



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: ANÁLISE SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO E A OFENSA À FUNÇÃO
RESSOCIALIZADORA DA PENA.**

**FORTALEZA
2013**

CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: ANÁLISE SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO E A OFENSA À FUNÇÃO
RESSOCIALIZADORA DA PENA.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Penal.

Orientador: Prof. Lino Edmar de Menezes.

FORTALEZA
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M379r Martins, Carlos Frederico Braga.
Regime disciplinar diferenciado: análise sobre a constitucionalidade do instituto e a ofensa à função ressocializadora da pena / Carlos Frederico Braga Martins. – 2013.
53 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Penal.
Orientação: Prof. Ms. Lino Edmar de Menezes.
1. Ressocialização - Brasil. 2. Pena (Direito) - Brasil. 3. Dignidade. 4. Reabilitação de criminosos - Brasil. I. Menezes, Lino Edmar de (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: ANÁLISE SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO E A OFENSA À FUNÇÃO
RESSOCIALIZADORA DA PENA.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Penal.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Lino Edmar de Menezes (Orientador).
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Frederico e Maria Cristina.
A todos os Mestres da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão da minha existência, por mais essa conquista.

Aos meus pais, Frederico e Maria Cristina, por sempre acreditarem em mim e por me apoiarem em todos os momentos da minha vida.

Aos meus irmãos, Frederico, Cristina, Sílvia e Leonardo, pelo incentivo e amizade.

À Ana Lúcia, pelo companheirismo e pela constante disposição em ajudar.

Em especial, ao professor e orientador Lino Edmar de Menezes, pelas valiosas sugestões prestadas para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores Francisco de Araújo Macedo Filho e Samuel Miranda Arruda, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

RESUMO

Dez anos após o ápice do caos vivido pelo sistema penitenciário brasileiro, que teve como principal expoente a ocorrência de rebeliões de grandes proporções nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, o presente trabalho busca analisar o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, espécie de sanção disciplinar aplicável aos presos provisórios e definitivos, que foi com instituída pela Lei n. 10.792/03, como a suposta solução para todos os problemas envolvendo a criminalidade dentro do cárcere. A importância desse exame reside no fato de que, na visão da maior parte da doutrina especializada, o RDD, da forma como foi instituído, além de ofender a função ressocializadora da pena, viola diversos preceitos constitucionais e legais, caracterizando-se como um instituto contrário ao garantismo penal estatuído com a Carta de 1988. A fim de confirmar essa tese, inicialmente são analisados diversos princípios penais e processuais penais relacionados ao RDD. Posteriormente, examinam-se detalhadamente as características do instituto, bem como sua previsão legal e hipóteses de cabimento. Então, em uma análise global, conclui-se que diversos direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos presos são desrespeitados pelo RDD, motivo pelo qual se verifica ser flagrante a sua inconstitucionalidade. Finalmente, é feita uma crítica à posição de cumplicidade adotada pelos órgãos superiores do judiciário brasileiro, os quais acabaram por sucumbir à pressão dos demais poderes da república e da sociedade, chancelando a suposta legitimidade desse instituto por demais nocivo ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Execução Penal, Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, Ressocialização, Dignidade da Pessoa Humana, Constitucionalidade.

ABSTRACT

Ten years after the peak of the chaos experienced by the Brazilian penitentiary system, whose main exponent was the occurrence of major riots in the states of São Paulo and Rio de Janeiro, the present study analyzes the Disciplinary Differentiated Regime – RDD, sort of disciplinary action applicable to pretrial detainees and final, which was established with the Law n. 10.792/03, as the supposed solution to all problems involving crime within the prison. The importance of this review lies in the fact that, in the view of most of the specialized doctrine, the RDD, in the molds where it is, besides offending the re-socialize function of the penalty, violates several constitutional and legal standards, characterized as an institute contrary to the penal garantism laid with the Constitution of 1988. In order to confirm this thesis, first we analyze several penal and criminal procedure principles related to RDD. After, we examine in detail the characteristics of the institute, his legal provisions and enforcement cases. Then, in an overall analysis, it is concluded that several constitutional rights and guarantees provided to prisoners are abused by RDD, reason turns out to be a blatant unconstitutionality. Finally, it criticizes the position of complicity adopted by the Brazilian judiciary, which succumb to pressure from other branches of government and society, chancelando the supposed legitimacy of this institution too harmful to the democratic rule of law.

Keywords: Criminal Execution, Disciplinary Differentiated Regime – RDD, Resocialization, Human Dignity, Constitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD.....	11
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	11
2.2 Princípio da Legalidade.....	13
2.3 Princípio da Humanidade da Pena.....	15
2.4 Princípio da Presunção de Inocência.....	17
2.5 Princípio da Ampla Defesa.....	19
3 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	23
3.1 Antecedentes Históricos.....	23
3.2 Previsão Legal.....	26
3.3 Procedimento.....	27
3.4 Características.....	29
4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	31
4.1 Considerações iniciais.....	31
4.2 Utilização de conceitos vagos e a ofensa ao princípio da taxatividade.....	32
4.3 Isolamento excessivo e a ofensa à função ressocializadora da pena.....	33
4.4 Aplicação do RDD ao preso provisório e o malferimento da garantia constitucional da presunção de inocência.....	35
4.5 A crueldade do RDD e o desrespeito à vedação imposta no art. 5º, XLVII, “e”, da Constituição Federal.....	36
4.6 A restrição imposta às entrevistas dos presos com seus advogados e a ofensa ao princípio da ampla defesa.....	39
4.7 Hipóteses de inclusão no RDD e a legalização do inconstitucional Direito Penal do autor.....	40
4.8 Considerações Finais.....	42
5 CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a compatibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD com a Constituição da República de 1988, bem como aferir se o referido instituto ofende a função ressocializadora da pena.

Criado pela Lei n. 10.792/03, que alterou dispositivos da Lei de Execução Penal, o RDD foi fruto de um contexto sociopolítico de extrema antipatia às garantias constitucionais asseguradas aos presos, em virtude da crescente organização da criminalidade intra muros, a qual tem o seu ponto forte na incompetência estatal para gerir os estabelecimentos prisionais de todo o País.

Assim, caminhando na direção contrária aos direitos constitucionalmente assegurados aos presos e regulamentados na Lei de Execução Penal, o RDD suprimiu diversas garantias dos detentos considerados “perigosos”, impondo um tratamento que, por vezes, aproxima-se das temíveis penas cruéis.

Dessa forma, após o advento do RDD, intensos foram os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da constitucionalidade do instituto, que, na visão de boa parte da doutrina, ameaça desconstituir um estado garantista que levou vários anos para ser consolidado no Brasil e, atualmente, é a base dos direitos individuais assegurados na Constituição de 1988.

Nesse contexto, quase dez anos após o surgimento do referido regime, já é possível fazer uma análise que seja imune às influências políticas e sociais próprias daquela época. É aí, portanto, que reside a importância do presente estudo: analisar, de forma serena e, ao mesmo tempo, com precisão científica, a compatibilidade entre o RDD e a Constituição, refletindo acerca dos riscos que um instituto dessa natureza pode acarretar ao estado garantista atualmente vigente no Brasil.

Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho, procurou-se analisar diversos princípios constitucionais relacionados ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal e que têm aplicação no âmbito do regime disciplinar diferenciado. Aqui, vale salientar a importância dos princípios para o objeto deste estudo, uma vez que são eles que servirão de fundamento para a conclusão pela compatibilidade ou não do instituto com a Constituição da República.

Em um segundo momento, passou-se a descrever o RDD, analisando-se os seus antecedentes históricos, a sua previsão legal, as suas hipóteses de cabimento, bem como o

procedimento para a inclusão do preso definitivo ou provisório no citado regime. Além disso, ainda no segundo capítulo, explicitou-se todas as características do RDD, as quais são alvo de diversas críticas por parte da doutrina especializada.

Finalmente, no terceiro capítulo, passou-se à aferição propriamente dita da compatibilidade entre o regime disciplinar diferenciado e a Constituição Federal, examinando-se os principais vícios inerentes ao RDD, à luz dos direitos e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo, a fim de se chegar a uma conclusão definitiva acerca da constitucionalidade do instituto.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD

Inicialmente, convém esclarecer o conceito de princípio. Princípio, ao lado das regras, é uma espécie normativa. Ao longo da história do direito, esse tipo de norma vem adquirindo papel cada vez mais central, dividindo, com as tradicionais regras, o foco de estudo dos juristas.¹

O princípio diferencia-se da regra pela sua estrutura, na qual não há conseqüente jurídico. Efetivamente, o princípio é uma norma que apenas estabelece um fim a ser buscado, é um *mandamento de otimização*², que traça a direção a ser seguida pelos operadores do direito na busca do fim colimado.

Assim, os princípios, diferente das regras, podem ser atendidos em maior ou menor grau, não possuindo uma rígida concepção de obediência. Feita essa introdução, passa-se à análise dos princípios em espécie.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra previsão no art. 1º da Constituição Federal, ostentado a qualidade de fundamento da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.³

¹ Sobre o gradual aumento da importância dos princípios na história do direito brasileiro, v. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**, p. 50.

² Aprofundando o conceito de princípio, v. ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva.

³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Como fundamentos, deve-se entender aqueles valores essenciais à manutenção e à própria caracterização da República como um Estado Democrático de Direito. Nessa linha, vale salientar que, em nenhuma hipótese, deve haver preterição ou inobservância dos valores consagrados por esses fundamentos.

Incluída nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é tida pela melhor doutrina como o valor supremo do estado de direito⁴, do qual irradiam todos os princípios e garantias essenciais dos indivíduos.

Nesse sentido, salutar trazer a lume a lição de Flávia Piovesan⁵:

A dignidade da pessoa humana [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. [...] É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Nesse contexto, toda a atuação estatal deve ser pautada no referido fundamento. A atividade do legislador, por exemplo, deve sempre visar a concretização e otimização dessa dignidade. Assim, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana sempre deverá prevalecer, quando confrontada com outros valores constitucionais.

