou seja, uma verdadeira fábrica produtora de delinquentes.”

Busca-se, diante da análise do sistema de regime disciplinar diferenciado, perquirir se os escopos previstos no passado foram alcançados, atendendo-se aos objetivos de desenvolvimento propostos para este Milênio. Ainda, se é possível sob os auspícios constitucionais a manutenção de regime tão aviltante e repressor, que recrudesce infrenemente a massa dos vulneráveis a esse sistema.

A abordagem do RDD é exigência para uma avaliação de mais de uma década de um projeto que, se logrou êxito, fê-lo à custa de todo o rol de direitos e garantias fundamentais. E, se não logrou, contribui, diariamente, para evidenciar de que forma a “legislação-de-massa” é tão danosa ao indivíduo, degenerando-o em sua constituição física, psíquica e moral.

1 RAIZES HISTÓRICAS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A construção do Estado e a transição do Estado Liberal para o Estado Social exigem do estudioso do Direito posicionamento crítico frente às vultosas evoluções.

A cada transformação, novos paradigmas são descortinados, como atingimento de um grau maior (ou seria menor?) de evolução/involução da vida humana na Terra. O paradigma, à parte se melhor ou pior que o anterior, é, sempre, um novo paradigma, o qual se reveste de lente para que se olhe tudo o mais.

A leitura de institutos e regras merece, com isso, nova análise já sob o novo véu paradigmático, que enseja a abertura a novas posições doutrinárias, teses inovadoras e questionamentos nunca dantes experimentados. Abre-se, pois, o tempo para o desenvolvimento de novas habilidades.

A Carta Constitucional de 1988 provocou (ou devia ter provocado) releitura de institutos seculares do Direito Penal e exerceu (ou devia ter exercido) influência nas novas legislações. Não se pode desvencilhar do texto constitucional e idealizar um ordenamento jurídico sem que nele se sustente. Na visão piramidal, ocupa a Constituição o topo, do qual decorrem todos os consectários principiológicos.

De acordo com o magistério de Ela Wiecko (1988, p. 25),

“na concepção do Estado de Direito Social, não pode haver espaços juridicamente vazios, todos devem ser fundamentados na lei e na Constituição. Nesse contexto o conceito de relação especial de poder perde sentido. O campo de discricionariedade da Administração diminui. O condenado, o recluso, possui um “status” que engloba direitos e deveres, é um sujeito na relação com o Estado. De qualquer forma, porém, em todos os países em que vigora essa concepção política, ocorreu um atraso na efetivação desses postulados. O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de

modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro dos limites definidos.”

O Regime Disciplinar Diferenciado, implementado pela Lei 10.792/03, foge à regra de submissão ao novo contexto pós-88. “Representa a expressão máxima da prevalência da presença do Estado autoritário nos presídios, em contraponto à ausência do Estado-Social ‘além-muros’” (MENEZES, 2006, p. 19).

No quadro de proteção àqueles cidadãos condenados, o Estado que se afirma democrático deve priorizar igualmente e de forma geral os indivíduos. Assim também, a prisão merece nova leitura, como espaço propício à ressocialização⁶.

A prisão, por ausência de um sistema melhor, recebeu o epíteto de “mal necessário”, o que, para muitos, deveria abrigar eternamente os delinquentes causadores do “mal estar social”. A pena privativa de liberdade⁷ retira do indivíduo aquilo de que mais precisa, para fins de garantir-se como independente e promotor/gestor da própria vida.

No escólio de Damásio (1982, p. 475),

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

Ocorre que, como salientado anteriormente, a legislação deixou-se guiar por caminhos de duvidosa legitimidade, influenciada pela “legislação de pânico”, a qual encontra solo fértil quando, conforme apontam Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich, (1) a cultura de emergência se funda nas premissas de impunidade e de aumento da criminalidade e (2) a vinculação desses fatores (impunidade e alta criminalidade) ao excesso de direitos e garantias do réu/condenado (CARVALHO, WUNDERLICH, 2004).

Guiado pelas rebeliões de então, o Governo de São Paulo aprontou-se em dar rápida resposta àqueles “transgressores das normas de conduta”.

⁶ Claro está que o modelo em voga não ressocializa o indivíduo, tampouco concede a ele a reestruturação necessária para o retorno ao convívio social.

⁷ “A natureza da pena privativa de liberdade está contida em seu próprio *nomem juris*: retira do condenado, de uma forma mais rígida ou menos branda, o direito à liberdade. É a que restringe, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em algum estabelecimento prisional por um determinado tempo, tudo na conformidade do regime exposto.” (NORONHA, 1985, p. 226).

A Resolução n. 26/01, da Secretaria de Administração Pública, autorizou o funcionamento do Regime Disciplinar Diferenciado nos estabelecimentos prisionais de Taubaté, Iaras e Presidente Bernardes, tendo como alvos os líderes e integrantes de facções criminosas, cujo comportamento necessitava de “tratamento específico”.

A Resolução, contudo, deve receber análise reflexiva, sob a ótica constitucional existente. É dizer, indagar-se se, diante do que exposto na Carta da República, é possível a permanência da Resolução. Isso porque esta restringiu direitos dos presos, entre os quais o direito de defesa, limitando sobremaneira o contato com o advogado (Lei n. 8.906/94, art. 7º, III). Visa, outrossim, evitar que novos absurdos legislativos venham a ser cometidos.

1.1 Os vícios de inconstitucionalidade da Resolução n. 26/01

O fato de a Constituição, no art. 24, atribuir competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal, para legislar sobre Direito Penitenciário⁸ (inciso I) não implica, contudo, o alargamento da Administração Pública, em detrimento da função legiferante da unidade da federação.

A disciplina do RDD, como reportada na Resolução n. 26/01 (com a modificação pela Res. n. 95/01) viola o princípio da legalidade segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CRFB, 5º, II).

Ao dispor que compete aos Estados, concorrentemente, legislar, a Constituição nada mais intenciona senão salientar que apenas através de leis (produto legislativo) pode o Estado-membro disciplinar Direito Penitenciário. E Resolução não é lei! Sob pena de aviltamento de todo o escalonamento jurídico e cometimento de inconstitucionalidade, no mínimo, formal.

