

WILLIAN LOPES VIEIRA

**INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL**

TEÓFILO OTONI- MG

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

2015

WILLIAN LOPES VIEIRA

**INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Gylliard Matos Fantecelle.

TEÓFILO OTONI- MG

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

A Monografia intitulada: **INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL**, elaborada pelo aluno **WILLIAN LOPES VIEIRA** foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificas Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Teófilo Otoni, 03 de junho de 2015.

Orientador: Gylliard Matos Fantecelle

Prof. Examinador 1: Juvenal Martins

Prof. Examinador 2: Cesar Candido

Aos meus pais, Carlos Roberto e Marcia, pilares da minha vida,
quem devo todo respeito e gratidão.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, criador de todas as coisas, que permitiu a minha caminhada, dando o privilégio de chegar até aqui.

A minha família, em especial aos meus pais e a minha avó, que sempre me apoiou e incentivou nesta jornada, durante esses cinco anos.

Aos meus amigos de turma que deixaram muitas saudades.

A Raquel Martins pelo apoio durante esses anos, sempre dando incentivo para que eu não desistisse deste sonho.

“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se elas aprendem a odiar, podem ser ensinadas a amar”.

Nelson Mandela

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF- Constituição Federal

CP- Código Penal

CPP- Código de Processo Penal

LEP- Lei de Execução Penal

MP- Ministério Público

RDD- Regime Disciplinar Diferenciado

RESUMO

Esta monografia direciona-se na análise da constitucionalidade da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado no âmbito da Lei de Execução Penal, pois tal sanção se mostra como forma de vingança do Estado contra a pessoa que ali seja inserido, sanção que não atende o caráter e finalidade impostas as penas, qual seja a de reeducação e ressocialização do preso. O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado no Estado de São Paulo devido as grandes e catastróficas rebeliões ocorridas no ano de 2001, na intenção de isolar os líderes das facções criminosas que pudessem subverter o bom funcionamento dos estabelecimentos prisionais e, conter o crescimento desenfreado do poder de organização das facções. Com clareza será minuciosamente demonstrado os princípios constitucionais que o legislador não se ateve ao criar o referido regime.

Palavras chave: Regime Disciplinar Diferenciado; Inconstitucionalidade; pessoa humana como ser social; inviolabilidade da integridade física e psíquica; ressocialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ASPECTOS DA EXECUÇÃO PENAL	10
1.1 CONCEITO DE PENA.....	10
1.2 ESPÉCIES DE PENAS	11
1.2.1 Penas privativas de liberdade	11
1.2.1.1 Regime fechado	12
1.2.1.2 Regime semiaberto	13
1.2.1.1 Regime aberto.....	13
1.2.2 Penas restritivas de direito	14
1.2.3 Penas de multa	16
1.3 FINALIDADE DAS PENAS.....	16
1.3.1 As teorias absolutas	17
1.3.2 As teorias relativas	17
1.3.3 As teorias mistas	18
1.4 FALTAS NA EXECUÇÃO PENAL	18
2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	20
2.1 BASE LEGAL E NATUREZA JURIDICA	20
2.2 APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	22
2.2 CONDIÇÕES PARA INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	22
2.4 PROCEDIMENTO PARA INCLUSÃO E REVOGAÇÃO.....	24
2.4.1 Inclusão preventiva	24
2.4.2 Inclusão definitiva	25
3 INCONSTITUCIONALIDADES DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	26
3.1 CONFLITO DE PRINCÍPIOS E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	26
3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE x DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	26
3.3 OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO E DA HUMANIDADE DO DIREITO PENAL.....	30
3.4 TRATADO INTERNACIONAL APLICÁVEL AO TEMA.....	32
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo discutir sobre a possível Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado no âmbito da Lei de Execução Penal, sendo que esta sanção afeta um bem muito precioso que é a liberdade de locomoção. Para alcançar o objetivo descrito, a metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, onde se utilizou de doutrinas e consulta à legislação pertinente ao tema.

A Lei 10.972, de 1º de dezembro de 2003, veio implantar a sanção disciplinar ao ordenamento jurídico brasileiro que tem como objetivo coibir o poder de organização das facções criminosas. Aplicando o isolamento celular aos presos condenados ou provisórios, que seu comportamento exija tratamento específico.

O presente trabalho se apresenta em três capítulos. O primeiro capítulo expõem considerações a respeito do conceito e espécies de pena, da sua finalidade e regimes da Execução Penal.

O segundo capítulo explana todos os aspectos do Regime Disciplinar Diferenciado, conceito, como surgiu a Lei e pressupostos para inclusão do preso a sanção disciplinar.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, comparada com princípios constitucionais, princípios do processo penal, direitos fundamentais e tratados que o Brasil seja signatário.

1 ASPECTOS DA EXECUÇÃO PENAL

1.1 CONCEITO DE PENA

Pena é a sanção imposta ao agente que pratica fato tipificado como crime, esta submete o infrator da norma a uma punição como resposta ao fato praticado, na intenção de evitar que o agente venha a praticar nova infração penal.

O renomado autor Romeu de Almeida Salles Junior define:

Pena é retribuição pelo delito cometido. Traduz-se em privação de bens jurídicos que a Lei impõe ao infrator. Sempre teve caráter retributivo, de castigo. No entanto, visa também à reeducação e readaptação do delinquente. A pena guarda sempre proporcionalidade com o delito praticado, com a lesão efetivamente causada ao bem tutelado. Sua finalidade é a prevenção geral, intimidando através de sua previsão em texto de Lei, advertindo aqueles que são propensos a transgredir a ordem de direito. E também a prevenção especial, uma vez que, aplicada ao caso concreto, objetiva reeducar ou recuperar o criminoso¹.