Com efeito, a dignidade humana só admitirá relativização quando entrar em conflito com a dignidade de outro indivíduo⁶, a qual é igualmente protegida pela Constituição, como é o caso do sopesamento entra a dignidade da mãe e a do feto, nos casos de aborto legalmente permitido.

Portanto, fora desses casos, a inobservância desse fundamento constitucional caracterizará ofensa à Constituição, a qual deve ser devidamente reparada. É nesse cenário que

⁴ Sobre a dignidade humana como valor supremo, v. SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 105.

⁵ PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 54.

⁶ Acerca da relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em **Curso de Direito Constitucional**, 2010, p. 216, lecionam que: “a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entre em conflitos capazes de causar de lesões mútuas a esse valor supremo.”

surge a ideia da inconstitucionalidade pela desobediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A depender do âmbito – legislativo ou executivo – no qual ocorra a violação à dignidade, diverso será o instrumento constitucionalmente previsto para combater tal ofensa. Com efeito, havendo inconstitucionalidade por omissões nas ações governamentais do executivo, poderá ser impetrado o mandado de injunção, para a tutela individual, ou até mesmo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁷, em caso de controle concentrado.

Já para combater legislações editadas ao arrepio da dignidade da pessoa humana, far-se-á, igualmente o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, conforme o caso.

Nesse particular, o que se pretende demonstrar ao longo desse trabalho é que a Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, dentre outros vícios, também padece de inconstitucionalidade por malferir a dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito.

2.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, assim como o da dignidade da pessoa humana, é elemento inafastável do verdadeiro Estado de Direito. Tem a função precípua de proteger os cidadãos do arbítrio estatal, sendo um verdadeiro corolário do liberalismo.

Paulo Bonavides⁸, ao tratar das origens do princípio da legalidade, esclarece, com precisão:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o

⁷ Sobre as omissões estatais ofensivas à Constituição, o Ministro Celso de Melo, no julgamento do Mando de Injunção n. 708-0, do Distrito Federal, em 19/09/07, afirmou que: “A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.”

⁸ BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**, p. 112.

poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

No âmbito do Direito Penal, a importância do princípio da legalidade é igualmente elevada. Encontra-se previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*” Definição semelhante também é prevista no art. 1º do Código Penal.

A necessidade de preexistência da lei incriminadora confere a segurança jurídica ao cidadão, para que não seja punido sem que haja a prévia definição, em lei, das condutas proibidas ou impostas.

De acordo com a doutrina do mestre Rogério Greco⁹, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e proibir incriminações vagas e determinadas.

A partir da primeira função, deve-se entender que todos têm a garantia de não serem penalmente punidos por um fato que, ao tempo da ação ou omissão, não estava tipificado em norma penal incriminadora. A exceção à irretroatividade, como sabido, ocorre quando a lei posterior vier a beneficiar o réu.

A vedação à criação de penas pelos costumes, por outro lado, vem trazer mais segurança jurídica, extinguindo práticas comuns no direito romano e medieval. Assim, a fonte imediata do Direito Penal é a lei, sem a qual não é possível aplicar sanções dessa natureza.

Além disso, o princípio da legalidade também tem a função de vedar o uso da analogia *in malam partem*, que, em regra, é admitida nos demais ramos do direito. Portanto, em matéria criminal, não havendo previsão expressa, não pode o aplicador do direito utilizar-se da analogia para abranger fatos não previstos na norma incriminadora, ainda que sejam extramente similares aos lá expressos. Apesar de bastante criticada pelo senso comum social, especialmente quando se trata de hipóteses semelhantes e não há previsão de uma delas, é preciso ter em mente que a referida vedação representa uma garantia do cidadão, sem qual seria mais difícil protegê-lo de determinados arbítrios estatais praticados em casos concretos.

⁹ Para um aprofundamento acerca das funções da legalidade, v. GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal parte geral**, p. 96.

A partir dessa quarta função da legalidade – proibir incriminações vagas e determinadas – surge a obrigação de taxatividade da norma. Com efeito, é necessário que o tipo incriminador defina precisamente a conduta proibida ou imposta pela lei, sendo vedado, portanto, a edição de tipos com conceitos genéricos ou vagos.

Nesse ponto, conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, o regime disciplinar diferenciado, apesar de apresentar condições que, de tão extremamente severas, assemelham-se a sanções penais, acaba por não obedecer à obrigação de taxatividade, ofendendo, por consequência, a garantia constitucional da legalidade.

Por outro lado, convém igualmente esclarecer a distinção feita pela doutrina entre legalidade formal e legalidade material.

A legalidade formal significa o efetivo respeito ao devido processo legislativo previsto na Constituição, de forma que não haja vício de iniciativa, de quórum, ou mesmo de tramitação de uma forma geral.

Ocorre que o respeito tão somente à legalidade formal conduziria à mera legalidade, o que não atende aos preceitos garantista da Constituição de 1998.

De fato, além da obediência formal, é necessário o respeito à legalidade material, de forma a proporcionar, ao indivíduo, o gozo efetivo das garantias inerentes ao Estado de Direito. Assim, deve haver respeito, principalmente, ao conteúdo estabelecido na Lei Maior, legislando-se de acordo com as vedações e direitos previstos.

2.3 Princípio da humanidade da pena

Por esse princípio, deve-se entender que o condenado não perde a qualidade de ser humano em virtude do cometimento de infração penal. Além disso, as consequências jurídicas da pena não devem ser irreversíveis, uma vez que o condenado continua a fazer parte da sociedade em que vive.

Sobre a função dessa norma, Vitor Roberto Prado, citado por Bitencourt¹⁰, lembra que o princípio da humanidade *“sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem constituição físico-psíquica dos condenados”*.

¹⁰

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: parte geral**, p. 21.

Visando concretizar tal valor, a Constituição exclui determinadas espécies de penas, por serem ofensivas ao citado princípio. Veja-se o teor do art. 5º, inciso XLVII:

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

[...]

XLVII – não haverá penas:

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

Essa vedação constitucional constitui a acepção negativa do princípio da humanidade, haja vista que representa uma limitação do *jus puniendi* estatal, impondo-lhe um não fazer. Por sua vez, a acepção positiva do princípio da humanidade representa a própria proteção à dignidade da pessoa humana, em especial daquele que se encontra no cárcere, impondo, agora, ações por parte do Estado de forma a garantir essa dignidade.

Visando concretizar essa acepção positiva, a Constituição também prevê, no mesmo artigo 5º, agora no inciso XLIX, que “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.*”

Vale salientar ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que tem plena vigência no Brasil, resguarda o princípio da humanidade da pena em seu artigo 5º, itens 1 e 2, *in verbis*:

Art. 5º Direito à integridade pessoal.

- 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
- 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Nesse contexto, é possível perceber que, pelo princípio da humanidade, deve-se valorizar a função ressocializadora da pena, evitando-se uma execução penal simplesmente “castigadora” do condenado. Portanto, deve-se buscar, através da pena, a efetiva remição do condenado, a fim de que saia do estabelecimento prisional apto a recomeçar a sua vida.

Apenas com base no que foi dito, é possível concluir que o regime disciplinar diferenciado vai totalmente de encontro aos valores protegidos pelo princípio da humanidade,

pregando um cumprimento de pena que se afigura cruel e sem perspectivas reabilitadoras, conforme será aprofundado no decorrer deste trabalho.

2.4 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, um dos principais pilares do sistema processual acusatório, encontra previsão na Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVII, o qual estabelece que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Na mesma linha, o art. 8º, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) igualmente trata do assunto, dispondo que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*.

Esse estado jurídico de inocência experimentado pelo acusado traz duas consequências principais, uma de tratamento e outra de ordem probatória. Eugênio Pacelli aborda com precisão o tema, afirmando¹¹:

O princípio da presunção de inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de cunho probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

Nesse contexto, visando concretizar a garantia inculpada no texto constitucional, sobretudo no que concerne ao tratamento que deve ser dispensado ao acusado, o Código de Processo Penal foi alterado pela Lei 14.403/2011, que veio a estabelecer, de forma definitiva, o caráter excepcional da prisão cautelar.

Com efeito, para que seja decretada a prisão preventiva do acusado, é necessária a demonstração clara da presença de algum dos requisitos do art. 312 do CPP. Ausentes tais requisitos deve o acuso ser mantido ou imediatamente colocado em liberdade, até que sobrevenha

¹¹

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, p. 48.

o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Isso porque, como a reforma de 2011 deixou claro, os provimentos cautelares não são formas de antecipação da pena, somente podendo ser aplicados se presentes os seus requisitos específicos, que não se confundem com os requisitos para a aplicação da pena.

Dessa forma, até mesmo ao prolatar a sentença condenatória, o juiz, se entender que o réu deva ser recolhido imediatamente à prisão, deverá fundamentar claramente essa necessidade, não podendo determinar a prisão como decorrência automática da sentença condenatória que não transitou em julgado.

Nesse ponto, vale ressaltar que os tribunais têm aplicado de forma louvável a garantia da presunção de inocência ou não-culpabilidade, determinando o relaxamento de prisões ilegais e possibilitando que os réus recorram em liberdade, quando ausentes os requisitos da preventiva. Nesse sentido, veja-se elucidativo julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO, RESISTÊNCIA E TORTURA QUALIFICADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FACULTADO O RECURSO EM LIBERDADE. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO APÓS O JULGAMENTO DO APELO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AOS CORRÉUS. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. 3. In casu, existe manifesta ilegalidade pois a expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, com extensão da ordem aos corréus. (grifos nossos). (HC 201301107382, Relator(a): Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 21/05/2013, DJE 29/05/2013).

Nesse contexto, a possibilidade de inclusão do preso provisório no regime disciplinar diferenciado é bastante criticada pela doutrina, sendo apontada como ofensiva ao princípio da presunção de inocência. Isso porque, além de a condição de preso provisório já ser uma situação excepcional por natureza, não haveria justificativa para incluir em regime tão gravoso aquele que ainda goza da presunção de inocência por não ter sido definitivamente condenado.

