

A LEGITIMIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Elisama Maria de Santana
Estudante do Curso de Bacharelado em Direito da
Faculdade Integrada de Pernambuco.

RESUMO

O presente Trabalho Acadêmico aborda uma análise jurídico doutrinária sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que foi introduzido no ordenamento jurídico, pela Lei nº 10792/2003, que alterou a lei nº 7210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), como sendo uma sanção disciplinar mais rígida do que as outras imposta aos presos provisórios ou não. Nesta perspectiva, foram abordados a sua origem histórica, sua finalidade, características, posições doutrinárias a respeito do tema e o porque de sua inconstitucionalidade por violar entre outros, os princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, presunção da inocência. No final adentra-se na ineficiência da aplicação do regime durante esses 11 anos de vigência tomando como referência a denúncia do Ministério Público de São Paulo no ano de 2013. Por fim, aduz-se argumentos utilizado por autores que adota posicionamento contrario a inconstitucionalidade do referido instituto.

Palavras-chave: Regime disciplinar diferenciado, inconstitucionalidade, ineficiência da lei.

1. INTRODUÇÃO

Com o aumento da criminalidade nos dias atuais, o Estado tenta contra-atacar utilizando-se de mecanismos para combater sua evolução. E uma das ferramentas criada pelo Estado foi o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, como sendo uma espécie de sanção disciplinar rigorosa imposta aos presos condenados e provisórios, pela Lei nº 10792/2003, que alterou a Lei nº 7210/1984 Lei de Execução Penal (LEP).

O RDD surgiu como uma solução para combater as organizações criminosas que comandam o crime dentro e fora dos presídios e instigam rebeliões, e ainda matam outros presos de forma cruel. Por este e outros motivos o legislador criou essa lei para, dessa forma minorar a insegurança do sistema penitenciário brasileiro.

No entanto, o presente tema é alvo de muitas críticas e discussões no ordenamento jurídico, por este regime ser uma sanção mais rígida do que as outras sob a alegação da sua inconstitucionalidade por ofensa a princípios constitucionais. Não raro, para que o Estado consiga seus objetivos, deve haver uma flexibilidade dos direitos e garantias constitucionais do cidadão em prol da segurança da coletividade e do bem comum de todos.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade do RDD; pois o legislador ao instituir esse regime pode ter ultrapassado os limites da proporcionalidade, com sérias repercussões na dignidade da pessoa humana.

O tema é bastante polêmico, com muitos artigos publicados e grandes discussões a respeito desta questão, por isso não virar esse trabalho exaurir o tema.

E é nesse sentido que, por meio deste trabalho de conclusão de curso, que se pretende, na medida do possível dirimir as dúvidas, e chegar à conclusão de que não serão com medidas dessa natureza que se irá resolver o problema carcerário, é preciso que se adote investimento em tecnologias e uma segurança pública mais efetiva dentro dos estabelecimentos prisionais, bem como aumenta-se o combate a corrupção dentro do sistema carcerário é absolutamente fundamental para que isso funcione.

Tal conclusão é de extrema relevância para o mundo jurídico, pois, esse regime fere preceitos constitucionais de suma importância e desta forma, o Estado está, desde que preenchido os requisitos da citada lei, submetendo o preso a tratamento degradante, desumano e cruel. Foi empregada na confecção deste artigo a pesquisa bibliográfica através de um levantamento aprofundando a discussão do tema.

2. ORIGEM E FINALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Em 2001, aconteceram episódios graves em São Paulo envolvendo rebeliões nos presídios, que gerou uma sequência de crimes graves na qual se teve a notícia

de que partiram de ordens de pessoas que estavam submetidas ao sistema carcerário. Neste mesmo ano foram feitas resoluções no plano administrativo da secretaria que administra as penitenciárias para poder criar um regime mais rigoroso e isolar essas pessoas. Surgiu, assim, de forma incipiente, o RDD através da resolução 26/2001 da secretaria de administração Penitenciária de São Paulo, sobre a alegação de combater o crime organizado.