No Direito Administrativo, ganha ainda mais relevo a observação anterior por que se dirige a atividade com obediência estrita ao princípio (CRFB, art. 37, *caput*). A transgressão legislativa não pode ser fruto de intenções “politicamente corretas” da Administração Penitenciária. Mesmo porque de duvidosos interesses.

⁸ Segundo Roberto Lyra, na sua exposição de motivos ao anteprojeto do Código das Execuções Penais (1963) deve-se repugnar um Código Penitenciário, pois “não é questão de denominação, mas de conteúdo. Combato tudo que representa o intolerável anacronismo. A penitência cabe à sociedade”. (apud DOTTI, 2002. p. 553).

São peremptórias as palavras de Paulo S. Xavier de Souza (2003):

“Ademais a Constituição não outorga tal competência legislativa à Administração Penitenciária. As Resoluções exorbitam sua competência no âmbito administrativo, tentando situar-se no ordenamento jurídico como “leis”, por conseguinte, infringindo o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX da CF/88 e art. 1º do CP, art. 15, 1º do PIDCP, art. 9º da CADH).”

A arguição de sua inconstitucionalidade se deu em sede do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, relembra Adeildo Nunes (2003),

“chamado a intervir, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, ao argumento de que os Estados-membro têm autorização constitucional para legislarem sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88)”⁹

Equivocou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo ao equiparar a Resolução à lei, o que não procede em vista dos argumentos anteriormente apresentados.

Importa, por fim, relevar que o art. 49, *caput*, da Lei de Execuções Penais possibilita que a legislação local disponha, apenas, sobre faltas leves e médias, com correspondente sanção.

1.2 A Lei n. 10.792/03

Com escopo de sanar a problemática criada pelas Resoluções¹⁰, na tentativa de garantir-lhes a legitimidade, foi editada a Medida Provisória n. 28/2002, a qual deu novo regramento ao artigo 52 da LEP.

Nada obstante, a inconstitucionalidade só alterou seu local de incidência. Isso porque a Emenda Constitucional n. 32/01 alterou a redação do artigo 62 da Constituição Federal, prescrevendo, expressamente, ser vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal, processual penal e processual civil (CRFB, art. 62, § 1º, I, *b*).

Através da mensagem presidencial n. 842/01, subscrita pelo Ministro da Justiça, deu-se azo à tramitação do Projeto de Lei n. 5.073/01, enviado à Câmara dos Deputados.

Na tramitação do projeto, quando no Senado Federal, o texto sofreu modificação para dilatar o prazo de inclusão no RDD para 720 dias. A

⁹ O equívoco, porém, se deu por que, conforme já exposto, resolução não é lei.

¹⁰ Também, no Rio de Janeiro, já havia resoluções dispendo sobre o regime disciplinar diferenciado.

redação, robustecida e agravada na Câmara Alta, não fez parte, todavia, da proposta final do indigitado Projeto de Lei¹¹.

O projeto baseou-se na Resolução n. 26/01 da Secretaria de Administração Judiciária (SAP) do Governo do Estado São Paulo, a qual, como se deixou antever, havia criado previsões obstativas, em seu sistema carcerário, com vistas a controlar “detentos específicos”.

A previsão repressora, fez com que Paulo Queiroz (2008, p. 358) chamasse o RDD de regime “fechadíssimo”, como espécie de prisão no interior da prisão.

A doutrina, nada obstante, não se mostrou, ao menos em setores mais abalizados, silente. Quando ainda em fase de tramitação, o professor René Ariel Dotti, acompanhado de diversas instituições jurídicas nacionais, criticava pública e acidamente os projetos que “pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com recurso a uma legislação de pânico” (2003, p. 7).

Restando aprovada há mais de uma década, a Lei n. 10.792/03 exige do estudioso do Direito uma revisitação, para que não se deixe, como mais a frente se verá, perpetuar vício tão agressivo de inconstitucionalidade.

É presente, anos depois, a advertência de Roberto Delmanto (2004):

“a responsabilidade histórica por esse retrocesso na execução penal e por essas violações de direitos individuais, garantidos a nível constitucional, será do Congresso Nacional que aprovou a nova lei e do Presidente da República que, podendo e devendo, deixou de vetá-la.”

2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A exortação presente no Editorial do Boletim IBCCrim, na edição de janeiro de 2004, bem demonstra a preocupação com a então recém-aprovada Lei n. 10.792/03: “A comunidade jurídica está de luto. Venceu mais uma vez a legislação penal do pânico, com a criação do regime disciplinar diferenciado, instituído pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003”.

¹¹ Conforme o Boletim IBCCrim cognominou, tratava-se “RDD Max” quando ainda em fase de tramitação no Congresso Nacional.

O “ledo engano” apontado pelo Boletim é capaz de dimensionar os desafios os quais a comunidade jurídica passaria a enfrentar nos anos subsequentes, alvorecer do novo Milênio.

Entre os gravames trazidos ao preso, é possível afirmar que o castigo físico imposto não se traduz em mera punição disciplinar, mas, é certo, em sobrepena cruel e degradante que traz irreparável prejuízo a sua psique e aviltamento como ser humano.

Os progressos encartados na Lei 10.792/03 foram obnubilados pelos efeitos perversos do Regime Disciplinar Diferenciado. Entre os avanços, verificam-se a fundamentação das decisões judiciais e o estabelecimento do contraditório prévio nos incidentes de execução (LEP, art. 112), bem como a obrigatoriedade, no interrogatório, da presença do advogado, e a concessão do direito de entrevista reservada do acusado, além de estancar na legislação, de uma vez por todas, o direito ao silêncio (CPP, art. 185).

Outra mudança presente na lei diz respeito ao procedimento para a imposição do RDD¹². Comenta Régis Prado (2013 p. 106) que “a decisão para inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado é jurisdicional, tendo em vista a severidade que a constitui, impedindo, desta forma, a sua inclusão por ordem de qualquer autoridade administrativa” (LEP, art. 53, V c/c 54, *caput, in fine* e § 2º).