Além disso, também é apontada como ofensiva à garantia da presunção de não-culpabilidade a inclusão do recluso no RDD decorrente da prática de fato previsto como crime doloso, inteligência do art. 52, caput, da Lei de Execução Penal. Isso porque, nesse caso, o réu é incluído no regime diferenciado sem que se aguarde o trânsito em julgado da ação penal correspondente. Sobre esses pontos, uma análise mais aprofundada será no terceiro capítulo.

2.5 Princípio da ampla defesa

O Princípio da Ampla Defesa garante ao acusado criminalmente a reação às imputações contrárias ao seu interesse que lhe forem feitas no curso do processo, tendo fundamento constitucional no art. 5º, inciso LV, *in verbis*:

Art.5º [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Também no âmbito internacional, o Brasil firmou compromisso de garantir aos acusados em processo penal a participação e influência no processo de que fizerem parte ao ratificar, por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, o já citado Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu art. 8º, dispõe:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A ampla defesa, como se percebe, é desdobramento da garantia do juiz natural, também constitucionalmente assegurada no art. 5, inciso XXXVII, o qual assegura que “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”. Dessa forma, exige-se o julgamento do acusado por juiz ou tribunal independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei. Pretende-se, com isso, garantir o caráter substancial do direito de defesa do acusado, que vai além do seu direito de ser ouvido, mas configura o direito de poder, efetivamente, influenciar na decisão do órgão julgador.

Sobre o princípio da ampla defesa, leciona Tourinho Filho:

Aliás, em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza de direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido¹².

A doutrina costuma apontar duas dimensões que a ampla defesa pode assumir: a defesa técnica e a autodefesa. Antônio Scarance Fernandes¹³, a exemplo, defende que:

Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para a observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito à autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementariedade.

A defesa técnica é exercida por profissional habilitado e consiste na garantia¹⁴ fundamental e irrenunciável¹⁵ do acusado de ser assistido, no curso do processo acusatório, por um advogado constituído ou dativo.

A autodefesa, por outro lado, é exercida pelo próprio acusado, podendo ser por ele renunciada de acordo com o seu juízo de oportunidade e conveniência, e subdivide-se em direito

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de processo penal**, p. 53.

¹³ FERNANDES, Antônio Scarance, **Processo penal constitucional**, p. 22.

¹⁴ A defesa técnica é também assegurada no Pacto de São José da Costa Rica, que prevê, entre as garantias mínimas do acusado durante o processo, o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”.

¹⁵ Nesse sentido, ver Súmula 523, do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” Também o Código de processo penal, em seu art. 261, parágrafo único, assegura que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.”

de audiência e direito de presença. O direito de audiência tem relevância no procedimento do interrogatório, consistindo na oportunidade que se confere ao acusado de ser ouvido pelo juiz para apresentar sua versão sobre os fatos delituosos. Já o direito de presença é o direito de acompanhar os atos da instrução probatória, por meio do qual se concede ao réu a possibilidade de "tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor e o juiz das provas".¹⁶

Alguns autores apontam ainda a defesa efetiva como vertente da ampla defesa. A defesa efetiva seria, assim, a exigência de diligência e responsabilidade do defensor técnico no processo.

Trata-se, na verdade, de requisito essencial à defesa técnica e sua ausência é capaz de inquinar de nulidade o procedimento. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o defensor se limita a pedir a condenação do acusado "no mínimo legal", eis que não se considera que aquele de desincumbiu do ônus que lhe cabia, exercendo seu papel de forma meramente formal ou aparente.

Nesse sentido, também vem entendendo a jurisprudência:

Defesa. Ampla defesa. Estado democrático de direito. Direitos e garantias fundamentais. Princípio da ampla defesa. Princípio do contraditório. Defesa técnica deficiente. Alegações finais em que a defesa apenas pede a pena mínima. Ausência de defesa. Devido processo legal. Nulidade declarada. Considerações sobre o tema com citação de julgado do STF. CF/88, art. 5º, LIV e LV. A CF/88 constitui clara e inarredável opção pelo Estado Democrático de Direito, no qual os direitos e garantias fundamentais devem sempre prevalecer, dentre estes, alinhavados, os princípios da ampla defesa e do contraditório, erigidos à categoria de dogmas e pressupostos para a validade da prestação jurisdicional. Sob tal ótica, repugna aos anseios da sociedade a atuação defensiva meramente formal e desencadeada em ritmo burocrático, sem o postulado da defesa efetiva, traduzida na indispensável condução dialética do processo, em diligente contradição aos fatos e alegações suscitados na acusação. A defesa assim claudicante vulnera os interesses da sociedade democrática e impõe, de ofício e sem maiores indagações relativas à existência de prejuízos concretos, a decretação de nulidade processual, desde o momento em que se apresentar falho o patrocínio técnico do acusado no juízo penal.¹⁷

¹⁶

V. FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxi**, p. 34.

¹⁷

TAMG – Rev. Crim. 315.547 – Diamantina – Rel.: Juiz Alexandre Victor de Carvalho – J. em 11/12/2001 – DJ 08/10/2002.

Especificamente no âmbito do Regime Disciplinar Diferenciado, questiona-se se o princípio da ampla defesa, nos termos acima delineados, vem sendo atendido. Com efeito, uma das principais críticas feitas, a ser oportunamente adiante aprofundada, diz respeito às limitações impostas ao direito de reunião entre o advogado e seu cliente. Direito esse que, pela Lei que instituiu o RDD, estaria sujeito a regulamentação por parte dos Estados-membros, podendo haver, inclusive, exigência de procuração e agendamento prévio para que a reunião ocorra.

3 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

3.1 Antecedentes históricos

No início da década de 2000, o sistema penitenciário brasileiro experimentava o ápice de um verdadeiro caos. Exemplo dessa falência do modelo carcerário, o Estado de São Paulo apresentava enormes dificuldades para conseguir manter a ordem nos seus estabelecimentos prisionais.

Para compreender melhor esse contexto, é preciso destacar alguns fatores. Inicialmente, vale lembrar que, naquela época, antes da reforma do Código de Processo Penal¹⁸ de 2011, a regra era a manutenção das prisões em flagrante, bem como a condenação a regimes iniciais fechados, como um forma a diminuir na sociedade o sentimento de uma “justiça desmoralizada”. Além disso, some-se a esses fatores a plena vigência da Lei de Crimes Hediondos, na parte em que vedava a progressão de regime e a concessão de liberdade provisória.

Diante da carência de estabelecimentos penitenciários, ocorreu uma consequente superlotação da população carcerária, inclusive com permanência de presos definitivamente condenados em distritos policiais.¹⁹

Nesse cenário, em fevereiro de 2001, no Estado de São Paulo, ocorreu a maior rebelião carcerária de que se tem notícia no Brasil. A *megarrebelião* envolveu 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo e 04 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Além da enorme proporção que o evento assumiu, outro fator que contribuiu para sua notoriedade foi a pauta de reivindicações dos rebeldes. Com efeito, diferentemente das comuns reclamações referentes às deficiências do sistema carcerário²⁰, a *megarrebelião* paulista foi uma resposta dos aliados da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), que

¹⁸ A título de exemplo, demonstrando o caráter excepcional que a prisão cautelar passou a ostentar: CPP – Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁹ Para um aprofundamento da contextualização da política criminal na época do advento do RDD, v. BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**, pp. 176 e ss.

²⁰ Acerca da tendência de as rebeliões carcerárias ocorrerem em virtude de reivindicações de garantias asseguradas por lei, v. CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. pp. 215 – 258.

não aceitou a medida do governo de transferir os líderes da organização para estabelecimentos prisionais distantes da Capital, como uma forma de enfraquecer o grupo.

Sobre as principais reivindicações dos presos, Carvalho e Russomano²¹ esclarecem:

Verificou-se que as principais reivindicações foram pedidos de retorno para a Casa de Detenção de São Paulo (Complexo do Carandiru) de líderes da facção recentemente removidos para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté. Registre-se que no anexo as regras disciplinares eram extremamente severas, como, p. ex, a permanência dos presos por 23 horas isolados na cela, apenas 01 hora para banho de sol e deslocamentos no interior da prisão algemados. Apenas no segundo dia da *megarrebelião* foram apresentadas denúncias referentes às más condições das prisões, maus-tratos contra os detentos, má qualidade da alimentação, falta de assistência médica e judiciária, arbitrariedades praticadas pelas autoridades entre outros.

Dessa forma, considerando a sua gravidade e a grande visibilidade dada pelo meios de comunicação ao evento, não é difícil perceber que essa rebelião gerou uma grave crise institucional na segurança pública do estado paulista, sobretudo pela força, influência e organização demonstradas pelo PCC.

A resposta do governo paulista veio por meio de uma resolução da Secretaria de Administração Penitenciária, editada em maio de 2001. A Resolução SAP/SP 26 inaugurou o regime disciplinar diferenciado no Brasil. De acordo com essa norma, o RDD seria aplicável aos líderes e integrantes de facções criminosas bem como a todos quantos o comportamento carcerário exigisse um tratamento específico, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, na primeira inclusão no regime, e de 360 (trezentos e sessenta dias) dias nas demais.

O requerimento para a inclusão do preso no RDD era feito pelo Diretor Técnico da unidade ao Coordenador Regional das unidades prisionais, que, estando de acordo, encaminharia o pedido ao Secretário Adjunto para decisão final, conforme art. 2º da resolução. Ressalte-se, nesse ponto, que a decisão sobre a inclusão de preso no RDD não passava pelo Juiz, ainda que o preso fosse provisório, ficando restrita ao âmbito do executivo.

Já no Estado do Rio de Janeiro, também conhecido pela força das organizações criminosas à época, a primeira experiência com o RDD se deu em dezembro de 2002, tendo como causa a rebelião liderada pelo traficante Fernandinho Beira-Mar, no presídio Bangu I. Após o fim da revolta, as lideranças foram isoladas e os outros participantes foram colocados em

²¹ CARVALHO, Salo de e FREIRE, Cristiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 273.

Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES).