Neste sentido NUNES esclarece:

Com base no crescimento desenfreado do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas nos grandes e médios presídios de São Paulo, seu Secretário de Administração Penitenciária, em maio de 2001, pela Resolução n. 26, criou em seu Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, estipulando a possibilidade de isolar o detento por até trezentos e sessenta dias, mormente os líderes e integrantes de facções criminosas e todos quantos o comportamento carcerário exigisse um tratamento específico. (2010,p. 72-73)

Esse regime foi questionado, sobretudo porque era um ato administrativo e não uma lei que o criou. Então, a partir de uma série de discussões, entre 2001 e 2003, surgiu a lei nº 10792/2003 para criar o RDD e tentar colocar fim à discussão sobre a legalidade desse regime diferenciado, agora decorrido do legislativo e não de ato administrativo.

Ainda neste sentido o mesmo autor declara:

A morte de dois Juízes de Execução Penal, no mês de março de 2003, em São Paulo e Espírito Santo, fez ressurgir no âmbito do Congresso Nacional o Projeto de Lei 7.053, enviado em 2001 pela Presidência da República. Em 26-03-2003 o PL foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, agora modificando vários dispositivos da Lei de Execução Penal, criando com força de Lei o Regime Disciplinar Diferenciado (Adeildo NUNES, 2010, p. 72-73).

A finalidade desse regime era desarticular as organizações criminosas e impedir que elas pudessem ter uma comunicação externa, e lá de dentro dos presídios pudessem se ordenar atividades criminosas no seio da sociedade e evitar rebeliões e mortes que aconteciam dentro dos presídios. Por expressa previsão legal na LEP esse sistema é submetido aos presos pela prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52); presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento

penal ou da sociedade (art. 52,§ 1º); e sobre os presos sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando (art. 52,§ 2º).

3. CARACTERÍSTICAS DO RDD

Como já aludido, o RDD é uma forma de sanção disciplinar mais rígida do que aquelas previstas na Lei de Execução Penal. A lei n.º 10.792/2003 o inclui na Lei de execução penal, condicionando-os as seguintes hipóteses:

Prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão a ordem ou disciplina interna (art.52), presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52,§ 1º), presos sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52,§ 2º), suas características são: 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. (art. 52, incisos I a IV, Lei 7210/84 – LEP).

Com efeito, o RDD tem como característica principal o isolamento do preso condenado ou provisório que seja submetido a esse regime, procura-se limitar, restringir a comunicação desse preso com o mundo exterior de forma que ele fique em cela individual, reduzindo seu tempo de saída da unidade celular para duas horas de banho de sol. Ele passa a ter direito a duas visitas semanais em apenas duas horas por dia e não tendo contato nem na hora do banho de sol, com outros presos.

A respeito do tema leciona ROCHA:

A ideia de isolamento celular é complementada pela possibilidade de impedir a comunicação do preso com o mundo exterior, já que o art. 4º da Lei nº 10.972/03 dispõe que os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação pra telefones celulares, rádios-transmissores e outros meios. (2004, p.512).

Então, o preso sujeito ao RDD, não se comunica, não vê televisão, não ouve rádio, não tem acesso a nenhum meio de comunicação, ele fica absolutamente isolado e daí que se abre o questionamento sobre a validade desse regime, frente aos postulados da CF/88.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Existem fortes críticas dirigidas ao Regime citado, por este ser uma sanção mais rígida do que as outras sob a alegação da sua inconstitucionalidade, embora o STF e o STJ já tenham decidido sobre a constitucionalidade do referido instituto.

O Conselho Nacional de Política criminal e Penitenciária aprovou um parecer através da resolução 8/2004 como diretriz de Política Penitenciária que é contrário a aplicação do RDD, porque da forma como se estabelece ele apenas confessa a ineficiência do Estado em resolver o problema carcerário por não dá conta de um sistema penitenciário que de fato restrinja a comunicação do preso com o mundo exterior naquilo que se deve inibir, permitindo apenas uma comunicação saudável para ressocialização do indivíduo e por outro lado, ele submete essas pessoas a um sistema desumano, cruel que pode ser considerado propriamente como uma tortura ferindo, assim, preceitos constitucionais como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da presunção da inocência e princípio da proporcionalidade.