Luiz Vicente Cernicchiaro conceitua a pena assim:

A pena pode ser encarada sobre três aspectos: *substancialmente* consiste na perda ou privação de um exercício do direito relativo a um objeto jurídico; *formalmente* está vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo poder judiciário, respeitando o princípio do contraditório; e *teleologicamente* mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social².

Para Soler, “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”³.

¹ SALLES JÚNIOR, 2002, p.81.

² CERNICCHIARO apud Mirabete, 2006, p.246.

³ SOLER apud Mirabete, 2006, p.246.

Existem no ordenamento jurídico brasileiro algumas espécies de penas que merecem uma análise mais detalhada, com vista nesta ideia, agora será feito um estudo aprofundado entre as espécies de penas inseridas no Código Penal (CP).

1.2 ESPÉCIES DE PENAS

As espécies de penas adotadas pelo Código Penal brasileiro estão expressas no art. 32 do CP.

Segundo o Código Penal, são elas:

Artigo 32. As penas são:
I- privativas de liberdade;
II- restritivas de direitos;
III- de multa⁴.

1.2.1 Penas privativas de liberdade

As penas privativas de liberdade tipificadas pelo Código Penal para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção, contudo a Lei das contravenções penais prevê a prisão simples.

Essas penas ainda são criticadas por parte da doutrina, porque mesmo com sua aplicação, ainda há um aumento preocupante da criminalidade, defendem que estas medidas não estão atingindo seu caráter ressocializador ao qual era sua função primordial.

Ainda sim, as penas privativas de liberdade são as grandes propulsoras para que seja possível a convivência entre os seres humanos, sem elas não seria possível que os homens hoje convivessem em paz.

Na pena de reclusão o condenado poderá iniciar o cumprimento da pena nos regimes fechado, semiaberto ou aberto. Para Bitencourt as hipóteses para a pena de reclusão são:

⁴ BRASIL, código penal, decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

Para pena de reclusão: a) reclusão superior a 8 anos sempre inicia em regime fechado; b) reclusão superior a 4 anos, reincidente, sempre inicia em regime fechado; c) reclusão superior a 4 anos até 8, não reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semiaberto. Dependerão das condições do art. 59 do CP; d) reclusão até 4 anos, reincidente, poderá iniciar em regime fechado ou semiaberto. Dependerá do art. 59; e) reclusão até 4 anos, não reincidente, pode iniciar em qualquer dos três regimes, fechado, semiaberto ou aberto, segundo recomendarem os elementos do art. 59⁵.

Já na pena de detenção o condenado iniciará o cumprimento da mesma nos regimes semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. Leciona Bitencourt as hipóteses para a pena de detenção:

Para pena de detenção: a) detenção só pode iniciar em regime semiaberto ou aberto; b) detenção nunca pode iniciar em regime fechado; c) detenção superior a quatro anos, reincidente ou não, só pode iniciar em regime semiaberto; d) detenção reincidente, qualquer quantidade de pena, só pode iniciar em regime semiaberto; e) detenção até 4 anos, não reincidente, poderá iniciar em regime semiaberto ou aberto, de acordo com os elementos do art. 59⁶.

Estas são as principais diferenças marcantes entre a pena de reclusão e a pena de detenção.

1.2.1.1 Regime fechado

No regime fechado o apenado cumpri a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, mediante guia de recolhimento para a execução, ficando o preso sujeito ao trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno, estará obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. Sendo o trabalho externo admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Pelas lições de Bitencourt:

⁵ BITENCOURT, 2006, p.562.

⁶ Idem, p.561.

Quem cumpre pena em regime fechado não tem direito a frequentar cursos, quer de instrução, quer profissionalizantes. E o trabalho externo só é possível (ou admissível) em obras ou serviços públicos, desde que o condenado tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena⁷.

Diante do exposto, o doutrinador deixa claro que não terá direito a qualquer curso o agente que estiver sobre o regime fechado até que o mesmo cumpra um sexto da pena.

Ainda será submetido a exame criminológico o condenado no início do cumprimento da pena, “para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vista à individualização da execução”. (GRECO, 2014, p. 137).

1.2.1.2 Regime semiaberto

Idêntico ao regime fechado, o preso que estiver em cumprimento de pena no regime semiaberto deverá ser submetido há realização de exame criminológico. Neste sentido afirma Greco:

O condenado que cumprir pena no regime semiaberto será submetido às regras do art. 34 do código Penal, assim sendo poderá ser realizado exame criminológico, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei de Execução Penal e da sumula nº 439 do STJ, publicado no Dje de 13 de maio de 2010, que diz ser admitido o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisões motivada⁸.

Igualmente ao regime fechado é exigido guia de recolhimento. A pena em regime semiaberto deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo permitido o trabalho em comum durante o período diurno.

Será admissível ainda o trabalho externo, e frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de nível médio ou superior.

1.2.1.3 Regime aberto

⁷ Idem, p.556.

⁸ GRECO, 2014, P. 139.

No regime aberto, com base na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, ficará o mesmo fora do estabelecimento prisional, sem vigilância, devendo trabalhar, frequentar cursos ou exercer atividades autorizadas, sendo que o condenado deverá se recolher a casa de albergue durante o repouso noturno e nos dias de folga.