Nesse particular, vale destacar o que disse, à época, o então Secretário da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, Sr. Astério Pereira dos Santos, ao tratar do Regime Disciplinar Especial de Segurança²²:

No que pertine ao Regime Disciplinar Especial de Segurança ora implantado, tanto aqui no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, está ele em consonância com o que se acabou de expor, deixando certo que se trata de um imperativo de disciplina, mas muito mais que isto, de uma medida destinada a afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjugam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pode ver na semana passada.

Posteriormente, o referido regime foi estendido aos demais estabelecimentos prisionais do estado fluminense.

Nesse contexto, após a iniciativa das Secretarias de Administração Penitenciária dos dois estados de maior força no País, aliada ao apoio maciço dos meios de comunicação, é possível inferir a pressão que existia sobre o Poder Público Federal para a criação de semelhante regime em âmbito nacional. Sobre esse cenário, Carvalho e Russomano²³ explicam:

A medida de recrudescimento disciplinar esteve igualmente relacionada com a necessidade de o Poder Público refirmar seu controle sobre os estabelecimentos prisionais. O exemplo mais nítido do “pânico” estatal em demonstrar à sociedade sua incapacidade ocorreu no episódio *Fernandinho Beira-Mar*. Naquele momento, a construção do *anti-herói nacional* – personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho – associada ao homicídio de dois Magistrados de Varas de Execuções Criminais – 14 de março em São Paulo (SP) e 24 de março em Vitória (ES) – agregaram o elemento que falta para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização.

Dessa forma, foi nesse cenário que, em 26 de março de 2003, o Projeto de Lei 7.053, enviado em 2001 pela Presidência da República, foi aprovado em ambas as casas do Congresso Nacional, dando origem à Lei n. 10.792, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2003, modificando vários dispositivos da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal, além de estabelecer outras providências.

²² SANTOS, Astério Pereira dos. **Regime Disciplinar Especial – Legalidade e Legitimidade**.

Disponível em: <<http://www.seap.rj.gov.br>> Acesso em: 13/05/2012.

²³ CARVALHO, Salo de e FREIRE, Cristiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 273.

3.2 Previsão Legal

Conforme analisado, o Regime Disciplinar Diferenciado é fruto da alteração que a Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, promoveu na Lei de Execução Penal (LEP) – Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 – e no Código de Processo Penal – Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941.

Dentre as alterações, a mais importante se encontra no art. 52 da Lei de Execução Penal, que traz as principais características do RDD. Assim, pela sua importância, eis o teor do artigo:

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

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

II – recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

Consoante se extrai do aludido artigo, existem três situações que podem acarretar na inclusão do preso, provisório ou condenado, no regime disciplinar diferenciado.

A primeira, prevista no art. 52, *caput*, consiste na prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Nesse caso, a inclusão do RDD ocorrerá sem prejuízo da ação penal correspondente. Ademais, como bem ressalta Renato Marcão²⁴, não é necessário aguardar eventual condenação ou trânsito em julgado da sentença penal para a inclusão no RDD, pois a lei fala apenas na *prática* de fato previsto como crime.

Nesse particular, o referido doutrinador traz definições de alguns termos contidos no

²⁴

V. MARCÃO, Renato, **Curso de Execução Penal**, p. 73: “O regime disciplinar diferenciado é modalidade de sanção disciplinar (art. 53, V, da LEP), e para sua aplicação basta a *prática* do fato regulado. Não é preciso aguardar eventual condenação ou trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que por certo inviabilizaria a finalidade do instituto.”

caput do art. 52, as quais são imprescindíveis para a plena compreensão da norma. Vejamos:

Subversão é o mesmo que tumulto. Assim, ocasionar subversão é o mesmo que tumultuar. É o ato ou efeito de transformar o funcionamento normal ou o considerado bom de alguma coisa; *ordem* lembra organização, e, no léxico, significa: regulamento sobre a conduta de membros de uma coletividade, imposto ou aceito democraticamente, que objetiva o bem-estar dos indivíduos e o bom andamento dos trabalhos; *disciplina*, por sua vez, significa obediência às regras e aos superiores.

A segunda situação está descrita no art. 52, §1º, e autoriza a inclusão no RDD do preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Nessa hipótese, diferentemente da primeira, não há necessidade de que o preso tenha praticado qualquer fato previsto como crime doloso no interior do estabelecimento prisional, bastando que ele apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Por fim, o art. 52, § 2º, estabelece que também está sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado o preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

3.3 Procedimento

Conforme previsto na Lei de Execução Penal²⁵, o regime disciplinar diferenciado é uma sanção disciplinar cujo procedimento de imposição é diverso das demais sanções e vem regulado no art. 54 do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

De acordo com a referida norma, a inclusão em RDD, dada a sua gravidade, é a única

²⁵

Lei n. 7.210/84 – Art. 53. Constituem sanções disciplinares: *(omissis)* V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

decisão que não pode ser imposta diretamente pelo diretor do estabelecimento prisional, exigindo, em verdade, decisão de órgão jurisdicional. No entanto, vale ressaltar que o magistrado não pode determinar a inclusão de ofício, nem pode fazê-lo atendendo a pedido do Ministério Público.

Com efeito, a legitimidade para a requerer a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado é da autoridade administrativa diretora do estabelecimento, estendendo-se também aos seus superiores, como o Secretário de Segurança Pública ou o Secretário da Administração Penitenciária.

Nesse particular, como bem ressalta o douto jurista Adeildo Nunes²⁶, o requerimento circunstanciado que a autoridade deverá apresentar ao Juiz deve ser entendido em sentido amplo, compreendendo-se, obrigatoriamente, o procedimento administrativo correspondente, seja qual for a situação que ensejou o referido pleito de inclusão no RDD.

Tratando do mesmo tema o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela indispensabilidade do procedimento administrativo prévio. Veja-se:

AÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO. PRISÃO. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO. REPERCUSSÃO NO ALCANCE DOS BENEFÍCIOS DE EXECUÇÃO PENAL. INDISPENSABILIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. NÃO INSTAURAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Ordem concedida de ofício para que a sanção já cumprida não produza efeitos na apreciação de benefícios na execução penal. O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado. (STF – 2ª T. – HC n. 96.326 – Rel. Cezar Peluso – j. em 08.04.2010, DJe 09.04.2010).

Dessa forma, apresentado o pedido de inclusão do preso no RDD, o magistrado deve ouvir o Ministério Público e a Defesa, após o que decidirá no prazo máximo de 15 (quinze) dias, conforme o parágrafo segundo do art. 54 supratranscrito.

Ainda sobre o procedimento, vale lembrar que embora o juiz tenha o prazo de quinze dias para decidir, é possível, havendo urgência, que a autoridade administrativa determine, *ex*

²⁶ V. Nunes, Adeildo, **Da execução Penal**, p. 100: “Como a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado dependerá sempre de requisição da autoridade administrativa interessada, o bom-senso indica que o requerimento ao Juiz seja instruído com o procedimento administrativo correspondente, com a finalidade de servir de base para a decisão judicial. Não importa se o RDD é perseguido em relação ao preso provisório ou condenado, se se trata de recluso envolvido com o crime organizado ou cometeu uma falta grave, em síntese, o procedimento administrativo deverá sempre anteceder o pedido de inclusão, pois a investigação administrativa demonstrará o grau de periculosidade do agente ou a falta grave cometida.”

officio, o isolamento preventivo do recluso pelo prazo de até 10 (dez) dia, enquanto aguarda a decisão judicial. Essa possibilidade está prevista no art. 60 da Lei de Execução Penal.

3.4 Características

As características do regime disciplinar diferenciado, previstas no próprio art. 52 da Lei de execução penal, são: recolhimento em cela individual; limitação do direito de visita a duas pessoas por semana, por duas horas, sem contar as crianças; direito à saída da cela por apenas duas horas diárias para “banho de sol”; possibilidade de se disciplinarem no âmbito estadual a restrição de acesso do preso aos meios de comunicação e o cadastramento e agendamento prévio para entrevista com o seu advogado.

Além disso, os estabelecimentos penitenciários especialmente destinados a custodiar presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado, conterão, dentre outros equipamentos de segurança, bloqueadores de telefones celulares, radiotransmissores e outros meios de comunicação.

A inclusão no regime terá duração máxima de 360 (trezentos e sessenta dias), podendo ser repetida no caso de nova falta grave, devendo respeitar apenas o limite máximo de um sexto da pena aplicada. Nesse ponto, para a maior parte da doutrina²⁷, em se tratando de preso provisório, deve-se tomar como base, para o limite de um sexto, a pena mínima cominada ao delito.

A União, os Estados e o Distrito Federal poderão construir penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado. Ademais, a União deve priorizar, quando da construção dos presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos ao aludido regime,

No entanto, deve-se observar, na construção desses estabelecimentos, a necessária separação entre presos provisórios e os condenados, nos termos do art. 300 do Código de Processo Penal e do art. 84 da Lei de Execução Penal.

Vale ressaltar, ainda, o teor do art. 58 do Decreto n. 6.049/07, regulamento

²⁷

V. MARCÃO, Renato **Curso de Execução Penal**, p. 73: “Em se tratando de preso provisório, *sem pena aplicada*, na falta de expressa previsão legal, leva-se em conta a pena mínima cominada.

penitenciário federal, segundo o qual, além das restrições previstas no art. 52 da Lei de Execução Penal, o preso submetido ao regime disciplinar diferenciado deverá usar algemas nas movimentações internas e externas, dispensadas apenas nas áreas de visita, banho de sol, atendimento assistencial e, quando houver, nas áreas de trabalho e estudo. Além disso, o referido artigo do regulamento penitenciário prevê também que o preso deverá ser submetido aos procedimentos de revista pessoal, de sua cela e seus pertences, sempre que for necessária sua movimentação interna e externa, sem prejuízo das inspeções periódicas.

