

IMPRESSÕES SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD

DÉCIO SEIJI FUJITA¹

RESUMO

O Regime Disciplinar Diferenciado é um dos assuntos mais delicados que domina o cenário da Justiça brasileira em virtude dos acalorados debates entre o Ministério Público e as Defensorias, seja ela pública ou privada. Esse regime diferenciado de privação de liberdade num primeiro momento parece que resgatou a segurança social ao incluir nele os presos ditos “perigosíssimos para a sociedade”, mas, posteriormente, verificou-se que o referido regime acabou por não cumprir seu objetivo, uma vez que não ressocializa o preso na medida em que só traz piora psicológica em razão do confinamento e ainda não impediu os criminosos de comandar as ações criminosas de dentro da prisão. Tão grande é a severidade desse regime que para alguns doutrinadores chega a afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, já que submete o preso a tratamento até desumano e degradante. Ressalte-se que a Lei nº 10.792/2003 que introduziu no ordenamento jurídico este regime mais rigoroso permite a inclusão de presos provisórios, ou seja, aqueles que nem condenados definitivamente foram, parecendo existir inconstitucionalidade desta norma.

Palavras-chave: regime disciplinar diferenciado, regime severo, privação da liberdade, presos provisórios ou condenados, princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Penal e Tributário, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Bauru.

SUMÁRIO

1 – ORIGEM HISTÓRICA DO RDD.....	03
2 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DISCIPLINAR ESPECIAL - RDE	08
3 – O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A SANÇÃO PENAL.....	12
4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO SOB A ÓTICA DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA.....	13
5 – CONCLUSÃO.....	19
REFERÊNCIAS.....	21

1 – ORIGEM HISTÓRICA DO RDD

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma forma de segregação, originária de uma condenação definitiva ou mesmo decorrente de uma prisão cautelar, aplicada aos agentes infratores de elevado grau de periculosidade.

Trata-se de um regime, como o próprio nome diz, diferenciado, pois o preso sofre uma vigilância rigorosa, vale dizer, é tratado de uma forma mais enérgica pelo Estado em decorrência da sua personalidade perigosa.

Há quem diga, dentre eles Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, que surgiu na Grécia², mas com nomenclatura diversa da atribuída pelo ordenamento jurídico pátrio e, esse tratamento mais rigoroso pode ser encontrado, hoje, em alguns países como é o caso da prisão de Guantánamo em Cuba.

Aliás, esclareça que a prisão de Guantánamo em Cuba é Administrada pelos Estados Unidos da América, impondo aos detentos um regime super rígido, ou seja, é exemplo de prisão de segurança máxima levando a crer que adota o sistema da “tolerância zero”.

Nesse sentido, importante comentário de Leonardo Sica

(...) também, torna-se recorrente a alusão a práticas implementadas nos EUA, mais especialmente nos campos penitenciários e de polícia. No primeiro, ouve-se muito sobre as mega-penitenciárias de segurança máxima – as “Super-Max”, sobre privatização de presídios e sobre a adoção de regras rudes, quase selvagens, de disciplina carcerária (como bolas de ferro, pés acorrentados, isolamentos, etc.). Esse é o pacote que império nos oferece no momento: segurança máxima, privatização e endurecimento carcerário (como se a prisão, em si, já não fosse uma sanção dura)³

No Brasil o chamado RDD surgiu em virtude do recrudescimento do crime organizado, cujo foco mais intenso encontra-se no Estado do Rio de Janeiro e São Paulo, onde

² Artigo disponível na internet: <http://www.bu.ufsc.br/artigos.html>

³ Boletim lbccrim, ano 11, nº 126, maio, 2003.

existem as organizações criminosas denominadas Comando Vermelho (“CV”) e Primeiro Comando da Capital (“PCC”), respectivamente.

Nesse sentido ilustra o nobre 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 nº 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. É claro que tão logo foi editada a Resolução nº 26 a arguição de inconstitucionalidade foi premente. Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta grave a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la. Porém, chamado a intervir, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, ao argumento de que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislarem sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88). Sabe-se, por isso, que o Regime Disciplinar Diferenciado vem sendo regularmente aplicado aos detentos de São Paulo que se enquadrem na Resolução, embora, reconheça-se, a matéria bem que poderia ter sido regulamentada pela Assembleia Legislativa daquele Estado, desde que não se tratasse de acrescentar nova forma de falta grave, pois, como se sabe, haveria necessidade de alterar o art. 50 da LEP⁴

Ainda, conforme a irreparável lição do jurista e magistrado VLAMIR COSTA MAGALHÃES,