Como nos regimes fechado e semiaberto, aqui também deverá submeter o preso ao exame criminológico, assim Greco afirma:

A guia de recolhimento, também, é uma exigência para esse regime. Isso porque o art. 107 da Lei de Execução Penal determina que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária⁹.

Já trabalhado as características das penas privativas de liberdade, agora será feito um estudo das penas restritivas de direito, na tentativa de melhor compreendê-las e entender os motivos para sua aplicação.

1.2.2 Penas restritivas de direito

Diante da falência das penas privativas de liberdade, surgiram as penas restritivas de direito que irão substituir as penas privativas de liberdade sempre que possível. As penas restritivas de direito então elencadas no art. 43 do Código Penal que assim dispõe:

Art. 43. As penas restritivas de direito são:
I. Prestação pecuniária;
II. Perda de bens e valores;
III. (Vetado);
IV. Prestação de serviços à comunidade ou a entidade públicas;
V. Interdição temporária de direitos;
VI. Limitação de fim de semana¹⁰.

⁹ Idem, p.140.

¹⁰ BRASIL, código penal, decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

As penas de prestação pecuniária segundo o § 1º do art. 45 do Código Penal, consistem no pagamento em dinheiro a vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada, com destinação social de importância fixada pelo Juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Sendo que o valor pago será deduzido do montante da condenação em ação de reparação civil, quando coincidentes os beneficiários.

As penas de perdas de bens e valores pertencentes ao condenado serão aplicadas, salvo em legislação especial, em benefício ao fundo penitenciário nacional, sendo aplicado o teto, do montante do prejuízo causado ou proveito obtido pelo agente ou em alguns casos por terceiros, por consequência da prática do crime.

Segundo o doutrinador Greco:

Os bens que o parágrafo § 3º do art. 45 do Código Penal, podem ser móveis ou imóveis. Valores são tanto a moeda corrente depositada em conta bancária como todos os papéis que, a exemplo das ações, representam importâncias negociáveis na bolsa de valores¹¹.

As penas de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas consistem na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que serão por ele levadas a efeito em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programa comunitário ou estatal, sendo que as tarefas que lhe serão atribuídas devem ser de acordo com as suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada de trabalho.

As penas de interdição temporárias de direitos tem como finalidade a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. A proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público. Da suspensão de autorização para dirigir veículo, neste caso se aplica quando o agente usa o veículo para fins ilícitos. Haverá também proibição de frequentar determinados lugares. O agente ainda será proibido de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos.

As penas de limitação de fim de semana elencadas no art. 48 do Código Penal, pregam que o agente terá que permanecer, aos sábados e domingos, por

¹¹ GRECO, 2014, p.163.

cinco horas diárias, em casa de albergados ou outro estabelecimento adequado. Podendo ser ministrado ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

1.2.3 Penas de multa

A pena de multa tem como característica o pagamento ao fundo penitenciário, sendo a quantia fixada na sentença pela autoridade judiciária, calculadas em dias-multa, sendo no mínimo, de (dez) e, no máximo, 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O valor do dia-multa não poderá ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, assim, não podendo ser superior a cinco vezes esse salário.

A pena de multa “possui natureza personalíssima, isto é, seu pagamento não poderá ser exigido dos herdeiros do condenado caso este venha a falecer”. (Greco, 2014). Na mesma corrente de pensamento o doutrinador Luiz Regis Prado assevera. “A multa, em matéria penal, é rigorosamente pessoal, não se transmitindo aos herdeiros do réu ou a terceiros, pois ideia de pena, que também subsiste na pena de multa, reproduz nela a condição da personalidade”.

A pena de multa depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deverá ser paga no prazo de dez dias. A requerimento do condenado e o Juiz tendo em vista as circunstâncias econômicas do condenado poderá permitir que o mesmo efetue o pagamento em parcelas mensais.

1.3 FINALIDADE DAS PENAS

Com intuito em decifrar qual a finalidade das penas, antes deverá ser feito um estudo sobre as escolas penais que se fundamenta o Direito Penal brasileiro. Observando o direito e dever de punir do Estado, advindas das práticas de crimes, assim surgem três correntes doutrinárias a respeito da natureza e dos fins da pena.

1.3.1 As teorias absolutas

As teorias absolutas ou retribucionistas tem como fundamento o castigo como forma de compensar o mal praticado, tem caráter puramente retributivo a má conduta do agente infrator, esta teoria não se preocupava com a pessoa que praticava o mal, assim se tornou vulnerável a severas críticas.

Sobre o tema Roxin preleciona:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense¹².

1.3.2 As teorias relativas

As teorias relativas também conhecidas como utilitárias empregam à pena caráter meramente preventivo, sendo que não há a ideia da pena como medida de retribuição ao crime praticado, mas sim de caráter ressocializador e preventivo.

Segundo Greco a teoria relativa se biparte em:

Prevenção geral negativa: conhecida também como prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, fazendo com que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam de antes praticar qualquer infração penal.

Prevenção geral positiva: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.

Prevenção especial negativa: existe a neutralização daquele que praticou a infração penal, segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos da sociedade da qual foi retirado.

¹² ROXIN apud Greco, 2014, p.114.

Prevenção especial positiva: a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos. Sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros crimes¹³.

1.3.3 As teorias mistas

As teorias mistas ou ecléticas são a fusão das duas correntes citadas a cima, sendo ela a teoria adotada pelo sistema penal brasileiro. A pena tem natureza retributiva, mas sua finalidade não consiste apenas em castigar a conduta reprovável do infrator, e sim ressocializar o apenado, para que o mesmo possa voltar à convivência social.