Sabe-se que a finalidade do Estado Democrático de Direito é reprimir a violência e o crime organizado, contudo é imprescindível respeitar os direitos e garantias individuais previstos na Constituição, o Estado como principal garantidor dos direitos e garantias fundamentais, não pode violar essas, garantias mínimas. O RDD mostra que de fato essa absoluta incomunicabilidade de 360 dias, podendo ainda ser prorrogado, esse isolamento total, caminham na contramão de um tratamento humano.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ao analisar o regime disciplinar diferenciado a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se que ele ingressou no ordenamento jurídico em contradição ao princípio supracitado, pois o homem é um ser social, nascido e criado em sociedade, e retirá-lo do convívio social por mais de um ano se torna uma forma de pena cruel, ferindo assim a sua dignidade, integridade e ainda submetendo esse preso a tortura psicológica. Segundo o mestre LYRA (1945,p.109) em sua referência ao isolamento celular antes mesmo do RDD ser criado ele fala que: “O isolamento deprime ou excita o espírito anormalmente, preparando o terreno para as

chamadas psicoses carcerárias em vez de esperado arrependimento, sobrevém o desespero ou insensibilidade”.

O Estado tem o dever de garantir a integridade do preso e jamais devia aprovar uma lei que trata o preso de forma desumana, degradante e cruel.

Corroborando com esses argumentos, está o autor Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya (2004, p. 271), segundo o qual por meio do RDD se impõe “reconhecer e tratar o preso como pessoa humana, que embora privado do direito de locomoção, mantém a titularidade dos demais direitos não atingidos pela sentença penal, assegurando-lhes todos os direitos inerentes à condição humana”.

Em consonância com o entendimento acima, os dispositivos abaixo transcritos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos descreve:

Artigo 10 – I. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana; [...]. III. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros.

Agindo dessa forma, o Estado demonstra não está preocupado com a ressocialização desse detento e ignora, de forma total e absoluta, que essa pessoa um dia voltará para o meio da sociedade e que não se trabalhou em nada para preparar essa pessoa para voltar melhor. Neste sentido, Maria Thereza Rocha de Assis Moura leciona:

O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime disciplinar diferenciado viola a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 1º, inciso III, da vigente Constituição da República. Mas não para por aí a inconstitucionalidade. 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 (...). 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). O regime disciplinar diferenciado representa sobre pena cruel e degradante, que alvita o ser humano e fere a sua dignidade, infligindo-lhe castigo físico e moral, na medida em que impõe ao preso isolamento celular absoluto de vinte e duas horas diárias durante um ano, prorrogável até 1/6 da pena. (2007, p 283-292):

Os reclusos submetidos ao RDD não voltam melhor, ao contrário, voltam ainda piores, mais líderes, com o nome mais estigmatizados dentro da organização criminosa, como pessoas que representam a rebelião, aqueles que enfrentam a ordem e que estão de volta firmes e fortes para poder continuar liderando suas organizações criminosas, pois a tortura psicológica proporcionada pelo isolamento, segundo os princípios da psicologia citado por Ríos Martín et ali produzem:

“ mais ódio, rancor, violência, agressividade, inquietude, incerteza, irritabilidade, desespero, sentimentos de perda, impotência, tristeza, agonia, amargura, ressentimento, raiva, ansiedade, desconfiança, introversão, temor, asco, pânico e desejos de vingança”.(2008,p.223).

Dessa forma, não se pode comungar com a ideia de que este indivíduo sairá pronto para um dia voltar para o seio da sociedade, preparado para conviver com as vicissitudes da vida e poder lidar com urbanidade, com ordem, com respeito à ordem jurídica, e poder desenvolver um trabalho produtivo e honesto para a sociedade, pois a pessoa foi lançada a um processo psicológico tão intenso que na melhor das hipóteses, o que vai acontecer com ela é uma revolta, um sentimento de rebeldia.

Ainda neste sentido, o magistrado René Ariel Dotti no IV congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (1970), ao falar do isolamento celular, assim se pronuncia:

“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 mais, representa uma adição ilegítima ao fim retributivo da pena a aflingir o sentenciado “impondo-lhe a solidão que não expia a culpa e nem oferece meios para um correto exame de personalidade. (2004,P.21)

De fato, conforme visto nos argumentos dos doutrinadores, esse regime caminha na contramão do próprio sentido de ser, um sistema penal no qual a pena possui caráter progressivo, onde se deve priorizar a recuperação e reeducação do indivíduo.