Comentando o instituto do isolamento, Júlio Fabrini Mirabete, anteriormente à vigência da Lei n. 10.792/03, tece análise crítica acerca das limitações ao apenado. Para ele,

“o isolamento, que restringe a liberdade de locomoção e alguns dos direitos do preso, pode traduzir-se em certa incomunicabilidade com o condenado, exceto no que diz respeito às exceções legais (contratos com advogado, com o diretor do presídio etc.). Não pode servir, porém, de pretexto para se infligir ao condenado outras aflições (castigos físicos, redução de alimento ou água, falta de vestuário, ausência de atendimento médico etc.).” (MIRABETE, 200, p. 145)¹³

O regime disciplinar diferenciado constitui em recolhimento em cela individual, com duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da

¹² Assim dispunha o art. 54 da Lei n. 7.210/84, em sua redação original: “As sanções dos incisos I a III do artigo anterior serão aplicadas pelo diretor do estabelecimento; a do inciso IV, por Conselho Disciplinar, conforme dispuser o regulamento”.

¹³ O comentário de Mirabete sobre a duração do isolamento pode ser, aqui, aproveitado. É dizer, “limitando a lei a duração do isolamento da suspensão ou restrição de direitos a trinta dias, não poderá ser excedido esse prazo na execução dessas sanções”. (MIRABETE, 2000. p. 150).

inflição, até o limite de um sexto da pena aplicada. Limitam-se as visitas semanais e permite-se a saída, por apenas duas horas diárias, para banho de sol. É latente a comparação que pode ser feita com o “regime de solitária”.

É de se apontar uma incoerência do RDD, vez que impede o trabalho do isolado. Aponta Magalhães Noronha (1985) que “a recuperação do homem há de ser feita pela laborterapia. Qualquer estabelecimento penitenciário *sem trabalho* torna-se antro de vício e perversão”.

E mais agudamente se questiona: “como readaptar indivíduos que passam os dias de braços cruzados, dormindo ou entregues a distrações, sem o meio educacional do trabalho?” Ademais, o art. 39, V da LEP demonstra a obrigatoriedade ao trabalho do condenado (NORONHA, 1985, p. 229)¹⁴.

2.1 Hipóteses de aplicação do RDD

As hipóteses de aplicação do regime disciplinar diferenciado estão previstas no art. 52 da LEP (Lei n. 7.210/84)¹⁵. Não é possível considerar que as hipóteses possam ir além daquelas prescritas, sob pena de se afrontarem outros princípios do Direito Penal, tais como *nullum crimen nulla poena sine lege*. É, pois, taxativo o rol.

A primeira hipótese surge no *caput* do art. 52, e sujeita o preso provisório ou definitivo ao RDD em caso de “prática de fato previsto como crime doloso” (falta grave), “quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas”. Percebe-se que a falta grave deve, necessariamente, ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas.

Segundo magistério de Renato Marcão (2013, p. 74) “*subversão* é o mesmo que tumulto”. “*Ordem* lembra organização”, regulamento sobre a conduta de membros de uma coletividade, a qual objetiva o bem estar dos indivíduos e o bom andamento dos trabalhos. *Disciplina*, por fim, “significa obediência às regras e aos superiores”.

Indagando-se sobre a definição teórica do que seja “subversão da ordem ou disciplina internas”, assim conclui César Roberto Bitencourt (2014, p. 648):

¹⁴ Há de se ressaltar, ainda, outra maior incoerência. O art. 126 da LEP, expressamente, prevê a remição da pena pelo trabalho e/ou pelo estudo. Ou seja, tolhe-se o direito do indivíduo à remição, uma vez que não se lhe permite o trabalho nem o estudo.

¹⁵ Eis a redação originária do art. 52 da LEP: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou condenado, à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal”.

“Necessariamente deverá, a nosso juízo, ocasionar concretamente, no interior do estabelecimento prisional, profunda alteração da ordem ou da disciplina, de molde a substituir os monitores, coordenadores e guardas penitenciários, a ponto de os detentos estarem obtendo o controle da penitenciária. É, digamos, um estado de emergência, pois somente excepcionalidade dessa natureza poderia justificar uma violência tão absurda como o questionado RDD.”

Também se submetem ao RDD presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que “apresentem alto risco para ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (LEP, art. 52, §1º). Vê-se que não se exige a prática de crime doloso senão a característica demasiadamente genérica, fluida, ilíquida, discricionária de apresentar “alto risco”.

Bitencourt (2014, p. 649-650) aponta a única interpretação possível para coadunar o expressado no *caput* com o § 1º. Segundo ele,

“a única possibilidade que nos parece razoável, para salvar o texto legal é estender a interpretação do *caput* do art. 52, para conjugá-la com essa previsão de seu § 1º, nos seguintes termos: quando da prática do fato definido como crime doloso, no interior da penitenciária, não decorrer ‘a subversão da ordem ou da disciplina internas’, mas se constatar que, *in concreto*, prisioneiros envolvidos, nesse fato, ‘apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal (§1º). Dessa forma, pelo menos, há um fato definido como crime doloso, como exige a previsão legal, como causa de ‘alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal’, como efeito.”

Paulo Queiroz (2008, p. 359), percebendo certa incoerência no regime disciplinar diferenciado, deduz que:

“Se determinado preso for realmente capaz de representar alto risco para a segurança do estabelecimento prisional, não será com tal castigo que se resolverá o problema, que a rigor a ele não pode ser imputado, mas à própria Administração, que deverá encontrar meios para resolver eventuais conflitos legalmente e sem abusos. E como falar de ‘alto risco para a sociedade’ se o réu já se encontra encarcerado?”

Por fim, o §2º do art. 52 sujeita ao RDD o preso provisório ou o condenado sobre “o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou

participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”¹⁶.

Assim, é possível com César Busato apontar que “se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução” (apud BITENCOURT, 2014, p. 650).

Atente-se que o conceito de “organizações criminosas” veio a ser definido na Lei n. 12.694/12. Em seu art. 2º, define-se:

“Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.”

Entretanto, o advento da Lei n. 12.850/13 trouxe, em seu art. 1º, outra definição para “organização criminosa”, implicando relevantes discussões e dificuldades hermenêuticas na coadunação dos dois conceitos legalmente previstos.

“§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

A distinção entre os dois conceitos supera os lindes deste trabalho, razão pela qual não se imiscuirá na respectiva análise. Ainda, a entrada em vigor da Lei n. 12.850/13 alterou o *nomen juris* do art. 288 do Código Penal, pelo que não mais se deve falar em “quadrilha ou bando”, senão em “associação criminosa”. Embora se entenda que não houve inovação incriminadora (vez que mantido o núcleo do tipo), conquanto se observe um endurecimento da política criminal adotada, haja vista a redução do número de participantes exigido, se inexistem as figuras de “quadrilha ou bando”, para que se atinja o nefando desiderato, de bom alvitre a alteração para “associação criminosa”.