Sobre o tema Rogério Greco (2014, p.114) afirma. “De acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”.

Fica claro que as penas devem ser necessárias e suficientes para punir o agente infrator e, mesmo assim, lhe aplicar uma pena que possa fazer que o mesmo autor não volte a delinquir.

1.4 FALTAS NA EXECUÇÃO PENAL

As faltas disciplinares se dividem em três partes, sendo elas de natureza leves, médias e graves. A Lei de Execução Penal irá enumerar as respectivas sanções, e serão punidas as tentativas conforme a falta consumada.

As faltas disciplinares de natureza leve segundo o renomado autor Renato Marcão são:

Transitar indevidamente pela unidade prisional; comunicar-se com visitantes sem a devida autorização; comunica-se com sentenciados em regime de isolamento celular ou entregar-lhe quaisquer objetos sem autorização; adentrar cela alheia sem autorização; improvisar varais e cortinas na cela ou alojamento, comprometendo a vigilância, salvo situações excepcionais autorizadas pelo diretor da unidade prisional; ter a posse de papéis, documentos, objetos ou valores não cedidos e não autorizados pela unidade prisional; estar indevidamente trajado; usar material de serviço para finalidade diversa da que foi prevista; remeter correspondência sem registro

¹³ GRECO, 2014, p.115.

regular pelo setor competente; mostrar displicência no cumprimento do sinal convencional de recolhimento ou formação¹⁴.

Ainda Renato Marcão descreve as hipóteses das faltas de natureza médias:

Atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade perante autoridades, funcionários e sentenciados; portar material cuja posse seja proibida por portaria interna da direção da unidade; desviar ou ocultar objetos cuja guarda lhe tenha sido confiada; simular doença para eximir-se de dever legal ou regulamentar; divulgar notícias que possa perturbar a ordem ou a disciplina interna; dificultar a vigilância em qualquer dependência da unidade prisional; praticar autolesão, como ato de rebeldia¹⁵.

As faltas de natureza graves então previstas no art. 50 da Lei de Execução Penal, que diz:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
I. Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II. Fugir;
III. Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV. Provocar acidente de trabalho;
V. Descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
VI. Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei;
VII. Tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo¹⁶.

As faltas graves faram com que o preso regrida a um regime mais rigoroso, quando estiver cumprindo pena no regime fechado poderá o mesmo ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Mais adiante serão feitas algumas considerações importantes sobre o tão discutido Regime Disciplinar Diferenciado, muito questionado sobre a sua constitucionalidade ou não.

¹⁴ MARCÃO, 2014, P. 68.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ BRASIL, Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2.1 BASE LEGAL E NATUREZA JURIDICA

Para que se possa falar no fundamento legal do Regime Disciplinar Diferenciado, também conhecida pela sigla (RDD), é de fundamental importância fazer um estudo sobre a origem deste regime.

O Regime Disciplinar Diferenciado teve origem logo após inúmeras rebeliões nos presídios do Estado de São Paulo, devido o aumento das organizações criminosas dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, estas rebeliões eram praticadas de forma brutal e sempre com vítimas fatais. O Estado se viu obrigado a tomar providências contra o caos que estava se tornando o sistema penitenciário, como contra resposta foi criado o Regime Disciplinar Diferenciado.

Segundo a lição do jurista e magistrado Adeildo Nunes:

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 específico¹⁷.

Não obstante somente as rebeliões sofridas no Estado de São Paulo no ano 2001, um dos propulsores para a criação do Regime Disciplinar Diferenciado foi a morte de dois Juízes de Execução Penal, Assim:

Ainda Segundo o magistrado Adeildo Nunes:

¹⁷ NUNES apud Marcão, 2014, p.71.

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 Diferenciado¹⁸.

Sendo o RDD, instituído pela Lei n. 10.792; de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei n. 7.210, de junho de 1984, modificando desse modo o artigo 52 da Lei de Execução Penal (LEP).

Quando se faz uma análise do novo texto do art. 52 da LEP, tem como características as hipóteses que poderão sujeitar o preso ao RDD uma punição não pelo crime que o agente tenha praticado (direito penal do fato), aqui o legislador, quando prever punir o agente com fundamento em suspeitas, ou o que a presença dele possa causar ao estabelecimento prisional, fica evidente o direito penal do inimigo (direito penal do autor).

Nesta linha de pensamento em excelente lição Paulo Cesar Busato destaca:

[...] o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal do fato por um modelo de Direito penal de autor¹⁹.

Tendo em vista a situação que o sistema penitenciário brasileiro se encontra, e como as organizações criminosas são muito bem esquematizadas em todos os aspectos, visível é que o Estado não está dando conta de promover a segurança pública e ainda proporcionar o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal, garantindo assim, que o apenado cumpra sua pena sem que seus direitos e garantias Constitucionais sejam infringidos.

Diante dos fatos que foram os verdadeiros motivos para a criação do Regime Disciplinar Diferenciado fica evidente qual era a intenção do Estado ao criar este regime, que buscava uma possível solução, rápida e com menor custo aos

¹⁸ NUNES apud Marcão, 2014, p.72.

¹⁹ BUSATO apud Bitencourt, 2006, p.581.

cofres públicos, diante do decadente sistema prisional e o aumento desproporcional da criminalidade dentro e fora dos presídios.