Então, dessa forma, o Estado tenta mostrar para a sociedade que, de fato, ele esta combatendo o crime, todavia trata-se de uma ilusão que se vive por um curto período de tempo e que a sociedade não se aproveita dela a não ser os políticos com seus argumentos, ao apresentarem essas situações. Como adequados os problemas enfrentado, o tratamento desumano que desrespeita preceitos constitucionais importantes de fato não pode ser uma garantia que a

sociedade deseja quando se lança refletir sobre o assunto com a maturidade que se deve fazer, deve-se refletir sobre o problema do combate a criminalidade, porém, em nome do combate a essa criminalidade, não se deve retroceder no respeito as garantias constitucionais, a garantia de respeito aos direitos humanos, porque não se traz solução nenhuma com essa providência, ao contrário, estar-se retrocedendo em um processo doloroso de crescimento e graduação da ideia equivocada de que se trata direitos humanos no Brasil.

Diante de tal assertiva, é possível observar que o Estado se preocupa apenas com o aspecto de uma segurança coletiva, se tornando apenas um discurso, uma retórica, para mostrar a sociedade que ele está solucionando o problema carcerário, mas, no entanto, essa preocupação não se materializa ao cumprir a atividade do RDD, haja vista, que há 11 anos se cumpre essa atividade sem que tenha trazido resultados satisfatórios, então essa é a maior evidência de sua ineficácia.

4.2 Princípio da proporcionalidade.

Esse regime prevê que o apenado fique 360 dias isolado, o que por si só, já demonstra o absurdo que é isso, alguém ficar numa situação sub-humana 360 dias e podendo ser prorrogado se tiver razões justificáveis pra tanto. Tal sujeição, demonstra, a gravidade e crueldade que esse regime apresenta.

O princípio da proporcionalidade, sendo uma característica do Estado democrático social de direito, tem como finalidade garantir que a sanção seja proporcional ao dano e a gravidade do delito. O RDD fere este postulado no que diz respeito ao *quantum*, de 360 dias de isolamento, podendo alcançar até um sexto da pena aplicada. Ora manter os presos isolados pelo período de 360 dias poderá acarretar problemas psicológicos, é o que se infere das palavras de DELMANTO:

Certamente, transformá-lo em um verdadeiro animal, um doente mental ou alguém muito pior do que já era, mormente porque “ estudos mostram que, isolado por mais de um ano, o preso sofrerá problemas psicológicos e psiquiátricos.(2004,p.3).

Ao prevê que a pessoa fique 360 dias isolada, podendo alcançar até um sexto da pena aplicada da forma como determina o regime, por si só, já demonstra *prima facie*, ser algo prejudicial à saúde do preso. Pois o homem, como ser social, deve

estar no mesmo convívio dos demais, e, ficar numa situação sub-humana 360 dias e podendo ser prorrogado se tiver razões justificáveis para isso, então de fato é a demonstração da desproporcionalidade desse regime. Dessa forma o RDD: “demonstra nítida desproporcionalidade ao prescrever sanções superiores às sanções previstas para muitos delitos contidos no Código Penal pátrio” (FERREIRA e RAYA, 2004, p, 270).

Ainda neste sentido o mesmo autor elucida:

Cominar ou aplicar sanção desproporcional à lesão causada é ilegítimo e injusto, significando violação aos Direitos Universais do Cidadão. Ademais, o princípio da proporcionalidade deve orientar a cominação e aplicação da sanção considerando uma escala de valoração social da conduta e do resultado lesivo – desvalor da ação e do resultado, impedindo, com isso, uma desproporcionalidade entre os diversos tipos-crimes, contravenções e falta – existentes no ordenamento jurídico (FERREIRA e RAYA, 2004, p, 270).

Diante dos argumentos acima expostos, conclui-se que o Estado procura dar um tratamento duro para reprimir a criminalidade apenas para passar uma satisfação a sociedade de que a criminalidade não é tolerada, no entanto não se resolve problema nenhum, porém o que ele faz é violar dogmas insculpidos na carta magna.