(...) em fase mais recente, já vinham sendo discutidas propostas de implantação de medidas nesse sentido até que, em 15 de março de 2003, a sociedade foi surpreendida com o trágico homicídio que vitimou o então Juiz-Corregedor da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente/SP, Dr. Antônio José Machado Dias, vindo posteriormente a se descobrir ter sido esta mais uma obra de uma facção

⁴ Adeildo Nunes, O regime disciplinar na prisão. Disponível na Internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 28-07-2003.

criminosa insatisfeita com a atuação honesta e exemplar do referido magistrado no trato de presos de reconhecida periculosidade⁵

No tocante a Resolução nº 26, de 04 de maio de 2001, da Secretaria de Assuntos Penitenciários, que instituiu no Estado de São Paulo o Regime Disciplinar Diferenciado, cumpre salientar que, muito embora à época declarada constitucional pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, havia também entendimento de que tal resolução era ilegal em razão de afrontar a própria Lei de Execução Penal.

Adota esse entendimento o desembargador aposentado Alberto da Silva Franco quando afirma que

(...) é óbvio que a autoridade administrativa estadual, na área penitenciária, não teria condições legais de criar novas sanções disciplinares, o que a levou a utilizar-se de um estratagema malicioso e eticamente reprovável. Tanto a afirmação inicial de que a Resolução SAP-026/01 é baixada em conformidade com a Lei de Execução Penal, especialmente o artigo 53, IV, quanto a leitura do inciso II do art. 5º da Resolução dão pistas de que a sanção própria do regime disciplinar diferenciado é a do isolamento na própria cela. Ora, se essa é a sanção disciplinar, é fora de dúvida que não poderia fugir ao regramento estatuído na Lei de Execução Penal, máxime no que se refere ao prazo de permanência que não poderia exceder a trinta dias (art. 58 da LEP). Formular, através de mera resolução administrativa, uma categoria diversa de isolamento celular – e, por sinal, bem mais gravosa do que consta no art. 53 da LEP – constitui uma invasão da área de competência do legislador federal e afronta, com clareza solar, a Lei de Execução Penal⁶

E arremata

(...) ora, a Resolução SAP-026/01 não interfere diretamente em regras de coexistência no interior da estrutura penitenciária; institui, em verdade, uma nova formatação do isolamento em cela, de modo a convertê-lo em mais uma etapa de cumprimento de pena privativa de liberdade: o regime fechadíssimo. É óbvio que, para tanto, falece competência ao secretário de Administração Penitenciária, pois não está nos limites de seu poder administrativo alterar o modo ou a forma de cumprimento da pena, nem criar fases especiais de regime prisional. Sob esse

⁵ MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

⁶ Boletim Ibccrim, ano 11, nº 123, fevereiro, 2003.

ângulo, a Resolução SAP 026/01 atrita flagrantemente com o princípio constitucional da legalidade e com as regras legais da execução penal⁷

Sobre a ilegalidade, importante mencionar o comentário das nobres Doutoras Beatriz Rizzo, Carmen Silvia de Moraes Barros e Inês Tomaz

(...) de inquestionável ilegalidade, da Resolução só se extrai que a emergência é, de fato, um perigo, porque armadilha tentadora. A Resolução ignora princípios básicos da democracia e, ao extrapolar os limites normativos das autoridades, dá vida, por ato de secretário de Estado, a um novo regime prisional. Viola entre outros, os incs. II e XXXIX do artigo 5º e o art. 37, caput, da Constituição⁸.

Registre-se que o Regime Disciplinar Diferenciado foi instituído pela Medida Provisória nº 28, de 04 de fevereiro de 2002, mas vigorou por curto espaço de tempo em nosso ordenamento jurídico, pois o Congresso Nacional não converteu a referida Medida Provisória em lei.

Posteriormente foi editada a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, dando nova redação ao artigo 52 da Lei de Execução Penal, instituindo o denominado Regime Disciplinar Diferenciado que na observação certa de Fernando Capez

(...) o art. 52 da LEP, com a nova redação determinada pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, estabeleceu o chamado regime disciplinar diferenciado, para o condenado definitivo ou provisório que cometerem crime doloso capaz de ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas. Tal regime consistirá no recolhimento em cela individual; visitas de duas pessoas, no máximo (sem contar as crianças), por duas horas semanais; e duas horas de banho de sol por dia, pelo prazo máximo de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. Aplica-se também esse regime ao condenado ou preso provisório, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou, ainda, sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento com

⁷ Boletim Ibccrim, ano 11, nº 123, fevereiro, 2003.