A natureza jurídica do Regime Disciplinar Diferenciado, diferente do que muitos pensam não é uma espécie de pena, como as tipificadas no art. 32 do Código Penal, mas sim uma sanção disciplinar, imposta ao agente que a conduta exigir um tratamento diferenciado, quando ele praticar fato previsto como crime doloso que venha constituir falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas.

O RDD tem características marcantes, que em alguns aspectos lembra a famosa solitária, onde o preso ficava isolado dos demais detentos, em sela escura, sendo ele privado até mesmo de ver a luz do sol.

2.2 APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Atendidos os requisitos do Regime Disciplinar Diferenciado, o mesmo será aplicado através de uma sanção administrativa, consistente no isolamento celular do preso, sendo ele condenado ou provisório, isolamento que poderá ter duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. O preso submetido ao RDD ficará recolhido em cela individual, tendo direito a visitas com duração de duas horas, somente de duas pessoas, sem contar as crianças. Neste regime o preso terá direito a saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Para que o agente seja incluído no RDD, a conduta não permitida deverá estar expressa na Lei de Execução Penal, pois não há pena sem prévia cominação legal.

Serão expostas as hipóteses que sujeitam os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros ao RDD, merecendo elas um estudo minucioso, sendo a matéria de grande relevo para que possa ser entendido o instituto em estudo.

2.3 CONDIÇÕES PARA INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A primeira hipótese para inclusão no RDD está no art. 52, caput, da Lei de Execução Penal, o preso condenado ou provisório quando praticar crime doloso, que acarrete falta grave e venha ocasionar a subversão da ordem ou disciplina interna²⁰.

A expressão *subversão* vem de a palavra tumultuar, interromper o bom funcionamento de algo. É o “ato ou efeito de transtornar o funcionamento normal ou considerado bom de alguma coisa”²¹.

A palavra *ordem* trás em seu corpo uma ideia de organização, seu significado é “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”²².

A segunda hipótese está prevista no § 1º, do art. 52 da Lei de Execução Penal, o qual aduz que poderão ser submetidos ao regime disciplinar diferenciado os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que venha apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade²³.

Nesta hipótese o legislador não exigiu que o preso tivesse praticado crimes dolosos dentro do estabelecimento prisional, bastando que o mesmo somente apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

A terceira hipótese que a Lei estabeleceu para inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado está prevista no § 2º, do art. 52 da Lei de Execução Penal, que determina o ingresso do preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando²⁴.

²⁰ LEP, 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.

²¹ HOUAISS APUD Marcão, 2014, p. 74.

²² Ibidem.

²³ LEP, 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: § 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;

²⁴ LEP, art. 52- § 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.

Preleciona Marcão (2014, p. 75) que “O crime de quadrilha ou bando tipificado no art. 288 do Código Penal, recebeu novo nomen juris, através da Lei 12.850/2013, agora denominado associação criminosa”.

O Regime Disciplinar Diferenciado terá que atender a dois procedimentos de inclusão do preso ao RDD, assunto que será tratado no próximo capítulo, sendo de suma importância o conteúdo exposto sobre o tema.

2.4 PROCEDIMENTO PARA INCLUSÃO E REVOGAÇÃO

2.4.1 Inclusão preventiva

Poderá ser decretado o isolamento preventivo do preso sendo ele condenado ou provisório, nacional ou estrangeiro, quando caracterizado a urgência desta sanção, no prazo não superior a dez dias, podendo ser decretada pela autoridade administrativa, ou a inclusão preventiva no RDD, mediante despacho do Juiz competente, no interesse da disciplina e da averiguação do fato.

O prazo de dez dias é improrrogável, mas o Juiz da Execução terá quinze dias para deliberar sobre o fato, mas é recomendado que o Juiz profira parecer no prazo de dez dias, para que não seja alegado constrangimento ilegal. Sendo que, caso este fato venha a ocorrer, estará caracterizada a revogação da sanção administrativa.

A inclusão proferida pelo Juiz da Execução terá como fundamento substancial segundo preleciona Marcão (2014, p.77), “Sua decretação reclama a constatação e demonstração, em despacho judicial fundamentado, de dois requisitos básicos: *fumus boni juris e periculum in mora*”.

Sobre a inclusão preventiva Renato Marcão esclarece:

Consideradas a urgência e as demais peculiaridade que a envolvem, a inclusão preventiva pode ser decretada pelo Juiz sem a prévia oitiva do Ministério público e da defesa, não havendo que se falar, por aqui, em violação de garantias constitucionais como contraditório, ampla defesa, devido processo legal e etc. Com efeito, por certo a operacionalização das oitivas prévias, no mais das vezes, poderia desatender a finalidade emergencial da medida extrema. Ademais, nada impedi que após a decisão

que determinar a inclusão sobre ela se manifeste o Ministério Público e defesa, apresentando as ponderações que entenderem pertinentes²⁵.

O Regime Disciplinar Diferenciado preventivo admite a inclusão do preso ao isolamento celular sem observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas não será admitido sem atender a essas garantias na inclusão definitiva, matéria que será estudada mais adiante.

2.4.2 Inclusão definitiva

A inclusão definitiva do preso no Regime Disciplinar Diferenciado consiste na decisão exclusiva do Juiz da Execução Penal, devendo haver requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa, como por exemplo o Secretário da Segurança pública e o Secretário da Administração Penitenciária. Não poderá o magistrado decretar a inclusão ex-offício.

O Ministério Público não tem legitimidade para postular a inclusão do agente no Regime Disciplinar Diferenciado.