16 De todas as hipóteses, “a mais absurda de toda previsão do odioso regime disciplinar diferenciado”, pois adota, em detrimento do fato, um direito penal do autor. Transforma o primado da certeza em presunções e suspeitas, proscrias do Direito Penal da culpabilidade, próprio de um Estado Democrático de Direito”. (BITENCOURT, 2014, p. 650).

Consigna-se, todavia, que, se durante aproximadamente nove anos (em relação à Lei 10.792/03) padeceu o ordenamento jurídico-penal de carência conceitual, atualmente dois são os conceitos, com singulares diferenças.

Observa Renato Marcão (2013, p. 75) a não menção no *caput* do art. 52 ao “estrangeiro”, preso ou condenado. Destarte, não se propondo as normas limitadoras de direito à interpretação ampla, calha evidenciar que, por óbvio, resta inviável a extensão da dicção do § 1º ao *caput*.

Bitencourt (2014, p. 646), diante da vagueza da previsão legal, com supedâneo em César Busato, afirma que

“a imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com ‘suspeitas’ de sua participação na criminalidade de massa não é mais do que um ‘direito penal de inimigo’, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção de regime disciplinar diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e ‘inimigos’.”

Resta claro que mais que se dirigir aos fatos, como deveria acontecer no Direito Penal, as imposições da LEP dão ensanchas de um Direito Penal de Execução voltado contra o apenado, ou, se se preferir, a determinados e específicos condenados.

Nas profusas e críticas palavras de Bitencourt (2014, p. 646), as restrições do RDD

“não se destinam a fatos, mas a determinadas espécies de autores, [...] porque (fundadas) na avaliação subjetiva de determinada instância de controle [...], de fazer inveja ao proscrito nacional-socialismo alemão das décadas de 30 e 40 do século passado.”

Há, portanto, um giro na ciência do Direito Penal, permutando o “Direito Penal do fato” pelo “Direito Penal do autor”¹⁷.

Sempre válida a ressalva feita pelo mesmo mestre gaúcho, no sentido de que “se não houver forma de evitar a decretação desse esdrúxulo e inconstitucional regime, que se observe rigorosamente o procedimento previsto nos arts. 59 e 60 da LEP, assegurando-se todas as garantias

¹⁷ Interessante a passagem de César Busato colacionada por Cezar Roberto Bitencourt em BITENCOURT, 2014, p. 647.

constitucionais fundamentais” (BITENCOURT, 2014, p. 649). Ao menos isso!

Nem se fale, ademais, dos reflexos psicológicos e morais sobre o detento. Já submetido a tão degradante estabelecimento prisional, haja vista o caótico sistema carcerário tupiniquim, o RDD agrava, em muito, os maus tratos sofridos, por uma pena que deveria servir para ressocialização.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Parte-se à análise da série de vícios de constitucionalidade contidos na lei epigrafada, que disciplinou com mais vagar o regime disciplinar diferenciado, sobrelevando-se as impossibilidades de, nesta quadra da história, manter tal aviltamento à dignidade humana presente no ordenamento jurídico pátrio, e seu complexo de princípios e garantias.

3.1 Os fins da pena

Válidas as palavras de Roberto Delmanto (2004, p. 5), quando aduz a que “a pena, além de ser retributiva e intimidativa, há de ter, primordialmente, um caráter reeducativo, de tentativa, ao menos, de regeneração”.

Os fins de há muito prometidos pelo sistema penal, como o de regeneração do criminoso, cada vez mais têm se distanciado de seus propósitos.

Recentes notícias dão conta de que a situação nos estabelecimentos prisionais é, a cada dia, mais caótica, gerando, verdadeiramente, uma guerra por sobrevivência. Esse o exemplo de Pedrinhas, no Maranhão, onde o Governo omisso possibilita o encontro fatal entre facções criminosas.

No Espírito Santo, até muito pouco tempo, os condenados (ou mesmo os presos provisórios) eram submetidos às famosas “masmorras capixabas”, consistindo em celas metálicas, as quais sofriam com todo o tipo de intempéries naturais.

Obviamente, um sistema prisional¹⁸ que se assenta em balizas deturpadas não pode querer lograr êxito na sua vanguarda de mudança da sociedade.

Olhando os presídios espalhados por todo o país, percebe-se a dificuldade que os tempos futuros imporão a todos.¹⁹

Como uma lufada de esperança, Paulo Xavier (2003) ressalta:

“Apesar das dificuldades instrumentais que enfrenta, a intenção ressocializadora, encarnada sob o prisma de *prevenção especial positiva da pena*, não deve ser abandonada pelo Estado. Esta finalidade não é letra morta, constituindo-se ainda como parte integrante do patrimônio de muitos ordenamentos penais.”

A Constituição de 88, na esteira das demais Constituições brasileiras, sempre se preocupou com normar, o mais estritamente possível, os presídios nacionais, garantindo, assim, que direitos dos apenados não sejam violados²⁰.

Rogério Greco (2012, p. 477) atenta-se à problemática, conforme se percebe na seguinte passagem:

“Devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente promíscuo do qual fora retirado para

¹⁸ São três os clássicos sistemas penitenciários, quais sejam, o de Filadélfia, o de Auburn e o Inglês (ou Progressivo). Inicialmente na Pensilvânia (e na Bélgica), o sistema de Filadélfia consistia em o sentenciado ficar fechado na cela, sem sair, a não ser de vez enquanto, para passeios em pátios cerrados. Na própria cela o detento trabalhava, recebia visitas e atendimento. Para Noronha, neste sistema, “a cela é túmulo do vivo”. No de Auburn, o isolamento é somente noturno; durante o dia, trabalha-se em conjunto com outros sentenciados, em silêncio. De todos, o mais brando é o Inglês, pois, a princípio, o sentenciado fica recluso na cela (período inicial ou de prova, com prazo determinado). Depois, passa a trabalhar em comum, e, finalmente, é posto em liberdade sob condição (liberdade sob fiscalização). O Código Penal brasileiro, com a reforma de 84, criou um sistema progressivo próprio, “com feições inteiramente peculiares”. (NORONHA, 1985, p. 228).