Não se estará combatendo a criminalidade com uma ação que não é inteligente, isso demonstra ser uma ação de repressão e de confissão de sua impotência e incapacidade de gestão, e ao invés de se resolver o problema com muito mais eficiência, adotando-se uma estratégia pautada na inteligência policial.

Neste sentido Mônica de Souza Paim Catoci de Godoi assevera:

No entanto, o que se vê é a total incapacidade do Estado em assumir a sua parcela de culpa na situação atual em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, ao contrário, vende a falsa idéia de que tudo se resolve com iniciativas legislativas, “evidentemente esta lei não pode alcançar a pretendida diminuição de índices de delinquência, já que a raiz do fenômeno criminológico brasileiro se encontra muito mais nas graves distorções sociais e econômicas do que no regime interno do cárcere”. (BUSATO, 2005, p. 6).

4.3 Princípio da presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência prega que o preso provisório é considerado inocente até o trânsito em julgado, então submeter o preso provisório ao RDD fere esse princípio. Pois segundo a Constituição, esses detentos terão tratamento diferente e adequado a sua condição de não condenado. Nesse sentido, Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya (2004, p. 258) defende:

Nesse sentido, o art. 10, inciso 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelecem em seu apartado a) “que os processados (preventivos) (...) serão submetidos a um tratamento distinto, adequado a sua condição de pessoas não condenadas”. Estas mesmas orientações se extraem da leitura das Regras 84 a 92 das regras mínimas para o tratamento dos reclusos da ONU; do Princípio 8 do conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1988(2004, p 258)

Segundo o advogado Gamil Foppel (2013), que critica e defende o fim do RDD por ferir o princípio da presunção da inocência, no que concerne especialmente para os presos que ainda não foram julgados, o RDD foi criado para ser usado em casos de exceção e não como regra. Nesta linha de raciocínio o mesmo autor assim aduz:

Sei que vai gerar polêmica e grandes discussões, mas é o que eu penso. Não é possível nem concebível que ainda pensemos em um regime que foi criado para ser exceção e que virou regra. Se não for possível revogar, que haja prazo máximo de 180 dias e que não haja aplicação da medida para suspeitos. Colocar um sujeito preso cautelarmente no RDD porque ele é suspeito de envolvimento com organização criminosa é fazer tábula rasa da garantia constitucional da presunção de inocência”, disse o advogado, conforme informações da Agência Senado (2013).

Na esteira de raciocínio pátrio, o regime disciplinar diferenciado entrou para o ordenamento jurídico eivado de vícios, mostrando que o legislador, para solucionar problemas com o crime organizado, deixou de verificar os mais simples princípios constitucionais que visam à tutela dos indivíduos.

5 INEFICIÊNCIA DO RDD DURANTE ESSES 11 ANOS

Objetivamente durante esses 11 (onze) anos de implemento, esse regime não vem obtendo resultados satisfatórios. Segundo notícia veiculada no site do MP de SP em janeiro de 2013, o Ministério Público, propôs uma denúncia contra 175

peças integrantes do PCC e nessa denúncia ele relata que 90% dos estabelecimentos prisionais de São Paulo estão sobre o comando do PCC.

O PCC é uma organização criminosa presente em 22 estados do Brasil com aproximadamente 6000 integrantes direto e uns 3000 indireto se aproximando de 10.000 mil pessoas integrando essa organização. O MP SP fez um relato inédito, através de escutas, depoimentos de testemunhas, documentos informações sobre as apreensões de drogas e armas.

Dada a relevância, segue um trecho da matéria:

Presente em 22 Estados do País e em três países (Brasil, Bolívia e Paraguai), a "Família" domina 90% dos presídios de São Paulo. Fatura cerca de R\$ 8 milhões por mês com o tráfico de drogas e outros R\$ 2 milhões com sua loteria e com as contribuições feitas por integrantes - o faturamento anual de R\$ 120 milhões a colocaria entre as 1.150 maiores empresas do País, segundo o volume de vendas. Esse número não inclui os negócios particulares dos integrantes, o que pode fazer o total arrecadado por criminosos dobrar. A principal atividade desenvolvida pela facção é tráfico de drogas. Chamado de Progresso, prevê ações no atacado e no varejo. No último, a facção reunia centenas de pontos de venda espalhados pelo País. Eles são chamados de "FM". No caso da cocaína, os bandidos mantêm um produto de primeira linha, o "100%" e o "ML", que é a droga batizada, de segunda linha. A maconha é designada nas conversas com o nome de Bob Esponja. A droga do PCC vem do Paraguai e da Bolívia. Os três principais fornecedores de drogas para o PCC seriam o traficante paraguaio Carlos Antonio Caballero, o Capilo, e os brasileiros Claudio Marcos Almeida, o Django, Rodrigo Felício, o Tiquinho, e Wilson Roberto Cuba, o Rabugento.