Aduz o art. 54, § 2º, da Lei de Execução Penal que quando apresentado o pedido de inclusão do preso no RDD, deverá manifestar o Ministério Público (MP) e a Defesa. Logo então será cabível ao Juiz da execução prolatar sua decisão no prazo de quinze dias²⁶.

Quando o fato não for do conhecimento do MP e da defesa, esta sanção será considerada ilegal, sendo causa de revogação.

Ao se tratar sobre a matéria do Regime Disciplinar Diferenciado, há vários princípios e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988 (CF) que possivelmente frente ao RDD, se mostra matéria que inviabilizaria a aplicação do RDD à legislação brasileira, por infringir normas e preceitos fundamentais. Este é o ponto mais importante deste trabalho e será agora minuciosamente estudado.

²⁵ MARCÃO, 2014, p.77.

²⁶ LEP, art. 54, § 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 de quinze dias.

3 INCONSTITUCIONALIDADES DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

3.1 CONFLITO DE PRINCÍPIOS E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O tão comentado Regime Disciplinar Diferenciado quando colocado frente a vários princípios, tratados e preceitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988 demonstra sua possível inconstitucionalidade. Como exemplo poderá ser observado o princípio da legalidade, princípio da humanidade do direito penal, o princípio da ressocialização, proibição de penas cruéis, prevalência dos direitos humanos fundamentais, tratados internacionais que o Brasil seja signatário e muitos outros mais.

Ao que se parece, quando o legislador criou o RDD, a ideia não era somente impossibilitar o domínio dos presos dentro do cárcere ao mundo exterior, na verdade esta sanção se caracteriza como uma vingança imposta pelo Estado aos presos que se enquadrem nas hipóteses já suscitadas anteriormente. Neste regime o Estado procurou punir o preso como a pessoa que ele significa, ou possa significar (direito penal do autor), e não pela conduta praticada descrita como crime (direito penal do fato).

Para que melhor seja entendido o que se presta a explicar este trabalho, mais a frente será minuciosamente estudado e comparado as normas e princípios fundamentais com o Regime Disciplinar Diferenciado, na busca de deixar claro os pontos relevantes que venham a confrontar a sanção disciplinar com o que preceitua a Constituição Federal.

3.2 PRICÍPIO DA LEGALIDADE x DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da legalidade consiste em estabelecer limites da aplicação do poder do Estado sobre os cidadãos na seara penal, pois o Direito Penal é caracterizado pela *ultima ratio*, isso é, quando os demais ramos do direito não conseguir resolver a lide, neste caso aplica o direito penal, mas com vista no princípio da legalidade, para que a sanção seja aplicada, a conduta do agente deverá está expressa na Lei descrita como crime, também não poderá ser aplicada a pena se a Lei não estabelecer parâmetro expresso legal.

O princípio da legalidade se encontra no inc. XXXIX do art. 5º da constituição federal, com a seguinte redação: “não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”²⁷.

Este princípio é um dos mais importantes do direito penal, sendo que a redação do art. 1º do Código Penal, pouco difere do inc. XXXIX art. 5º da Constituição Federal.

Sobre o princípio da legalidade preleciona o doutrinador Rogerio Greco:

A legalidade formal encontra-se ligada, diretamente, à obediência às formas exigidas para a criação do diploma legal, a exemplo do que ocorre com o procedimento necessário para a sua tramitação, *quórum*, para aprovação do projeto, etc. Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, no qual se pretenda adotar um modelo penal garantista, além da legalidade formal deve haver, também, aquela de cunho material. Devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos²⁸.

O Regime Disciplinar Diferenciado infringiu o principio da legalidade formal logo na sua primeira aplicação, quando inseriu alguns presos neste regime no ano de 2001, no Estado de São Paulo, através da resolução N° 26. Esta inconstitucionalidade foi superada no ano de 2003, com a criação da Lei 10.792 de 1º de dezembro 2003, inserindo assim o RDD na Lei de Execução Penal.

Mas quanto ao princípio da legalidade material que vem proteger a criação de normas que ferem as garantias e direitos fundamentais inerentes ao ser humano, o RDD ainda se mostra uma norma infratora dos preceitos básicos, como por exemplo, a proibição de penas cruéis e desumanas.

Bitencourt em excelente texto sobre o tema diz:

²⁷ CF, art. 5º, inc. XXXIX- Não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

²⁸ GRECO, 2014, p.2.

A Lei Nº. 10.792/2003, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. A tipicidade legal exige que a norma contenha a descrição hipotética de comportamento proibido com alguma precisão, como forma de impedir o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma punição legal sem uma correspondente infração penal. É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” (art. 52, §§ 1º e 2º), sem declinar que “tipo de conduta” poderia criar o referido “alto risco” ou caracterizar “suspeitas fundadas”, como sugere aquele diploma legal²⁹.

Diante do que foi dito acima fica evidente a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, quando analisado diante do princípio da legalidade do Direito Penal.

A maior discursão sobre a inconstitucionalidade do RDD se baseia no tocante ao direito fundamental inerente a dignidade da pessoa humana, sendo este instituto, um dos maiores expoentes para a proibição de penas desumanas e degradantes no ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade da pessoa humana seria o valor pessoal do ser humano, indisponível, inalienável, significa o valor agregado à pessoa humana simplesmente por sua existência, não havendo individualização nos valores por ser a pessoal de má conduta ou boa conduta, ainda que seja o maior dos criminosos, frio e perverso, ainda sim este terá os seus direitos resguardados, salvo os proibidos pela sentença penal condenatória.