¹⁹ Nesse sentido, já está pautada para julgamento a ADPF-MC n. 347/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, objetivando o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro.

²⁰ Interessante observação faz Frederico Marques, segundo o qual a prisão é e sempre foi, ao longo da história brasileira, “objeto de regulamentação bem pormenorizada da Constituição Federal”. (MARQUES, 1999, p. 172)

fazer com que cumprisse sua pena? Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente, a preocupação ressocializante do preso.”

Segundo Claus Roxin, o último estágio de realização do Direito Penal é a execução da pena que somente se justifica quando presente o conteúdo de reintegração do delinquente na comunidade, portanto, uma execução ressocializadora (apud SOUZA, 2003).

Na perda de perspectivas, o preso acaba por degenerar-se ainda mais como pessoa humana, constituída em dignidade. O RDD só faz crescer a ele esse mal maior, o qual não aspirado pela pena privativa de liberdade.

A partir daqui, começa-se a perceber que a segregação celular não contribui em nada para o recrudescimento de uma política carcerária preocupada com os fins a que se destina, os quais, até hoje, inatingidos pelas penas.

O RDD minimiza as possibilidades de que o preso, condenado ou provisório, reencontre um caminho apto a lhe garantir o desenvolvimento das suas potencialidades, como forma de ser reinserido na tessitura social.

Isolando, isola-se de si mesmo e já não mais sonha com o retorno ao convívio dos seus. Encerrado, numa célula escura, é relegado ao ostracismo social e familiar.

Miguel Reale Júnior (2003, p. 7) sinaliza os prejuízos trazidos pelo encarceramento, nas seguintes palavras:

“Com a prisão, rompem-se os liames sociais, perdem-se os referenciais construídos durante a vida, pois passa-se a integrar um novo universo, distante, muito distante, daquele em que se viveu. Assim, as funções até então representadas pelo indivíduo na sociedade tornam-se sem sentido. Nesta perspectiva, a prisonização significa uma dupla clivagem, paradoxalmente tecida por ruptura, ou exclusão, e construção de vínculo, ou inclusão: de um lado, a ruptura com a sociedade e, de outro, a inclusão forçada em uma nova sociedade formada pelos excluídos do meio social, grupo de diferentes, estigmatizados como criminosos.”

Não se perca de vista o art. 3º da LEP, o qual estabelece, *in verbis*: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Impõe-se, ainda, “a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (CP, art. 38).

A previsão encontra eco nas Regras Mínimas da ONU, de acordo com o que

“a prisão e outras medidas, cujo efeito é separar um delinquente do mundo exterior, são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à autodeterminação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação (item 57).”

Adeildo Nunes (2003) arremata:

“Trata-se de um completo desrespeito ao preceito constitucional que assegura ao detento obediência à sua integridade física e moral; segundo, contraria uma das finalidades da pena, a recuperação do condenado, que restará prejudicada porque em regime de isolamento o preso ficará impossibilitado de trabalhar e de frequentar escolas em busca da profissionalização e até da sua alfabetização.”

3.2 Os princípios constitucionais incidentes

A Constituição, já no art. 1º, evidencia que o Brasil é país que se assenta na sólida base do Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana (inc. III).

Princípio-mor do ordenamento brasileiro, sob sua luz devem se guiar as legislações e ser prolatadas todas as decisões nos limites territoriais dessas terras.

Em atendimento à pessoa humana, o Direito Penal, e, também, o Direito de Execução Penal, como pedra-de-toque da sociedade, não pode trazer a ela avarios maiores do que aqueles já previstos pela própria sentença condenatória.

Por tudo o que já se disse ao longo deste trabalho, a hipótese de segregação celular e isolada impossibilita que a pessoa humana mantenha mínimo contato com o mundo externo, mecanismo importantíssimo para o desenvolvimento pessoal.

O RDD, destarte, atinge fatalmente um dos fundamentos da República Federativa, pois viola a dignidade da pessoa humana em sua integridade.

O princípio da reserva legal (CRFB, art. 5º, XXXIX) também vem a calhar nas considerações principiológicas pelas quais não se deve admitir o RDD no sistema penal brasileiro (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). A fluidez, com vagueza e indeterminação, das disposições do art. 52 da LEP, com tamanha margem discricionária de interpretação e julgamento, não garante ao preso, condenado ou provisório, a segurança jurídica legal que espera.

Ainda, o art. 52, do estatuto de Execução Penal, em seu *caput*, exige para a condução ao regime disciplinar diferenciado a mera “prática de fato previsto como crime doloso”, o que, por si só, margeia o imponderável e agride o art. 5º, LVII da Constituição²¹. A certeza da culpa é simplesmente derogada pelas disposições da LEP.

O § 2º do mesmo dispositivo da Lei n. 7.210/84 aduz à “fundada suspeita” sem, contudo, criar balizas responsáveis ao intérprete do Direito, ocasionando, novamente, ampla margem interpretativa, senão reconduzindo aos sombrios tempos em que a perseguição era constante e a criação de estereótipos se fazia presente. A “suspeita” foi alçada ao nível de certeza para fins de um cumprimento de pena ainda mais gravoso.

O legislador deve estipular sanções que não sejam vedadas pela Constituição, como por exemplo, as penas cruéis e degradantes, responsabilizando-se por garantir uma sanção apta aos fins previstos pela própria pena (CRFB, art. 5º, XLVII). A Humanidade da pena, que já aparece em todos os outros princípios, sendo até mesmo desnecessária sua menção em apartado, faz-se presente para fins de que não se submeta, apenas porque cometido um crime, àquelas penas dos tempos de Inquisição.

A lei deve, ainda, prever de forma estrita e exaustiva as sanções a que pode se submeter o condenado. Por isso, deve ela ser certa, taxativa, não comportando interpretações abrangentes ou analogias insustentáveis.

De acordo com Busato, “as exigências que derivam da *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta*, e da *lex certa* constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado” (2013, p. 30).

No magistério de Juarez Cirino (2010, p. 487),

“A indeterminação das hipóteses de aplicação do *regime disciplinar diferenciado* infringe o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da Constituição da República), porque subordina a aplicação da sanção disciplinar a critérios judiciais subjetivos idiossincráticos.”