⁸ Boletim Ibccrim, ano 11, nº 123, fevereiro, 2003.

organizações criminosas, quadrilha ou bando (cf. LEP, art. 52, §§ 1º e 2º, com a redação determinada pela Lei n. 10.792/03)⁹

⁹ CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*, 8ª edição, vol. 1, ed. Saraiva, São Paulo, 2005, pág.357-358.

2 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DISCIPLINAR ESPECIAL - RDE

Antes do surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado criado pela Lei Federal, já existia no Estado de São Paulo, especificamente em Hortolândia, o Regime Disciplinar Especial (“RDE”), instituído pela Resolução SAP-59, de 19 de agosto de 2002, cujo artigo 2º asseverava

(...) o RDE destina-se a presos provisórios e condenados da região de Campinas, cuja conduta, no convívio carcerário, esteja subsumida em uma ou mais das seguintes hipóteses: I – Incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; II – Tentativa de fuga; III – Participação em facções criminosas; IV – Posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa; V – Prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento

A princípio a internação deveria ser feita em regime de ocupação inicial, sendo que o tempo máximo de internação era de 360 (trezentos e sessenta dias), nos termos do artigo 5º da Resolução em comento, havendo a possibilidade de remição de no máximo 51 (cinquenta e um) dias, reduzindo a permanência no “RDE” para 309 (trezentos e nove) dias.

A Resolução definia acerca dos direitos e garantias que serão mantidos, bem como aqueles que serão suspensos ou restringidos. Aduz o artigo 6º

“Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observados as seguintes regras: I – Conhecimento dos Motivos de inclusão no RDE; II – Cela coletiva de 8 pessoas; III – Saída da cela para banho diário de 1 hora de sol; IV – Duração de 3 horas semanais para o período de visitas, fixado em um ou outro dia da semana, conforme a divisão dos raios da unidade prisional; V – Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, leitura, rádio e televisão; VI – Proibição de visita íntima; VII – Entrega de alimentos industrializados, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas; VIII – Remição do RDE, à razão de 1 dia descontado por 6 dias normais, sem falta disciplinar, com a possibilidade de serem

remidos, no máximo, 51 dias, e cumpridos 309 dias de regime; IX – A ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo anteriormente remido

Saliente-se que o “RDE” era uma sanção, consoante dispõe o artigo 7º “O cumprimento do RDE exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar nova inclusão ou desprestigiar o mérito do sentenciado, salvo, neste último caso, a má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum”.

No entender de José de Jesus Filho

“a criação do RDE faz parte de um processo intencional direcionado a manter distante da execução penal o promotor, o defensor e o juiz. Como indicam as seguintes medidas: a) criação do RDD por meio de resolução (SAP-26), depois convertida na Lei nº 10.792/2003, quando se restaurou a competência do juiz da execução, ou melhor, proibiu-se a inclusão no RDD sem decisão judicial e sem prévia manifestação do promotor e da defesa; b) redução dos critérios subjetivos de avaliação para a progressão do regime ao boletim informativo produzido pela direção do estabelecimento, com o fim do parecer da Comissão Técnica de Classificação, ou, dito de outra forma, mesmo onde compete ao juiz da execução julgar, sua decisão estará sempre a depender de informações enviadas exclusivamente pela Administração; c) manutenção de alguns presos em constante trânsito dentro do sistema, conseqüentemente tais presos não se fixam em uma comarca e não podem ter sua execução fiscalizada pelo Ministério Público e determinado o juiz competente para julgar a sua execução. A constante transferência tem sido utilizada como um meio sutil e perverso de punição. Muitos presos são transferidos quando estão prestes a atingir o lapso temporal para pedido de benefícios; d) falta de legislação local complementar à lei de execução penal, deixando o sistema penitenciário paulista à mercê de atos administrativos, que não seguem processo legislativo para sua produção e frequentemente carecem de sistematicidade¹⁰.

E conclui

a relação dos presos com o Estado caminha para uma regulamentação feita por meio de atos da Administração, em vez de normas gerais e abstratas (leis), temos regras específicas e concretas, editadas para solucionar problemas imediatos, à margem de qualquer controle legal e constitucional, como ocorre no procedimento legislativo.

¹⁰ Boletim Ibccrim, ano 13, nº 157, dezembro, 2005.

Os princípios e garantias, tais como da legalidade, reserva legal, taxatividade, devido processo legal e jurisdicionalidade, foram mandados às favas¹¹.