Conceitua sobre o tema Rogério Greco:

Embora de difícil tradução, podemos construir um conceito de dignidade da pessoa humana entendendo-a como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que integra a própria condição humana. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel, é portador desse valor³⁰.

Ainda sobre o conceito do tema, Ingo Wolfgang Sarlet diz ser:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

²⁹ BITENCOURT, 2006, P. 16.

³⁰ GRECO, 2014, P. 11.

sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³¹.

O Brasil instituiu a dignidade da pessoa humana como fundamento para a criação de um Estado Democrático de Direito, onde este princípio deverá ser respeitado sempre que houver lesão injustificada sobre o indivíduo, ou quando, as normas criadas pelo Estado ferirem os preceitos fundamentais que a Constituição Federal subscreve.

Neste sentido Kildare Gonçalves Carvalho diz:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa³².

Ainda o art. 5º, inc. III, da Constituição Federal, prever a proibição da pena de tortura, tratamento desumano e degradante, sendo que a aplicação destas modalidades de recursos punitivos é totalmente proibida no ordenamento jurídico brasileiro, e se de qualquer forma estas sanções forem aplicadas, atingirá o direito fundamental consistente na dignidade da pessoa humana.

O Estado tem obrigação de promover a proteção dos direitos fundamentais, não sendo admitida a criação de Leis que venham a confrontar a dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado criar meios e disponibilizar recursos para que não seja necessário submeter o preso a penas cruéis e desumanas.

Desse modo, visível é, que a Lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal, demonstra ser incompatível no tocante a dignidade da pessoa humana, por apresentar uma pena de caráter humilhante, que ainda poderá causar varias doenças físicas e psíquicas ao preso submetido ao RDD, sem duvida o regime disciplinar fere a dignidade da pessoa humana, e fica mais uma vez evidente à inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

Ao que parece o RDD foi criado como uma medida para poder mostrar a força punitiva do Estado frente aos indivíduos que se enquadrem nas hipóteses de inclusão, pouco foi observado em relação aos direitos e princípios fundamentais que as penas devem respeitar, adiante serão abordados alguns princípios que possivelmente sejam contrários ao Regime Disciplinar Diferenciado.

³¹ SARLET apud Greco, 2014, p.11.

³² CARVALHO, 2013, P. 30.

3.3 OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO E DA HUMANIDADE DO DIREITO PENAL

Como o Próprio nome já diz, o princípio da ressocialização tem como objetivo ressocializar o preso ou internado, para que o mesmo possa ser integrado harmonicamente à sociedade, este princípio tem base legal no art. 1º da Lei de Execução Penal.

Toda pena tem como finalidade punir o agente pela prática do crime, mas tem primordial interesse no caráter da ressocialização do apenado para que o mesmo não volte mais a delinquir, por esse motivo é proposto aos presos a oportunidade de estudar, trabalhar e realizar cursos profissionalizantes enquanto estejam submetidos ao sistema prisional.

Hoje é muito questionada a aplicação do princípio da ressocialização do preso, porque as penas não estão atingindo esta finalidade, que sem dúvidas é a mais importante quando colocado alguém ao cumprimento de pena. Exemplo que pode deixar claro esta afirmativa é o grande índice de reincidência, e na maioria das vezes os crimes são mais graves ou até mesmo mais cruéis do que os praticados no primeiro momento. Fator que possa explicar esta controvertida função da pena se fundamenta na inépcia do Estado que não disponibiliza verbas para a criação de novas unidades prisionais, ou na maioria das hipóteses não fornece equipamentos necessários para a aplicação coerente das penas impostas.

Agora quando se faz uma análise no tocante às características do Regime Disciplinar Diferenciado fica evidente a inobservância do legislador ao princípio da ressocialização, sendo que neste regime o preso ficará em isolamento celular por até trezentos e sessenta dias, podendo ainda ser prorrogável por igual período, e somente terá direito a visitas semanais de duas pessoas com duração de duas horas, tendo o preso direito a banho de sol durante duas horas diárias, neste regime o preso não terá contato com aparelhos eletrônicos como rádios e televisores, aqui o preso não goza do direito de estudar ou frequentar cursos profissionalizantes ou similares. Neste regime não é proposto ao apenado o direito de ressocialização, não atinge esta sanção o caráter educacional, tão somente punitivo, caracterizado como vingança do Estado.

Importante ainda é fazer um estudo nesse trabalho sobre o princípio da humanidade penal, que é sem dúvidas de grande relevo a compreensão da possível inconstitucionalidade do RDD.

O princípio da humanidade do Direito Penal é consistente na proibição da aplicação de penas que venham a afetar a integridade física e moral do preso, não admite a aplicação de penas desumanas e degradantes, este princípio busca o impedimento da adoção de penas de morte e prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido afirma Bitencourt:

O princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados³³.

É com fundamento neste princípio que existe a obrigação do Estado em equipar sua infraestrutura prisional e oferecer recursos que possam proporcionar que o preso cumpra a pena imposta de forma que sua integridade física e moral não sejam afetadas e que a pena possa atingir seu caráter ressocializador.

O princípio da humanidade do direito penal se fundamenta também na Constituição Federal no art. 5º, XLIX, que assegura o direito a integridade física e moral do preso, também no inc. XLVII do mesmo artigo, que proíbe a aplicação de pena de morte, prisão perpétua, excesso de trabalho, banimento e a aplicação de penas cruéis. Todos esses impedimentos se fundam no princípio da humanidade.