Partindo desses dados, verifica-se que se a lei vem sendo aplicada desde 2003, porque 11 (onze) anos depois tudo isso ainda vem acontecendo? Está, aí, uma evidência contundente de que não se está resolvendo as causas, está se trabalhando em efeitos equivocados.

Outra evidência de que este regime não funciona é que essas pessoas que vão para o RDD, quando voltam, não deixam de cometer outras infrações, e não raras vezes elas voltam ao RDD, se este regime fosse, de fato, uma situação inibitória, elas fariam de tudo para não voltar para lá.

Todavia o que se vê é o aumento gigantesco de uma organização criminosa que em nenhum momento se arrefeceu, ou se intimidou com a aplicação do RDD, ao contrário ao saírem voltam mais fortalecidos, então, é de fato um equívoco a estratégia que vem sendo adotada, é apenas, mas uma medida em que se joga para a sociedade, e que, não resolve as causas efetivas do problema da criminalidade no país que cada dia vem crescendo.

6. Posição favorável à constitucionalidade do RDD

Apesar do presente trabalho se filiar a corrente da Inconstitucionalidade do RDD, é mister aqui também trazer argumentos dos autores e decisões jurisprudenciais que defendem a Constitucionalidade do mesmo, fazendo os contrapontos com os argumentos acima perfilhados, para enriquecer a presente pesquisa.

Na doutrina clássica que defende a constitucionalidade do RDD está o autor Daniel Sarmiento (2000), Bem como a jurisprudência do STJ, dentre outros autores que argumentam que a intenção do legislador ao instituir o RDD, foi de afastar do convívio de outros presos os líderes de facções criminosas, que controlavam, de dentro do presídio, o crime organizado, na qual essa medida também se torna uma forma segura de poupar a população carcerária de atentados, violências, rebeliões e mortes, já que estes líderes são criminosos de alta periculosidade.

Em confronto com os argumentos da autora Maria Thereza Rocha de Assis (2007) e do Pacto Internacional dos direitos civis e políticos, ao defenderem a inconstitucionalidade do RDD, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, destaca-se os argumentos do autor Daniel Sarmiento (2000) que defende que o RDD não fere o princípio da dignidade da pessoa humana por não existir direitos absolutos no ordenamento jurídico e que os mesmos podem ser mitigados em confronto com outros direitos mais importantes, neste sentido aponta o jurista que:

Também no direito brasileiro, parece indubitável, por exemplo que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno. Isto, no entanto, não significa que, em toda e qualquer ponderação entre estes dois interesses, a liberdade deve sempre prevalecer. Pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante uma ponderação de interesses. Assim sendo, em determinadas situações que se configura um grande risco para a segurança da coletividade os direitos fundamentais individuais podem ser restringidos, pois deve prevalecer o coletivo em detrimento do individual. (2000, p 85).

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça defende a constitucionalidade do RDD no que concerne a proporcionalidade, o mesmo afirma

que o citado regime não fere o citado princípio e também o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido foi a decisão proferida no HC 40.300/RJ37, pela 5ª Turma desse Tribunal, que se segue:

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 RDD, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 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 e, também, no meio social. (...) Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF, à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. O *Habeas Corpus* supra citado é muito elucidativo, pois resume com precisão praticamente todas as ideias abordadas nesse trabalho.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de forma conclusiva acerca da constitucionalidade do RDD, cabendo a ressalva de que está em andamento nesse tribunal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.162, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, na qual requer a declaração de nulidade dos artigos que tratam do RDD, contudo tal julgamento até a presente data ainda não ocorreu.(BRASIL,2014).