Nesse particular, no que se refere à obrigatoriedade do uso de algemas nas movimentações internas e externas, é conveniente trazer à baila o teor da Súmula Vinculante n. 11, editada em 13 de agosto de 2008, *in verbis*:

Súmula Vinculante n. 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Dessa forma, aplicando o teor da súmula ao regulamento penitenciário, há que se fazer uma interpretação conforme a Constituição²⁸ para entender que a aljava só deve ser usada em casos excepcionais e devidamente justificados, ainda que o preso esteja incluído em regime disciplinar diferenciado.

Finalmente, convém salientar que caberá à União definir os padrões mínimos dos presídios destinados a abrigar presos sujeitos ao regime disciplinar diferenciado.

²⁸ V. Gimar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, **Curso de Direito Constitucional**, p. 180: “Modernamente, o princípio da *interpretação conforme* passou a consubstanciar, também, um mandado de otimização do *querer* constitucional, ao não significar *apenas* que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se *orienta para a Constituição* ou a que *melhor* corresponde às decisões do constituinte.”

4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1 Considerações iniciais

Desde o seu advento, muito se discute sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Nesse contexto, embora a maior parte dos tribunais já tenha se posicionado pela constitucionalidade do instituto, entendemos que melhor razão assiste aos que refutam a sua validade.

A título de exemplo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), chamado a se manifestar sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, por meio de parecer relatado pelo conselheiro Pedro Sérgio dos Santos, em julho de 2005, aprovado pelo seu plenário, entendeu que se trata de um modelo disciplinar que viola a Constituição Federal, Tratados Internacionais, regras mínimas das Nações Unidas, concluindo que o RDD tem caráter vingativo do Estado mediante tratamento desumano e cruel à pessoa do detento.²⁹

Roberto Lyra, doutrinador processualista penal, mesmo sem ter convivido com o advento do regime disciplinar diferenciado, já refutava de forma plena qualquer espécie de isolamento. Segundo ele:

A célula não corresponde a qualquer dos requisitos e dos fins da pena considerada do ponto de vista do interesse social. O isolamento deprime ou excita o espírito anormalmente, preparando o terreno para as chamadas psicoses carcerárias. [...] Em vez do esperado arrependimento, sobrevém, em regra, o desespero ou a insensibilidade. O argumento de que o isolamento contínuo serve melhor à individualização, aliás falso, pela simples razão de que se procura adaptar o sentenciado por meios sociais, não à prisão e à solidão, mas à liberdade e à convivência, não pode ser acolhido.³⁰

Com efeito, não pode ser outro o modo como encarar o advento do Regime Disciplinar Diferenciado. Após uma década de 90, em que a comunidade jurídica assistiu perplexa ao surgimento de verdadeiras excrescências normativas, sobretudo nas searas penal e processual penal (algumas declaradas inconstitucionais em momento posterior), o RDD veio

²⁹ Para maiores informações sobre o parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, v. NUNES, Adeildo. **Da execução Penal**, p. 101.

³⁰ LYRA, Roberto. **Comentários ao código de processo penal**. p. 109.

como a cereja de um bolo deveras envenenado. Pontua Carvalho³¹ que “[...] *do ponto de vista dos efeitos concretos produzidos na execução da pena privativa de liberdade, vale ressaltar que, se a Lei de Crimes Hediondos significou o golpe inicial na perspectiva reabilitadora, a criação do RDD aparece como golpe de misericórdia.*”

4.2 Utilização de conceitos vagos e a ofensa ao princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido³².

Apesar de aplicar-se, precipuamente, ao Direito Penal, o legislador teria andando bem se tivesse observado o referido princípio quando da definição das hipóteses de cabimento do regime disciplinar diferenciado, tendo em vista a gravidade de tal sanção disciplinar.

No entanto, mesmo em uma análise perfunctória, é possível perceber que a redação do art. 52, § 1º, da Lei de Execução Penal, ao descrever uma das situações que acarretariam a inclusão do preso no RDD, passou longe de obedecer ao princípio da taxatividade.

Efetivamente, ao estabelecer que será aplicável o regime diferenciado para o preso que apresente apresentem *alto risco* para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, a lei não definiu o que significaria esse alto risco, abrindo clara margem para arbitrariedades.

Nesse diapasão, como conceber que tal punição tenha conceitos tão vagos para sua aferição e aplicação, quando sua gravidade faz com que ela se assemelhe sobremodo a uma sanção penal? A observância ao princípio da taxatividade faz-se imperiosa aqui, não sendo admissível que deixemos ao alvedrio de determinadas autoridades a decretação ou não dessa medida, que, por excelência, já se afigura inconstitucional.

Nas palavras de Brito³³, “*a ausência de dispositivos legais que claramente definam as hipóteses descritas coloca em risco a aplicação do preceito, pugnando pela sua ineficácia ou, como sói acontecer, possibilitando a comissão desvairada de arbitrariedades.*”

³¹ CARVALHO, Salo de e FREIRE, Cristiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 276.

³² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais**. RT, Fascículos Penais, Ano 89, v. 779. RT: São Paulo. 2000. p. 427.

Nesse ponto, vale salientar, contudo, que essa prática de utilização de conceitos vagos não surgiu com o RDD. Ao contrário, esteve presente na Lei de Execução Penal desde a sua edição, sempre tendo sido alvo de críticas. Sobre o tema, vale citar as lições do ilustre jurista Salo de Carvalho³⁴:

Desde a edição da LEP em 1984 tem-se criticado o estatuto pela utilização, na definição de faltas graves, de termos vagos e genéricos, sem precisão semântica, que acabavam por permitir ao agente penitenciário o uso de meta-regras em sua significação – v.g incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; não executar trabalho, tarefas e ordens recebidas. A técnica legislativa utilizada serviu historicamente A técnica legislativa utilizada serviu historicamente para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais de presos incômodos. Tal volatilidade produziu a minimização dos direitos dos apenados nos procedimentos de averiguação das faltas disciplinares. Talvez um dos exemplos mais notórios de condutas reivindicatórias pacíficas (movimentos paredistas) que acaba(va)m sendo definidas como atos de “subversão da ordem e da disciplina”, passíveis, pois, de sanção disciplinar por falta grave, é a prática da greve de fome

4.3 Isolamento excessivo e a ofensa à função ressocializadora da pena

O art. 1º da Lei de Execução Penal estabelece que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*.

Portanto, com base no referido dispositivo, verifica-se que a execução penal, no Brasil, adota a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a reintegração social, através da humanização. Assim, os objetivos da execução são punir, mas, ao mesmo tempo, humanizar.

Essa previsão legal da reintegração decorre do fato de ser um dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, a qual inclui, por óbvio, a sua reinserção no meio social. Sobre esse aspecto, bem esclarece Prado³⁵:

Proclama a Lei de Execução penal que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência em sociedade.

³³ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**, p. 171.

³⁴ CARVALHO, Salo de e FREIRE, Cristiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 278.

³⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, p. 590.

[...] Também ao egresso será prestada assistência, que consistira na orientação e apoio para reintegrá-lo a vida em liberdade, além da concessão, se necessário de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequando, pelo prazo de dois meses.

Nessa linha, visando concretizar o objetivo ressocializador, a própria Lei de Execução Penal previu a possibilidade de o preso trabalhar ou estudar na prisão, servindo essas atividades, inclusive, como instrumentos de remição da pena.³⁶

Ocorre que, infelizmente, as disposições reintegradoras previstas na lei não efetivadas na realidade dos presídios brasileiros. Conforme assevera Nunes³⁷:

Na prática, dentro da grande maioria dos estabelecimentos prisionais do País não há preocupação com a recuperação do condenado, porque os índices de reincidência são assustadores. Nesse sentido A própria sociedade repudia o fato de o preso ser detentor de direitos, conquista assegurada, somente, com o advento da Lei n. 7.210/84, a Lei de Execução Penal. A reintegração social do condenado, assim, não é uma utopia, uma vez que o que falta é vontade política para aplicar corretamente a LEP.

Nesse contexto, o legislador, mesmo ciente das dificuldades enfrentadas para concretizar a citada função da pena, optou por instituir o regime disciplinar diferenciado, cujas características eliminam qualquer resquício de ressocialização que a pena poderia ter.

Com efeito, sem adentrar no aspecto da crueldade da pena, que mais adiante será aprofundado, impor um isolamento de vinte e duas horas diárias, durante um lapso que pode durar até 360 (trezentos e sessenta dias), prazo esse prorrogável, é, sem dúvida, abdicar de qualquer fim ressocializador. Isso porque isolar o homem, que é gregário por natureza, não irá torná-lo um ser mais social. Nesse sentido, Carvalho³⁸ conclui que, com o regime disciplinar diferenciado, “[...]abdicar-se, pois, vez por todas, do ilusório e romântico fim ressocializador pregado no Estado Social em prol de uma administração das massas inconvenientes.”

Desse modo, é imperioso concluir que o RDD falha ao imprimir ao infrator uma sanção estática, onde nada é permitido. Verifica-se, aqui, que não há nenhuma ponderação de

³⁶ LEP – Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, *por trabalho ou por estudo*, parte do tempo de execução da pena..

³⁷ NUNES, Adeildo. **Da execução Penal**, p. 31.

³⁸ CARVALHO, Salo de e FREIRE, Cristiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 278.

valores, uma vez que é adotada plenamente a valorização da ordem, disciplina e segurança, em detrimento do necessário convívio social do preso.

Obviamente que aqui não se pretende apenas valorizar os direitos do recluso, criticando irrestritamente as opções estatais. Não. O que se quer, na verdade, é trazer a reflexão acerca da proporcionalidade de certas medidas.

Nessa linha, falar-se em “harmônica integração social do condenado” que está sujeito a permanecer 360 dias, prorrogáveis até o limite de 1/6 da pena aplicada, em cela individual, com visitas semanais de duas pessoas, com duração de duas horas, e com “direito” à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol, é, completamente, utópico, para dizer o mínimo.³⁹

Em síntese: o objetivo posto no art. 1º da Lei de Execução Penal é simplesmente desprezado pela atual redação do seu art. 52.

4.4 Aplicação do RDD ao preso provisório e o malferimento da garantia constitucional da presunção de inocência

Outra relevante crítica dirigida pela doutrina ao regime disciplinar diferenciado diz respeito à possibilidade de sua aplicação ao preso provisório. Sobre esse ponto, é importante que apontemos o elevado grau de inconstitucionalidade desse permissivo.