Sobre a inconstitucionalidade do RDD frente ao princípio da humanidade do direito penal preleciona Bitencourt:

O Regime Disciplinar Diferenciado constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de violação do princípio de humanidade da pena, não passando de forma cruel e degradante de cumprimento de pena; representa, na verdade, autêntica vingança social, e tem o castigo como único objetivo, desprezando por completo a recuperação social, primado declarado da pena privativa de liberdade. Espera-se que os Tribunais Superiores, na primeira oportunidade que tiverem, reconheçam a inconstitucionalidade desse diploma legal³⁴.

³³ BETENCOURT, 2006, P. 21.

³⁴ Idem, p. 23.

Assim quando o Regime Disciplinar Diferenciado é comparado ao princípio da humanidade da pena, deverá ter em mente que o preso como ser humano goza de todos os direitos não atingidos pela sanção penal, garantindo desse modo a inviolabilidade da sua integridade física e moral frente ao poder punitivo do Estado.

Sem dúvidas quando aplicadas penas com esta magnitude acarretará consequências das mais variáveis possíveis, por caracterizar sanção criminal no sentido de punir a pessoa que pratica o crime e não a conduta praticada descrita como criminosa.

Neste sentido afirma Bitencourt:

[...] Na realidade, esse tipo de regime, que constitui verdadeira sanção criminal, promove a destruição moral, física e psicológica do preso, que, submetido a isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis³⁵.

É incontestável que a aplicação do RDD possa apresentar um problema social maior e mais complexo comparados com os verdadeiros motivos que incidiram para a sua criação.

Não obstante os princípios norteadores do direito penal e os princípios constitucionais que se baseiam na aplicação das Leis e sanções no ordenamento jurídico brasileiro que o RDD se mostrou divergente, este regime ainda encontra barreiras para o entendimento e aceitação da sua aplicação quando comparado aos tratados internacionais que o Brasil é signatário. Exemplo deste é o Pacto de São José da Costa Rica, tratado que será estudado adiante.

3.4 TRATADO INTERNACIONAL APLICÁVEL AO TEMA

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos também conhecida como (Pacto de São José da Costa Rica), entrou em vigor no Brasil em 6 de novembro de 1992. Instituiu que o Estado deve garantir que todos os direitos do homem devem ser respeitados e protegidos somente pelo fato da sua existência como ser humano.

Esta convenção trás no art. 5º, as garantias que são asseguradas a pessoa humana, como o direito a integridade física e psíquica, a proibição de penas desumanas e degradantes, que assim diz:

³⁵ Idem, p. 22.

Art. 5º. Direito a integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito de 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 da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, a ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos ao tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados³⁶.

O Pacto de São José da Costa Rica prevê que o preso provisório deverá permanecer em estabelecimento separado dos presos condenados, ou em local adequado a condições de pessoa não condenada, desse modo o RDD, ao instituir o preso provisório ao isolamento celular caracteriza-se como uma sanção contrária ao que prever a convenção de direitos humanos.

Atinge também o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Que aduz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse modo quando o RDD trás como hipótese a inclusão do preso provisório ao referido regime, esta possibilidade se mostra contrária ao princípio da presunção de inocência, assim sendo matéria inconstitucional e não podendo ser aplicada ao caso concreto.

Então se o preso provisório por Lei deveria aguardar julgamento em local adequado ao seu estado de presunção de inocência, incoerente é a implantação de uma pessoa até então considerada não culpada a um regime tão cruel e perverso.

Não obstante todos os princípios supracitados acima, o Regime Disciplinar Diferenciado ainda tem como hipótese de inclusão algumas previsões que não se amoldam ao princípio da ampla defesa e devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Que expõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim quando o RDD trás a possibilidade de incluir o preso em um regime mais rigoroso do que a própria pena de privativa de liberdade, com base em meras suspeitas de participação a qualquer título em organização ou associação criminosa, sem que haja o trânsito e julgado da sentença

³⁶ BRASIL, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

penal condenatória, claramente fica evidente mais uma incompatibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado frente ao texto da constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 10.972, de 1º de dezembro de 2003, que implantou o Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal foi promulgada com objetivo de desarticular o poder de organização das facções criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais, aplicando o isolamento celular aos possíveis líderes e todos que o comportamento exigir o tratamento diferenciado.

O Regime Disciplinar Diferenciado não atendeu as expectativas esperadas pela população, porque não houve a diminuição no índice de violência após a sua criação, 14 anos se passaram desde que este regime começou a ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro e o que se tem em vista foi o grande aumento dos crimes e a rotatividade dos líderes das facções criminosas. O RDD mais significou para a sociedade como o direito penal simbólico, na verdade esta Lei foi criada para atender uma pressão midiática.

É incompreensível como pode ser instituído no ordenamento jurídico brasileiro uma Lei que conflita com os princípios mais importantes da Constituição Federal e do Direito Processual Penal.

Diante de todos os argumentos apresentados, a conclusão que se tem é que o Regime Disciplinar Diferenciado é matéria Inconstitucional, mesmo que este regime seja legal por emanar de Lei constituída. Sendo que a aplicação do RDD afeta vários dispositivos legais.

Primordialmente, devemos entender que o isolamento celular caracteriza-se como um ato anti-humano, sendo que somos seres sociais, e por esse motivo quando colocados ao isolamento celular poderemos apresentar com o passar do tempo inúmeros distúrbios psicológicos.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade mecum. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Código de processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Vade mecum. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. . Vade mecum. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 20. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8. Ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Curso Completo de Direito Penal**. 9. Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2002.