E, por fim, a decisão acima citada entende que o tratamento igual para presos provisórios e condenados não fere o princípio da presunção da inocência porque antes da criação da lei, esse tratamento já estava previsto pelo parágrafo único, do artigo 44 da Lei de Execução Penal, que assevera que: A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.

Pois bem, também não deve prosperar os argumentos traçados pelo STJ, como já aludido, o RDD viola o princípio da dignidade da pessoa humana, ao retirar o detento do convívio social por mais de um ano. Viola o princípio da proporcionalidade o isolamento por 360 dias podendo trazer problemas psicológicos,

viola o princípio da presunção da inocência pois os presos provisórios ainda na foram julgados e é considerado inocente, e, submetê-lo a esse regime fere essa garantia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil ostenta uma das maiores populações carcerárias do mundo. Este lugar no cenário mundial tem lhe trazido inúmeros problemas, entre eles, o descontrole estatal sobre as condutas dos detentos e, principalmente, a atuação de organizações (facções) criminosas, que comandam, de dentro dos estabelecimentos prisionais, inúmeras práticas de crimes dentro e fora de seus muros.

Nesse diapasão, buscando minorar a inflação carcerária, o Estado investiu em construções de estabelecimentos prisionais, fez a transferências de presos, mas, mesmo assim, diante da grandeza do problema, não houve uma política penitenciária adequada e apta que viesse a solucionar ou reduzir as mazelas incrustadas no sistema prisional.

No momento em que o Estado perde o controle, quem começa a comandar os presídios são as organizações criminosas, como visto anteriormente na pesquisa, cerca de 90% dos presídios de São Paulo, por exemplo, estão sobre o comando do PCC.

Dai surgem as consequências como: rebeliões, os ataques à sociedade vindo de lideres que estão dentro das prisões, a morte de detentos, regalias que esses lideres têm dentro do próprio presídio, uso de celulares, entre outros males que adoecem a execução penal brasileira.

Após os estudos, verificou-se que a criação do RDD se deu justamente com a falência do sistema penitenciário brasileiro, como uma forma de contra-ataque às investidas delitogênas das sobreditas facções do crime.

A intenção do legislador, ao criar o dito regime, era de solucionar as dificuldades de insegurança no sistema penitenciário do país. Mas, contudo, a implementação do RDD não surtiu o efeito almejado, pois 11 anos depois do seu surgimento, o resultado que se tem é o aumento dos presídios sobre o comando do

PCC (e outras facções). Some-se a isso, o fato de que os detentos, quando saem do RDD, revoltados, cometem mais infrações do que antes, o que denota que se esse regime os inibisse, de fato, eles fariam de tudo para não mais delinquir.

Noutro giro, a finalidade do Estado Democrático de Direito é reprimir a violência e o crime organizado, não obstante, para o alcance desse intento, é mister que se respeitem os direitos e garantias individuais previstos na Constituição, pois não pode a Administração Pública, na busca pelos fins, se utilizar de meios de coerção que violem os direitos constitucionalmente conquistados. Como demonstrado no trabalho, o uso do RDD atropela várias normas garantidoras do art. 5º do CF.

Com efeito, o RDD se torna inconstitucional por afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e presunção da inocência. Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, o regime diferenciado se torna inconstitucional no que diz respeito ao isolamento celular do detento, no qual ele não tem nenhuma comunicação com o mundo exterior, devido a esse isolamento, ele é submetido a sérios problemas e distúrbios psicológicos. Ademais, o homem é um ser social e, retirá-lo do convívio social por mais de um ano, se torna uma forma de pena cruel, ferindo, assim, a sua dignidade e integridade, submetendo-o a uma tortura psicológica impingida pelo próprio Estado.

Por seu turno, o RDD também representa um atentado ao princípio da proporcionalidade, quando esse regime prevê que o sujeito fique 360 dias isolado, pois fica demonstrado a desproporcionalidade que existe nesse *quantum* de dias, e o absurdo que é, deixar que um ser humano se submeta a condições sub-humanas, isolando-o 360 dias, podendo, inclusive, ser tal período prorrogado, alcançando até um sexto da pena aplicada.