A inconstitucionalidade ocorre pela violação direta ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A propósito da dimensão desse princípio, George Sarmento⁴⁰ doutrina ser necessário:

Cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento. [...] É um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal.

³⁹ V. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 287.

⁴⁰ SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues de. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos**, p. 242.

Nessa linha, por força da presunção de inocência, a regra é a manutenção do réu em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, de forma que a necessidade ou utilidade de eventual prisão cautelar pressupõe a devida demonstração.⁴¹As medidas cautelares, portanto, devem ter caráter de exceção.

Desse modo, percebe-se que a prisão provisória, em sua essência, já representa mitigação do princípio do estado de presunção de inocência albergado pela Constituição.

Portanto, admitir ainda sanção de tal jaez ao preso provisório, seria incorrer em verdadeiro excesso de execução e quebrar, de forma irremediável, o aludido preceito constitucional. Retrocederíamos à redação originária do CPP, inspirado no Código *Rocco*, que abraçava a presunção de culpabilidade? Segundo Moura 42:

Não há dúvida de que submeter aquele que não foi definitivamente condenado a condições que ferem a dignidade humana, pelo prazo de 1/6 da pena que sequer foi aplicada, constitui insuportável ilegalidade, além de afrontar a garantia da não-consideração prévia de culpabilidade, inserto no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Nesse particular, ressalte-se, ainda, que parcela da doutrina enxerga ofensa ao princípio da presunção de inocência até mesmo quando o preso definitivo é incluído no RDD, desde que a inclusão se dê por força da hipótese prevista no art. 52, *caput*, que consiste na prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas.

Isso porque, como ressaltado no capítulo anterior, nesse caso, a inclusão do RDD ocorrerá sem prejuízo da ação penal correspondente, não sendo necessário aguardar eventual condenação ou trânsito em julgado da sentença penal para a inclusão no RDD, pois a lei fala apenas na *prática* de fato previsto como crime.

Dessa forma, a doutrina levanta a hipótese do preso que é colocado no RDD, mas, posteriormente, é absolvido da imputação da prática do crime doloso que havia autorizado a citada sanção. Nesse caso, haveria uma verdadeira antecipação de sanção, sem prévio julgamento.⁴³

⁴¹ Nesse sentido, STF: HC 84.078, em 05/02/2009.

⁴² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 288.

⁴³ Adotando esse posicionamento, v. TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 529.

Assim, conclui-se se flagrantemente inconstitucional a norma que permite a inclusão do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, tendo em vista que ofende, diretamente, a garantia constitucional da presunção de inocência.

4.5 A crueldade do RDD e o desrespeito à vedação imposta no art. 5º, XLVII, “e”, da Constituição Federal

Ao vedar determinados tipos de pena, a Carta Magna consagra, ainda que implicitamente, o princípio da *necessidade da pena*, segundo o qual a pena não deve impor ao preso restrições quaisquer que não as indispensáveis para o cumprimento de sua função preventiva e reintegradora.⁴⁴

Nessa linha, analisando a série de atrocidades introduzidas pela lei que criou o RDD, é necessário apontar o grau de absurdez do rigor implementado pelas restrições impostas. É inegável que o isolamento por 22 horas diárias configura pena cruel e desumana, não encontrando, pois, respaldo na sistemática constitucional pátria.

Nossa Carta Magna é inexorável ao rechaçar expressamente tal modalidade de pena. Tal acinte à Constituição se acentua quando se verifica ser cabível a inclusão no RDD por até 360 dias. Prazo esse ainda prorrogável. Como conceber legítima e válida tal sanção, ante a aspectos deveras rigorosos e, reitere-se, cruéis?

Com efeito, além de cruel, o castigo imposto ao preso submetido ao regime disciplinar diferenciado viola ainda, a dignidade da pessoa humana, que é o fundamento maior da nossa República. Corroborando tal posicionamento, convém aqui colacionar o entendimento da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Rocha de Assis Moura⁴⁵:

A Lei Maior assegura, como um dos princípios de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, estando disposto no art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor no Brasil, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” O mesmo direito está assegurado no art. 5º, III, da Constituição da República, que também garante, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX).

⁴⁴ Para um aprofundamento acerca do *princípio da necessidade da pena*, v. Gimaraes Ferreira Mendes, Inocência Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, **Curso de Direito Constitucional**, p. 706.

⁴⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 287.

É preciso lembrar que os direitos do preso não atingidos pela condenação devem, sim, ser preservados, cabendo destacar aqui sua integridade física e psíquica. O homem, enquanto ser social, não pode ser submetido ao degradante tratamento do isolamento, sem que, com isso, não sofra irreparável desequilíbrio psicológico.

Não raras as ocasiões em que o preso, após ser incluído em RDD, é encaminhado ao manicômio judiciário. Quando não, apresenta profundas alterações de comportamento, como a aduz com percuciência Brito⁴⁶:

[...]fatalmente o RDD se mostrará inconstitucional, pois pelas razões acima destacadas, o isolamento e sua monotonia são sérios e comprovados fatores de predisposição a aparição de distúrbios psicolóticos, especialmente em pessoas com antecedentes de psicopatologia ou em pessoas mais frágeis (Ríos Martin et alli. Idem, p. 230). A característica psicológica mais destrutiva, segundo a literatura, é o que Seligman definiu com *desamparo adquirido* uma falta de convicção na eficácia da própria conduta para mudar os rumos dos acontecimentos ou para alcançar os objetivos que deseja devido a falta de controle, algo que por [sic] levar a morte.

Não podemos nos surpreender diante desse deletério efeito. Estarrecedor, todavia previsível. Ademais, outra não poderia ser a consequência. A liberdade ambulatorial, já sobremodo reduzida pelo cumprimento da pena, é limitada de tal forma com o RDD, que a prisão tangencia sua acepção literal, assemelhando-se mais a uma sanção penal do que propriamente a uma sanção disciplinar penitenciária.

Aponta bem Moura⁴⁷ que se trataria, na verdade, de um “*regime fechadíssimo*”, o qual não encontra previsão no Código Penal, razão pela qual viola o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Nesse ponto, vale destacar as Regras Mínimas da ONU, que, embora permitam a aplicação do isolamento, exigem que esse tipo de sanção somente seja aplicado quando o médico, após examinar o recluso, certifique por escrito que este pode suportá-la, caso em que o médico deverá acompanhar diariamente o detento que esteja cumprindo a referida sanção, devendo comunicar imediatamente ao diretor do presídio qualquer alteração de saúde física ou mental, para fins de suspensão imediata do isolamento.

⁴⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**, p. 173.

⁴⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 288.

Não sendo tomadas essas providências, não haverá outro caminho que não o reconhecimento da ilegalidade do isolamento.

Nesse sentido, convém destacar que o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do HC n. 893.649-3/0-00, proferiu importante decisão na qual considerou eivada de vício a decisão judicial de inclusão no RDD nos casos nos quais o procedimento não contou com a análise prévia de um médico atestando que o recluso suportaria o isolamento, o que desrespeitaria as citadas regras da ONU.⁴⁸

Justamente por isso, visando a adequação ao posicionamento do STJ e às regras mínimas da ONU, o Regulamento Penitenciário Federal⁴⁹ previu expressamente o acompanhamento psicológico e pediátrico aos presos em regime disciplinar diferenciado, nos seguintes termos:

Art. 24. Aos presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado serão assegurados atendimento psiquiátrico e psicológico, com a finalidade de:
I – determinar o grau de responsabilidade pela conduta faltosa anterior, ensejadora da aplicação do regime diferenciado; e
II – acompanhar, durante o período da sanção, os eventuais efeitos psíquicos de uma reclusão severa, cientificando as autoridades superiores das eventuais ocorrências advindas do referido regime.

4.6 A restrição imposta às entrevistas dos presos com seus advogados e a ofensa ao princípio da ampla defesa.

Como já ressaltado no capítulo anterior, a mídia exerceu um importante papel na criação do RDD, principalmente no que se refere ao aumento da pressão sobre o governo para que acabasse com a “impunidade” e diminuísse as “regalias” que os presos tinham nos estabelecimentos prisionais.

Nesse contexto, houve uma grande difusão da imagem do advogado do preso vinculada à convivência com o crime. O direito de defesa, constitucionalmente assegurado, que abrange o direito de comunicação reservada com o advogado, passou a ser visto, no senso comum, como mais uma exorbitante regalia dos presos provisórios e definitivos, que precisava ser restringida.

⁴⁸

V. BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**, p. 176.

⁴⁹

Decreto n. 6.049/2007.

Atendendo aos anseios populares e midiáticos, na contramão do Estado Democrático de Direito foi previsto na lei 10.792/03, o art. 5º, IV, prevendo a possibilidade de instituição, por parte dos Estados e do Distrito Federal, de um sistema de “*cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal.*”

Salta aos olhos o vício desse dispositivo, sendo manifesto o cerceamento de defesa do preso.

Primeiro, ofende diretamente o já explicado princípio da ampla defesa, na sua acepção concernente à defesa técnica, que é obrigatória no processo penal, sendo, inclusive, causa de nulidade a sua ausência.⁵⁰

Além disso, vale lembrar que, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Regulamentando o referido dispositivo, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil previu o direito conferido ao advogado de “*comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.*”

Desse modo, é fácil concluir que, se a defesa dos direitos e interesses dos seus clientes exigir, não é lícito embaraçar o direito do advogado de comunicar-se com eles. Assim, é claramente ilegal qualquer regulamentação que vise restringir ou mesmo impedir o pleno exercício da advocacia, seja limitando o número de entrevistas por período, seja estabelecendo prazo mínimo entre o agendamento prévio e a entrevista entre o preso e seu causídico.

Da mesma forma, pautar o direito de comunicação do preso com o seu advogado e ainda exigir que o causídico esteja portando procuração, tornando inviável o exercício da defesa, que encontra abrigo na Constituição, implica uma inevitável mancha de inconstitucionalidade.