Refere-se o eminente jurista às três hipóteses em que se dá a indeterminação: a) quantidade de *alteração da normalidade* necessária para configurar o conceito de *subversão da ordem* ou da *disciplina* (LEP, art.

²¹CRFB, art. 5º, LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O RE n. 776.823/RS, de relatoria do Min. Edson Fachin, com repercussão geral já deflagrada, versa sobre a necessidade do trânsito em julgado da condenação por crime doloso para caracterização da falta grave, o que implica dizer a (in)constitucionalidade do art. 52, da LEP.

52, *caput*); b) quantidade de *risco* definível como *alto* para ordem e segurança da prisão ou da sociedade (LEP, art. 52, § 1º); c) conceito de *fundadas suspeitas* de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando²² (LEP, art. 52, § 2º) (SANTOS, 2010, p. 487).

As inconstitucionalidades presentes na Lei n. 10.792/03 são inesgotáveis. Pelo Princípio da Culpabilidade, não se pode admitir o risco em potencial no plano da punição, pela cogitação, sem que haja atos concretos.

Assim, a hipótese veiculada no § 1º, na qual se exige, tão somente, a demonstração de “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, configura afronta aos postulados constitucionais.

Outrossim, a Constituição Federal subordinou a prisão de maneira inflexível e rigorosa ao Princípio da Legalidade e da Motivação, do que decorre que a prisão só poderá ocorrer por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (CRFB, art. 5º, LXI). Ao menos subordinou-se a inclusão no RDD à decisão judicial, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa (CRFB, art. 5º, LXII).

Pelo Princípio do *non bis in idem*, impede-se venha o condenado a sofrer duplamente pela mesma punição. No escólio de Paulo Queiroz (2008, p. 359),

“não bastasse isso, a circunstância de o preso apresentar ‘alto risco para a ordem e segurança de estabelecimento penal ou da sociedade’ constitui a razão mesma da privação da liberdade em presídios de segurança máxima ou média (normalmente); então submetê-lo a novas restrições no seu interior constitui manifesto *bis in idem*, próprio de um direito penal do inimigo (do autor), castigando-o duplamente pelo crime já objeto da prisão cautelar ou definitiva.”

Por fim, dentre os princípios fundamentais do Direito de Execução Penal, René Ariel Dotti (2002, p. 555) destaca a “*cooperação da comunidade* para as atividades de cumprimento das penas e das medidas de segurança”. Alude, ainda, a que “a execução penal deve constituir um

²² A Lei n. 12.850/2013, já se viu, conferiu nova redação ao art. 288 do Código Penal, transmudando o crime de “quadrilha ou bando” em “associação criminosa”, nos seguintes termos: “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

processo de diálogo entre o condenado e a sociedade, sob a moderação do Estado”²³.

O desrespeito evidente à Constituição Federal não sinaliza, senão a manifesta inconstitucionalidade, *in totum*, do regime disciplinar diferenciado, sendo possível parafrasear Bitencourt (2014, p. 646), quando conclui ser “exatamente isso que propõe a orientação que fundamenta o odioso regime disciplinar diferenciado”.

“Enfim, é desnecessário aprofundar-se para concluir pela inconstitucionalidade da previsão legal criadora do questionado *regime disciplinar diferenciado*” (BITENCOURT, 2014, p. 650).

3.3 Uma opinião contrária

Segundo Guilherme Nucci (2011, p. 1017), “não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum”.

Levando ao extremo sua análise sobre o sistema penitenciário, acredita em que

“organizou-se a marginalidade dentro do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividade de lazer ou aprendizado. [...] O regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma penal cruel. Severa, sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição.” (NUCCI, 2013, p. 232)

Não se pode concordar com o referido autor! Acreditar que não seja o RDD uma pena cruel é, isso sim, fechar os olhos à realidade e fazer de conta que se vive num país, cujo sistema carcerário é apto a ressocializar os indivíduos que lá ingressam pela transgressão de normas.

O autor, ao mesmo tempo em que aponta “a escola da violência” criada nos presídios, atribui às prisões o papel de, como mal necessário, controlar os bandidos, além de subjugar-los, aviltando-os.

O autor caminha em círculos quando escreve que

²³ As normativas internacionais são igualmente ilustrativas das lições aqui apresentadas. Por exemplo, confirmam-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de Nova York e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

“em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, cremos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal, buscando implementar na prática os regimes fechado, semiaberto e aberto, que em muitos lugares, constituem meras quimeras.” (NUCCI, 2011, p 1018).

Assim, como se os fins justificassem os meios, o referido autor prefere a manutenção do RDD em detrimento do condenado, quando isso é perfeitamente conciliável com a busca por implementação de regimes fechado, semiaberto e aberto que, ao menos, atendam às previsões constitucionais.

4 O COMPORTAMENTO JURISPRUDENCIAL

Ainda em 2004, Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (2004) já vaticinavam que os Tribunais, a começar pelas Cortes Superiores,

“inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de controle de constitucionalidade e, por consequência, acolham a barbárie posta em lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento.”

No HC n. 893.915-3/5, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi concedida, em 09 de maio de 2007, ordem de *habeas corpus*, nos seguintes termos:

“‘Habeas Corpus’. Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Inconstitucionalidade. Ofensa a princípios fundamentais constantes da Constituição Federal. Ordem concedida.”

O Relator Marco Nahum assim concluiu seu entendimento:

“O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao entender como inconstitucional o citado regime disciplinar, ainda deixou evidente que a medida “é desnecessária para a garantia da segurança dos estabelecimentos penitenciários nacionais e dos que ali trabalham, circulam e estão custodiados, a teor do que já prevê a Lei 7.210/84”

Se o acima narrado já não bastasse, o próprio Ministério da Justiça afirmou que “o isolamento não é boa prática; um modelo de gestão muito mais positivo é o de abrigar os presos problemáticos em pequenas unidades de até dez presos, com base de que é possível proporcionar um regime positivo para presos que causam transtorno, confinando-os em ‘isolamento em grupos’, em vez da segregação individual”.

Assim, por toda a inconstitucionalidade inerente ao “RDD”, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da medida adotada contra o paciente, e a concessão do “writ”, a fim de que o reeducando seja imediatamente removido do “regime disciplinar diferenciado” a que foi transferido.”