Outrossim, no que se refere ao princípio da presunção da inocência, que aduz que o preso provisório é considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, tem-se que, submeter o preso provisório ao RDD, fere também esse postulado, tendo em vista que a Carta Magna prega que esses detentos terão tratamento diferente e adequado à sua condição de não condenado. No entanto, estão submetidos ao RDD, tanto o preso condenado como o provisório.

Como já visto, não é o uso de medidas como o RDD que vão solucionar os problemas dos cárceres no Brasil, o que se vê é o abandono do preso pelas autoridades do país e que, criar leis ultrapassando os limites constitucionais, não será uma forma de reprimir a violência dentro do sistema carcerário ou da sociedade em geral, aliás, para se reprimir tais ilícitos, é preciso que se adotem investimentos em tecnologias, em capacitação e melhor remuneração dos operadores da segurança pública, tornando-os mais efetivos no combate à criminalidade dentro e fora dos presídios, aumento do número de estabelecimentos prisionais e maior celeridade nos processos judiciais, enfim, deve-se tomar uma séria de medidas conjuntas de reestruturação do atual sistema falido que se encontra o Brasil.

Ao final, espera-se que esse artigo contribua para que o leitor possa questionar e refletir sobre o tema, pois não se deve admitir que uma lei infraconstitucional ultrapasse os limites garantidos pela Constituição Federal, tendo em vista que para dar uma resposta a sociedade diante da ineficiência do Estado, este nunca pode se servir de medidas arbitrárias e violadoras de direitos e humanos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1 v.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 40.300/RJ**. 5ª T. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 07.06.2005, publicado no DJ de 22.08.2005, p. 312

BUSATO, P. C. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. **Mundo Jurídico**, Paraná, 12 jul. 2005. Disponível em:<<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 5 fev. 2014

DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel? **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 1, n. 134, p. 5, Janeiro 2004.

DOTTI, René Ariel. *Breviário Forense.. A reforma penal e penitenciária*. Curitiba: Juruá, 1980.

FERREIRA, Fabio Félix, RAYA, Salvador Cutino. **Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado**. Revista brasileira de ciências criminais, Revista dos tribunais, jul. – ago.de 2004.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Trad. Luiz de Lemos D Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

JUNGMANN, Mariana. Agência Brasil, **Membro de comissão de juristas critica Regime Disciplinar Diferenciado**, maio. 2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-05-10/membro-de-comissao-de-juristas-critica-regime-disciplinar-diferenciado>>. Acesso em: 5 abril. 2014.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal**. 9 ed. São Paulo. Atlas, 2007.

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 (Coord.). *Críticas a execução penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal.** 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; PASCUAL RODRIGUEZ, Esther; BIBIANO GUILLÉN, Afonso. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencia de diálogo em el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano.* 2.ed. Madri: Colex, 2008.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal parte geral: atualizado até a EC nº43/2004.** Rio Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Regime disciplinar diferenciado é um mal necessário.** Disponível em :<http://www.conjur.com.br/2008-dez25/regime_disciplinar_diferenciado_mal_necessario>. Acesso em: 13/04/2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mária. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,maior-investigacao-da-historia-do-crime-organizado-denuncia-175-do-pcc,1084346,0.htm> acesso em 10 de maio de 2014.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2013/janeiro_2013/2013%2001%2029%20MP%20denuncia%2010%20integrantes%20do%20PC%20por%20morte%20de%20PM%20em%20Araraquara.pdf acesso em 10 de junho de 2014.

A LEGITIMATE DISCIPLINARY DIFFERENTIAL FRONT TO CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT

This Academic Paper addresses a doctrinal legal analysis on the constitutionality of the Differentiated Disciplinary Regime (RDD), which was introduced in the legal system by Law No. 10792/2003, which amended Law No. 7210/1984 (Penal Execution Law - LEP) as a disciplinary sanction being more rigid than the other imposed provisional or not arrested. In this perspective, were approached its historical origins, its purpose, features, doctrinal positions on the subject and because of its unconstitutional for violating inter alia, the constitutional principles such as human dignity, proportionality, presumption of innocence. In the end if it enters inefficiency of the arrangements during these 11 years of validity by reference to the complaint of the Public Prosecutor of São Paulo in 2013. Finally, adds up arguments used by the authors adopting the contrary position is unconstitutional that institute.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime, unconstitutional, ineffective law.