4.7 Hipóteses de inclusão no RDD e a legalização do inconstitucional Direito Penal do autor.

Para que se compreenda a amplitude dos efeitos deletérios que o RDD propicia, ao agredir os direitos fundamentais do homem (sobretudo do homem preso), é importante traçar um

⁵⁰ Súmula 523 do STF: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

paralelo entre a sua natureza jurídica e os seus pressupostos de incidência. Com efeito, dentre as hipóteses que podem acarretar a inclusão de um preso no referido regime, apenas o cometimento de falta grave, previsto no art. 52, *caput*, da Lei de Execução Penal, relaciona-se, de forma coerente, com a sua natureza jurídica de sanção disciplinar, como é compreendido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵¹

Dessa forma, verifica-se que os outros requisitos, que igualmente possibilitam a submissão ao RDD, previstos nos parágrafos primeiro e segundo do art. 52, – indivíduo que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e mera suspeita de envolvimento em organização criminosa, quadrilha ou bando – não se caracterizam como infrações propriamente ditas, que possibilitariam a legítima aplicação de uma sanção, mas, ao contrário, são requisitos que dizem respeito ao perfil do autor, à sua personalidade, implicando em uma grande contradição com a natureza de sanção disciplinar do instituto. De fato, o regime disciplinar diferenciado abandona o paradigma de que sanção se presta a punir infrações, aproximando-se da temível prática de punição da personalidade, prescindindo de qualquer ação ou omissão específica do indivíduo. Caracteriza-se, portanto, como um verdadeiro Direito Penal do autor.

Nesse sentido, esclarece Busato 52(2007, p. 296):

[...] é uma perigosa tendência à quebra do princípio da igualdade em favor da imposição de uma reação penal diferenciada segundo o perfil do autor e não de acordo com o fato realizado. 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 do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”.

Nesse ponto, é salutar desenvolver, brevemente, o conceito de Direito Penal do Inimigo.

Trata-se de conceito idealizado pelo jurista alemão Günther Jakobs, consistindo em uma espécie de direito penal excepcional, contrário os princípios liberais do Estado de Direito e

⁵¹ STJ, Resp. n. 662.637-MT.

⁵² BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal do Inimigo. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**, p. 296.

aos direitos fundamentais reconhecidos, que tem como principais características o adiantamento da punibilidade, que não estaria necessariamente ligada a um fato delituoso pretérito, a desproporção das penas e a relativização ou, até mesmo, supressão de determinadas garantias processuais.

Esse direito excepcional seria aplicável aos indivíduos considerados “inimigos” da sociedade e do Estado. Esses inimigos, segundo Busato e Muñoz Conde⁵³, seriam aqueles que não só de maneira accidental, mas forma presumidamente duradoura, têm sua personalidade voltada para o cometimento de delitos, estando totalmente desconectado do direito, não garantindo um mínimo de segurança quanto ao seu comportamento pessoal.

Por outro lado, no caso de aplicação do regime a presos definitivos, poder-se-ia cogitar até de ocorrência de *bis in idem*, na medida em que a conduta social e a personalidade do agente já foram devidamente valoradas no momento da dosimetria da pena, conforme inteligência do art. 59 do Estatuto Repressivo.

Nesse contexto, o agente sofre uma dupla punição pelos mesmos motivos: primeiro, tem o tipo de pena, o regime inicial de cumprimento e a duração definidos, e, depois, já na fase de cumprimento, é aumentado, qualitativamente, o grau de sofrimento dessa mesma pena com a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, sem que nenhum fato novo tenha contribuído para tal.

4.8 Considerações Finais.

Inicialmente, para que se possa chegar a uma cognição ampla sobre o tema, é necessário destacar o posicionamento dos tribunais sobre a compatibilidade do regime disciplinar diferenciado com a Constituição de 1988.

Sobre esse ponto, infelizmente, apesar de todos os vícios acima comentados, a jurisprudência majoritária é no sentido da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, admitindo, portanto, a sua plena aplicação, nos termos definidos no art. 52 da Lei de Execução Penal.

Nesse sentido já decidiu, por mais de uma vez, o Superior Tribunal de Justiça. Vejam-se os seguintes julgados:

⁵³

BUSATO, Paulo César e CONDE, Francisco Muñoz. *Crítica ao Direito Penal do Inimigo*, p. 8.

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA. 1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal. (HC 200401765644, Relator(a): Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 07/06/2005, DJ 22/08/2005).

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. (grifo nosso) (HC 200500778098, Relator(a): Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, julgado em 12/06/2007, DJ 19/12/2007).

No que pese a autoridade das decisões acima expostas, entendemos que melhor razão assiste àqueles que entendem pela inconstitucionalidade do instituto. Apesar de minoritários, é possível encontrar julgados nesse sentido. Veja-se, a propósito, interessante decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD. LEI 7.201/84, ART. 52, COM REDAÇÃO DITADA PELA LEI 10.792/2003. 1. **O Regime Disciplinar Diferenciado viola o preceito constitucional que veda que o preso seja submetido à tortura ou a tratamento**

desumano ou degradante (art. 5º, III); infringe a letra e do inciso XLVII do art. 5º, que impede a aplicação de penas cruéis; e o inciso XLIX do mesmo artigo 5º que assegura aos presos respeito à integridade física e moral (entendimento em contrário do Juiz Cândido Ribeiro). 2. O só fato de o paciente ser acusado de ter participado de organizações criminosas, quadrilha ou bando, não implica ter de ser submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. 3. Inocorrência de cometimento de falta grave do paciente de modo a levar o juiz incluí-lo no RDD. 4. Não pode o juiz incluir o paciente no RDD por tempo indeterminado, pois a lei fixa o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo a sanção ser renovada, se houver cometimento de nova falta grave da mesma espécie. (grifo nosso) (HC 200601000280509, Relator(a): Des. Federal TOURINHO NETO, Terceira Turma, julgado em 24/10/2006, DJ 15/12/2006).

Ainda sobre essa posição dos tribunais, entendemos que a razão para o entendimento majoritário admitir a aplicação do regime disciplinar diferenciado é mais política do que propriamente jurídica.

Com efeito, se algum órgão do Poder Judiciário decidisse incidentalmente pela inconstitucionalidade do art. 52 da Lei de Execução Penal, sabe-se que a reação da sociedade e da imprensa seria maciça no sentido de criticar a posição desse poder, que estaria “protegendo os criminosos”. Assim, o Judiciário perde parte de sua independência ao decidir certas questões sobre as quais existe forte comoção social.

Luiz Flávio Gomes⁵⁴ analisa de forma precisa esse contexto sociopolítico, concluindo que:

O Legislativo, formado pela vontade popular com representatividade heterogênea, na melhor das intenções, tentando atender reclames sociais e pressão da mídia, publica leis a toque de caixa que são verdadeiras caixas de Pandora. Após a abertura da caixa (leia-se: após a publicação da lei), o Judiciário fica solitário na missão de interpretar as normas (Hermenêutica Jurídica), sem afrontar a CF/88, porém, como bode expiatório das mazelas por ele não criadas. Se decide *incidenter tantum* pela inconstitucionalidade de determinados artigos, recebe da imprensa as críticas severas de estar protegendo bandidos perigosos. Se decide pela constitucionalidade de normas inconstitucionais, atende a imprensa, acalma a fúria social, mas quebra o seu juramento de justiça e essência do Poder. Perde autonomia, se enfraquece e pior, cria a falsa impressão que o problema de segurança pública foi resolvido.

Nesse contexto, para compreender plenamente a inconstitucionalidade do RDD, é necessário analisar também, sob o prisma da proporcionalidade e da razoabilidade, a relação entre as medidas instituídas no regime e os objetivos perseguidos por ele. Efetivamente, será que o isolamento por 22 horas diárias, podendo perdurar por mais de 360 dias, é realmente necessário e

⁵⁴ GOMES, L.F.; CUNHA, R.S.; CERQUEIRA, T.T.P.L.P. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora.** [s.l.:s.n] [2005]. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em 02/07/2013.

adequado para evitar o contato com o ambiente extracarcerário, bem como para garantir a segurança interna do presídio?

Obviamente que não. Talvez o RDD seja um dos maiores exemplos de desrespeito aos primados da utilidade, necessidade e adequação, que devem nortear as ações do Poder Público, e, especialmente, aquelas que acarretem restrições de direitos. Desse modo, não é difícil perceber que outras medidas muito menos gravosas poderiam alcançar, com igual ou maior eficiência, os fins buscados pelo regime.

A título de exemplo, o investimento em recursos tecnológicos, aumentando a fiscalização interna do presídio, bem como o efetivo e rígido combate à corrupção no estabelecimento prisional, já acarretariam, sem sombra de dúvida, o aumento da segurança interna e a diminuição do contato extracarcerário indevido.

Com efeito, até mesmo por uma análise perfunctória, é possível perceber que não é o RDD que vai acabar com a corrupção dos agentes prisionais, principal responsável pelos desvios de legalidade nos presídios. Com efeito, a comunicação com o meio externo, principal problema relacionado aos presos de alto risco, só é possível devido à existência de agentes penitenciários corrompidos.

Além disso, investimentos maciços e responsáveis em recurso tecnológicos específicos, como bloqueadores de sinais de telefonia móvel e detectores de metais em todas as entradas dos estabelecimentos, certamente, já trariam resultados mais efetivos que a inclusão no regime em comento.

Nesse particular, ressalte-se que, com essas medidas, os fins seriam alcançados sem a necessidade de aumentar, desumanamente, o sofrimento dos presos. Portanto, havendo meio igualmente útil, mas menos gravoso que o RDD, impossível não concluir pela ausência de proporcionalidade⁵⁵ na instituição desse regime.