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela constitucionalidade do art. 52 da LEP, senão confira-se:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003. 2. O regime diferenciado, afora a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade". 3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei nº 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada. 4. Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias. 5. Ordem denegada.” (STJ, HC 44.049/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Rel. p/ Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 12.06.2006)

Resta, após mais de uma década de resistência ao reconhecimento da inconstitucionalidade pela jurisprudência, permanecer a doutrina e a academia como fiéis combatentes contra os abusos cometidos por meio do regime disciplinar diferenciado.

As vozes não se calam ante ao comportamento esquálido dos Tribunais brasileiros, senão que conclamam à adoção de posicionamento mais democrático e alinhado às normas constitucionais.

Engajado na defesa dos direitos fundamentais flagrantemente violados pelo Regime Disciplinar Diferenciado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou, em 2008, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.162.

Distribuída, originariamente, ao Ministro Menezes Direito, e tendo se declarado impedido o Ministro Dias Toffoli, tramita, atualmente com

relatoria da Ministra Rosa Weber, dada a saída da Corte da Ministra Ellen Gracie, até então relatora.

Caminha, porém, lentamente, em estágio, ainda, de coleta de pareceres e alistamento de *amici curiae*. A ADI tramita sob o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, já havendo, inclusive, parecer desfavorável, isto é, pela improcedência do pedido, da Procuradoria Geral da República²⁴.

A petição inicial funda-se em parecer do constitucionalista José Afonso da Silva, segundo o qual o RDD agride as hastes do devido processo legal. Em suas meritorias palavras:

“Qual a natureza dessa sanção? A dificuldade para definir a natureza da sanção está no fato de não se estabelecer um processo para a apuração dos fatos e a aplicação da sanção, se for o caso. Mas a sanção consiste no recolhimento do preso a uma cela individual, da qual só se pode sair por duas horas diárias para banho de sol, e, ao que consta, isso se realiza numa espécie de gaiola. Vale, pois, dizer que a sanção agrava a condenação criminal, com desrespeito às constitucionais de garantia penal, entre as quais especialmente está o *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), pois a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado depende apenas de uma solicitação da administração penitenciária e de um despacho do juiz competente, conforme se vê nos arts. 54 e 60 da Lei de Execuções Penais com a redação dada pela Lei n. 10.792/03. Não se prevê figura de processo nem de mero procedimento: só um pedido do diretor da Penitenciária e um despacho do juiz.” (p. 23 da ADI 4.162/DF – grifos do original)

A respeito de se tratar de tratamento cruel e degradante impingido ao preso, assim relembrou o parecerista:

“[...] lembro o caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, em que a Corte reiterou decisão anterior, segundo a qual ‘o isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa a que se vê submetido a vítima representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da integridade psíquica e moral da pessoa e do direito de todo detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano’. Acrescenta que essa incomunicabilidade produz, no preso, sofrimentos morais e perturbações psíquicas, coloca-o numa situação de particular vulnerabilidade e aumento o risco de agressão e arbitrariedade nos centros prisionais.” (pp. 24-25 da ADI 4.162/DF)

²⁴ Em linha de desfecho, assim concluiu a Procuradoria: “O Estado tem o dever constitucional de coibir a atuação do crime organizado e de promover a segurança pública. O RDD é medida que lhe compete adotar quando em risco a sociedade”. (fl. 793 da ADI 4.162/DF)

Do parecer oferecido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, colhe-se, outrossim,

“citando o caso Kröcher und Möller v. Switzerland, RODLEY apresenta a posição da Comissão Europeia de Direitos Humanos a respeito do controle médico de isolamento celular, já manifestada em casos anteriores, segundo a qual ‘total isolamento sensorial somado a total isolamento social pode destruir a personalidade e constitui uma outra forma de tratamento que não pode ser justificada por necessidades de segurança ou qualquer outra razão’” (p. 38 da ADI 4.162/DF).

Diante das peremptórias razões alinhavadas, espera-se, embora já tardiamente, posicione-se a Suprema Corte, ao enfrentar a matéria, pela inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, pelos iminentes vícios de constitucionalidade que, desde sua gênese, o atingem. A Penitenciária não pode ser transformada em privação da dignidade humana, em antro de perversão moral e social.

5 UMA HERANÇA NORTE-AMERICANA

Difícil dissertar sobre o presente tema sem se fazer uma rápida alusão à figura mundialmente conhecida – até mesmo pelos veículos midiáticos – da prisão solitária do direito norte-americano.

O surgimento da prisão solitária naquele sistema nos remete à própria concepção e surgimento do moderno modelo penitenciário da primeira metade do século XIX. Indubitavelmente, a prática de isolamento tem mudado radicalmente nos últimos anos, mas ainda mantém suas características originárias. Essa mudança se deu em razão de um intenso debate já no início do século XX, quando era utilizado em larga escala (SMITH, 2006, p. 441-442).

É na década de 80, entretanto, que a prisão ganha maior relevo. Introduz-se no sistema o que se denominou de as prisões “supermax”. Elas foram introduzidas em outubro de 1983 no estado de Illinois, quando dois guardas penitenciários foram mortos no mesmo dia. Seu surgimento, portanto, se confunde com o aumento da violência prisional nos EUA como um todo. Até o ano de 1997, surgiram mais 55 “supermax” distribuídas em 34 estados norte-americanos. Esse modelo (“supermax”) possui as seguintes características (SMITH, 2006, p. 443):

- 1) Inclui o confinamento de solitária por 23 horas por dia;
- 2) Constante vigilância com o uso de modernos equipamentos;

- 3) Não há contato social, exceto a permissão para dar “gritos” a outros presidiários;
- 4) As comunicações com os guardas são realizadas por sistema eletrônico de interlocução;
- 5) Comunicação com o exterior é mínima;
- 6) Visitas e telefones não são comuns e extremamente restritas, nas raríssimas hipóteses permitidas;
- 7) As visitas são sempre realizadas por meio de vídeo;
- 8) O contato físico pode ser, por diversos anos, limitado a ser tocado pelo agente penitenciário para o fim específico de colocar algemas.

Um dos objetivos principais da introdução desse método é a diminuição da violência prisional. Parece, todavia, que esse resultado não tem sido alcançado. Um estudo realizado em três diferentes prisões nos EUA aponta que esses dados são meramente especulativos (LIPKE, 2004, p. 109).