⁵⁵ Acerca do princípio da proporcionalidade, Hugo de Brito Machado Segundo, em **Processo Tributário**, p.23, leciona que: “De acordo com o princípio da proporcionalidade, o ato estatal praticado como meio à consecução de um fim, ainda que lícito esse fim, e além de naturalmente atender a outros requisitos decorrentes de outras normas jurídicas, deve ser *adequado, necessário e proporcional em sentido estrito*. Diz-se adequado o meio que realmente alcançará a finalidade pretendida. [...] Ultrapassado o quesito da adequação, verifica-se se o meio é necessário, isto é, se não existe outro meio igualmente adequado, e que ao mesmo tempo seja menos nocivo, ou menos agressivo, a outros direitos fundamentais relacionados. Caso esse meio seja realmente adequado e necessário, passa-se então ao requisito final, que é o da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em saber se, da conciliação entre o ato praticado, a finalidade por ele buscada, e o valor a ela subjacente, de um lado, e outros princípios constitucionais, de outro, devem prevalecer, à luz do caso concreto, os primeiros ou os últimos.”

Sobre essa questão, sintetizando brilhantemente a relação entre os objetivos do regime e a necessidade das medidas adotadas, Pavarini e Giamberadino⁵⁶ esclarecem:

A inclusão no RDD significa uma contundente mudança qualitativa na pena aplicada: muito além da privação da liberdade, eleva-se o quantum de sofrimento imposto ao sujeito, sob a égide de justificativas de cunho utilitário mas, paradoxalmente, sem que fique demonstrada sua necessidade. Afinal, não é necessária uma intensificação tão significativa da produção de sofrimento humano para consecução dos fins propostos, vinculados à segurança e à ordem internas e atingíveis mediante a utilização de recursos tecnológicos e o combate interno à corrupção. Em outras palavras, não é preciso fazer o indivíduo “sofrer mais” para o impedir de entrar em contato com o ambiente extra-cárcere ou aumentar a segurança interna.

Nesse diapasão, percebe-se que o legislador andou mal ao instituir o modo de cumprimento do regime, criando um modelo tão grosseiramente rígido que provocou a reação de diversos setores da sociedade, os quais equipararam o RDD às inconstitucionais penas cruéis. De fato, na avaliação do *quantum* de sofrimento que é imprimido ao preso através do isolamento, a doutrina é assente em concluir pelo seu excesso.

Acerca dos males causados pelo isolamento celular, Alexis Couto de Brito⁵⁷ avalia que o isolamento “*conflita diretamente com as necessidades existenciais de vida e integração social, pois o homem, como ser social que é por natureza, não se adequa ao exercício místico da solidão de forma coativa*”.

No mesmo sentido, criticando a severidade do RDD, a doutrinadora Maria Thereza Moura⁵⁸ conclui:

Não é demais destacar que o regime disciplinar diferenciado limita de tal forma a liberdade ambulatoria do condenado, já reduzida pelo cumprimento da pena, que assume caráter penal e não meramente penitenciário. [...] O regime disciplinar diferenciado promove a destruição emocional, física, e psicológica do preso, que, submetido a isolamento demasiadamente longo, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves. Trata-se, em verdade, de regime fechadíssimo de cumprimento de pena, não previsto no Código Penal, razão pela qual viola o princípio da reserva legal, previsto do art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, e a própria legalidade da execução do título

⁵⁶ MASSIMO, Pavarini e GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**, p. 344.

⁵⁷ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**, p. 173.

⁵⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. p. 292.

judicial, ao submeter o preso provisório, que ainda não foi julgado e condenado, ao regime disciplinar diferenciado [...].

Nesse contexto, percebe-se uma tentativa do Estado de, a qualquer custo, eximir-se da responsabilidade pela crise na segurança pública, atribuindo a culpa do fracasso do sistema prisional aos presos, como se a única razão para tais problemas fosse a ‘periculosidade excessiva’ destes.

Assim, institui um verdadeiro castigo para aqueles prisioneiros mais 'perigosos', com o argumento de resguardar a higidez e a segurança do sistema prisional, em um nítido e temível direito penal de inimigo, em detrimento da real avaliação do quadro prisional brasileiro, que necessita de reformulações sim, mas nem de longe com perfil semelhante ao regime disciplinar diferenciado.

Finalmente, conclui-se, com o presente estudo, que o RDD não se mostra, de forma alguma, como um meio adequado a cumprir quaisquer dos fins a que se propôs. E, além dessa ineficácia, esse instituto representa uma imensurável ofensa aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos acusados e aos condenados. Sua matriz autoritária é colidente com o sistema garantista introduzido pela Carta Magna, na medida em que ultraja vários de seus princípios, e, sobretudo, o fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras da mestra Maria Thereza Moura, “[...] não há justificativa para tamanha violação. [...] a criação do RDD não acabará com a violência urbana, assim como não tornará o preso uma pessoa melhor e não tornará mais segura a sociedade.”⁵⁹

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto nesse trabalho, concluímos melhor razão assiste à parcela da doutrina que considera o Regime Disciplinar Diferenciado inconstitucional.

A razão para essa inconstitucionalidade não está relacionada aos fins visados pelo Estado com a criação do instituto. De fato, aumentar a segurança interna do estabelecimento prisionais e impedir que os presos continuem a comandar ações criminosas de dentro dos presídios são objetivos legítimos e altamente defensáveis. Não é isso que se discute.

Ocorre que a constitucionalidade de um determinado instituto não é aferida com base apenas nos objetivos por ele perseguidos, mas também, e por vezes, principalmente, nos meios utilizados para a consecução desses fins.

É nesse ponto que ganha revelo a reflexão acerca do atendimento ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, para atender à proporcionalidade, é preciso que tenha sido respeitada, antes de tudo, a necessidade, que consiste em saber se o meio escolhido pelo operador do direito é, dentre aqueles aptos a alcançar o resultado desejado, o que apresenta menos desvantagens, ou seja, é o que menos gravames vai causar a outros bens jurídicos igualmente protegidos no ordenamento.

É aqui que o Regime Disciplinar Diferenciado falha. O instituto, da forma como foi previsto, afigura-se totalmente desproporcional. Como foi demonstrado, os excessos são os mais variados: há ofensa à dignidade do preso, à garantia da presunção de inocência, à ampla defesa, ao princípio da taxatividade, à vedação constitucional de penas cruéis e, sobretudo, à função ressocializadora da pena.

Assim, verifica-se que seria possível atingir os mesmos fins visados pelo RDD sem que se procedesse a tamanha ofensa aos direitos e garantias fundamentais. De fato, como já foi comentado anteriormente, é de conhecimento comum que o principal problema relacionado à segurança nos estabelecimentos prisionais diz respeito à corrupção dos já desvalorizados agentes penitenciários. Nessa linha, não parece plausível que a simples inclusão do preso do regime disciplinar diferenciado fará com que o agente corrupto pare de permitir a comunicação do detento com o meio externo.

A título de exemplo, o investimento em recursos tecnológicos, a valorização dos agentes penitenciários e o combate interno à corrupção poderiam ser bem mais efetivos para

aumentar a segurança interna do estabelecimento, e, ao mesmo, tempo, impedir o contato nocivo dos presos com o meio externo. Além disso, vale frisar, novamente, que a maior vantagem dessas alternativas é o fato de não ofenderem os direitos e garantias essenciais dos reclusos, como faz o RDD.

Assim, com base nas razões acima, discordamos, com a devida *vênia*, da posição majoritária adotada pelos Tribunais Superiores, no sentido da constitucionalidade do RDD.

Nesse particular, como já exposto anteriormente, entendemos que a referida postura dos tribunais pátrios é resultado de um “efeito cascata”, que tem início na desastrosa gestão dos presídios levada a efeito pelo Executivo, passando pela edição de uma legislação emergencial e simbólica pelo Legislativo, a qual é concebida como sendo a solução para o sistema prisional brasileiro, e chega ao Judiciário, exercendo sobre esse poder uma pressão irresistível para que concorde com a inovação legal, sob pena de ser taxado pela sociedade como “protetor da criminalidade”.

Usurpa-se, assim, a independência do Poder Judiciário, subjugando-o aos anseios sociais demasiadamente inflados pela atuação irresponsável do Executivo e do Legislativo, que atuam para agradar de forma emergencial, ainda que a referida atuação seja nociva para o Estado, em uma perspectiva mais ampla. É uma questão delicada, portanto, que pode ser objeto de maiores aprofundamentos em sede de especialização, mestrado ou doutorado, uma vez que exorbitam o objeto de estudo deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 01º de julho de 2013.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 30.jun.2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 02 de julho de 2013.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 de julho de 2013.

BRASIL, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 28 de junho de 2013.

BRASIL, Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm>. Acesso em: 28 de junho de 2013.

BRASIL, Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6049.htm>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708-DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Publicada em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df-stf>> Acesso em: 30 de junho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84078-MG. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Publicada em 5 de fevereiro de 2009. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporis-hc-84078-mg-stf>>. Acesso em: 30 de junho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 662637-MT. Relator Min. José Arnaldo Da Fonseca. Quinta Turma. Publicada em 07 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7228408/recurso-especial-esp-662637-mt-2004-0070068-1-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 02 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 200401765644. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Publicada em 22 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 05 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 200500778098. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Sexta Turma. Publicado em 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 05 de julho de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas Corpus n. 200601000280509. Relator Des. Federal Tourinho Neto. Terceira Turma. Publicado em 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 05 de julho de 2013.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Revisão Criminal n. 315.547. Relator Juiz Alexandre Victor de Carvalho. Publicado em 8 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/a-ampla-defesa-e-suas-expressoes-constitucionais>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUSATO, Paulo César; CONDE, Francisco Muñoz. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Cristiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxi**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, L.F.; CUNHA, R.S.; CERQUEIRA, T.T.P.L.P. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. [s.l.:s.n] [2005]. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf> >. Acesso em 02/07/2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

- LYRA, Roberto. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1942.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais**. RT, Fascículos Penais, Ano 89, v. 779. RT: São Paulo. 2000.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MASSIMO, Pavarini; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro. Parte Geral. Arts. 1º a 120**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Astério Pereira dos. **Regime Disciplinar Especial – Legalidade e Legitimidade**. Disponível em: <<http://www.seap.rj.gov.br>> Acesso em: 25/06/2013.
- SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues de. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2011.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 1. ed. São Paulo: RT, 2009.