Por sua vez, sem prejuízo das consequências desse sistema para o presidiário, os estudiosos norte-americanos têm enfatizado os malefícios causados aos parentes dos condenados-isolados. Estudos mostram que a maior parte desses detentos possuem filhos em tenra idade. Além disso, presidiários que são submetidos a esses métodos requerem um acompanhamento psicológico severo e constante, sob pena de uma impossibilidade de retorno à sociedade. A literatura chega a afirmar que esse acompanhamento precisa, no mínimo, alcançar o objetivo de manter o detento mentalmente são (SMITH, 2006, p. 507).

Embora nos EUA não se discuta de forma direta a inconstitucionalidade da medida, tendo em vista que naquele país o parâmetro de constitucionalidade é realizado de forma distinta, tem-se visto uma verdadeira luta acadêmica para demonstrar os malefícios do sistema de confinamento solitário.

CONCLUSÃO

O “ledo engano” permanece ao se creditar ao regime disciplinar diferenciado a diminuição da violência, o combate ao crime organizado e o reestabelecimento da paz pública. Esses desideratos apenas têm servido de

desculpa à criação de legislações cada vez mais repressoras e violadoras de direitos e garantias fundamentais.

Tal como Tântalo que, condenado aos infernos passa fome e sede, o incurso no regime disciplinar diferenciado encontra-se privado de tudo o que lhe é necessário à ordem psíquica e moral.

Cria-se um sujeito ainda mais degenerado, apunhalado pelo sistema penal, submetido a penas cruéis e degradantes, incapaz de retornar ao convívio familiar “ressocializado”.

Com Alessandro Baratta, afirma-se que os aparelhos repressivos geram violência e opressão e perpetuam, ao invés de dissolver, o círculo de violência social e as estruturas de exploração e de opressão (SOUZA, 2003).

É de se indagar, ironicamente, com Paulo Xavier, a respeito do próximo passo: “seria a criação ou melhor a ‘reinvenção’ da ‘violência de Estado’, do ‘terrorismo penal’ ou uma nova ‘ditadura’?”

Fica evidente que “a LEP não concebe a resposta ao delito como monopólio do Estado, porém como assunto de relevante interesse comunitário, que deve admitir a participação de entidades não governamentais e a contribuição de pessoas de generosa sensibilidade” (DOTTI, 2002, p. 556).

Concorda-se com Elisangela Melo Reghelin (2006, p. 18), quem observa que “a Lei Federal n. 10.792/03, que alterou o CPP e a LEP é o canto de sereia que terminou em pesadelo”.

Registrando o que desde o início se mencionou neste trabalho,

“é absolutamente necessário, portanto, findar de uma vez por todas com a mania nacional de legislar de acordo com o interesse político e para as luzes da mídia, em detrimento do interesse social. Não é aumentando penas, castigando detento e acrescentando o rol dos crimes hediondos que vamos resolver a questão da criminalidade. A certeza da punição, esta sim, daria um forte incremento na tarefa de conter o ilícito penal” (NUNES, 2003).

Por fim, como uma ponta de esperança:

“Vive-se um momento crucial na história do direito penal em todo o mundo. É tempo de mudar, de romper com o passado, de criar um novo sistema punitivo, em que a sanção penal seja a um só tempo severa, justa, democrática e recuperadora do condenado, para conferir proteção ao bem jurídico.

Se a humanidade conseguiu chegar à Lua, e agora também ao planeta Marte, viajar pelo espaço sideral, buscando contato com outros planetas, conhecendo-os, explorando o universo, por que não será capaz de encontrar a solução para um problema terreno tão importante que não exige tantos recursos materiais?” (TELES, 2004, p. 334).

BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Ângelo Roncalli de Ramos. *Política penitenciário nacional*. Disponível em: <www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/default.asp>
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2 ed., 2ª tir., São Paulo: Edipro, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 20ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BORTOLOTTI, Gilmar. *Regimes diferenciados, igualdade e individualização*. Disponível em: <www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/default.asp>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 44.049/SP. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Relator para Acórdão Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 12, jun., 2006
- BUSATO, Paulo Cesár. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO, Salo de. WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de Tântalo: a Lei nº 10. 792/03 e a consolidação da política criminal do terror. *Boletim IBCCrim*, ano 11, nº 134, jan., 2004.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHRISTINO, Marcio Sérgio. *Sistema penitenciário e o RDD*. Disponível em: www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/default.asp
- DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel? *Boletim IBCCrim*, ano 11, nº 134, jan., 2004. p. 5.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- Editorial Ledo engano. *Boletim IBCCrim*, ano 11, nº 134, jan., 2004. p. 1.
- FRIEDMAN, Harvey. Constitutional Law: civil rights: solitary confinement of prisoners based on religious reliefs. *Michigan Law Review*, Vol. 60, No. 5, pp. 643-647 (Mar., 1962).
- FURUKAWA, Nagashi. *Regime disciplinar diferenciado (RDD)*. Disponível em: <www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/default.asp>
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, parte geral*. v. 1. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1982-1983.
- LIPKE, Richard L. Against Supermax. *Journal of Applied Philosophy* 21: 109–24, 2004.
- MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 1999.
- MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado – o “direito penal do inimigo” brasileiro. *Boletim IBCCrim*, ano 14, nº 168, nov, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Adeildo. *Equívocos legislativos*. Disponível em: www.ibccrim.org.br, 23.06.2003.

- NUNES, Adeildo. *O regime disciplinar na prisão*. Disponível em: www.ibccrim.org.br, 28.07.2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito de execução penal*. 3 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- REGHELIN, Elisangela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. *Boletim IBCCrim*, ano 14, nº 168, nov., 2006.
- SMITH, Peter Scharff. The effects of solitary confinement on prison inmates: a brief history and review of the literature. *Crime and Justice*, Vol. 34, No. 1, pp. 441-528 (2006)
- SANTOS, Astério Pereira dos. *Regime disciplinar especial – legalidade e legitimidade*. Disponível em: www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/default.asp
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus n. 893.915-3/5. Relator Desembargador Marco Nahum. São Paulo, 9, maio, 2007.
- SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Legalidade do cumprimento da pena privativa em regime disciplinar diferenciado e a ressocialização do condenado*. Disponível em: www.ibccrim.org.br, 17.02.2003.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120. v. 1* – São Paulo: Atlas, 2004.