Esclareça-se que a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado (Resolução SAP-26/01), até o advento da Lei nº 10.792/2003, constituía a punição extralegal mais severa que dispunha a Administração Penitenciária contra os presos mais indisciplinados. Todavia, desde que essa internação passou a ser regulada por lei e submetida ao crivo do juiz, a Administração perdeu parte de seu interesse por ela, pois disposta a manter a execução penal afastada do rigor da lei e do controle pelo poder judiciário, passou a Administração a enviar os presos ao Regime Disciplinar Especial.

Ressalve-se que nem mesmo a Resolução SAP-59/02 vinha sendo cumprida em razão das inúmeras irregularidades praticadas na inclusão de presos nesse regime.

Evidenciava-se o caráter punitivo da internação no Regime Disciplinar Especial pelas indicações feitas no conjunto do texto, as quais identificam o “RDE” como sanção nos já citados artigos 2º e 6º, *caput* e inciso VIII.

As cinco hipóteses de inclusão no Regime Disciplinar Especial, previstas nos incisos do artigo 2º, da Resolução SAP-59/02, excetuando o último inciso, procurava punir o preso pelo mero perigo que ele vinha a oferecer, sendo o diretor quem diria se o preso realmente praticou algumas das condutas, o que nos parece ser absurdo.

Assim, pode-se dizer que quando a Administração não vislumbrava a possibilidade de enviar um preso para o Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que pode ser negada pela Justiça a internação, enviava para o regime alternativo também severo (Regime Disciplinar Especial), afastando-o da apreciação judicial.

O inciso V, do artigo 2º, da referida Resolução, apesar de exigir, para a inclusão, que exista prática de crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento, deixa uma indagação do que poderia perturbar a ordem do estabelecimento, pois é uma expressão muito aberta e de vaga compreensão.

¹¹ Boletim Ibccrim, idem.

Desse modo, é preclaro que essa resolução afrontava o princípio da taxatividade, ao descrever condutas imprecisas e indeterminadas.

Por fim, dentre as regras previstas no artigo 6º, o seu inciso VI proibia a visita íntima, o que caminha contra a dignidade humana, pois o contato íntimo constitui uma necessidade básica de qualquer pessoa adulta.

3 – O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A SANÇÃO PENAL

A sanção penal tem como espécies a pena e a medida de segurança, sendo aquela uma sanção de caráter aflagrante imposto ao condenado pelo Estado em execução de uma sentença e esta uma medida imposta ao inimputável ou ao semi-imputável, consistente na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, cujo objetivo é terapêutico.

Como regra, ressalvada a recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em 17/02/2016 (HC 126.292), somente é imposta a segregação do agente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em obediência ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, admitindo-se, como exceção a prisão cautelar (Súmula 9, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça).

O Regime Disciplinar Diferenciado também pode ser aplicado aos presos provisórios ou definitivos, consoante determina o artigo 52 da Lei de Execução Penal, *“a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”*¹².

Dessume-se, portanto, que o Regime Disciplinar Diferenciado, como modalidade de sanção disciplinar, deve obedecer aos princípios da legalidade e anterioridade (artigo 1º, do Código Penal, e artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal), da personalidade (artigo 5º, XLV, da Constituição Federal), da individualidade (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal), da inderrogabilidade, da proporcionalidade (artigo 5º XLVI e XLVII, da Constituição Federal) e da humanidade (artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal).

¹² Redação em conformidade com a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

4 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO SOB A ÓTICA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Em que pese à plena vigência da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o qual introduziu no ordenamento jurídico pátrio o Regime Disciplinar Diferenciado, a 1ª Câmara do Primeiro Grupo da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em voto do Relator Desembargador Borges Pereira, no julgamento do “Habeas Corpus” nº 978.305.3/0-00, julgou inconstitucional o referido regime e, pela importância do tema teceremos comentários detalhados sobre o voto.

De início, cumpre relatar os fatos que levaram a impetração do remédio constitucional que passamos a expor:

O “HC” foi impetrado por MARIA CRISTINA DE SOUZA RACHADO, tendo como paciente MARCOS WILLIANS HERBAS CAMACHO, conhecido como Marcola.

A então Advogada Dra. MARIA CRISTINA DE SOUZA RACHADO impetrou o “habeas corpus”, com pedido liminar em benefício do paciente MARCOS WILLIANS HERBAS CAMACHO, indicando como autoridade coatora o Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito Corregedor da Vara das Execuções Criminais da Capital, nos autos do pedido de desinternação em regime disciplinar diferenciado, cujo processo foi atribuído o nº C-127/2006, que determinou a internação cautelar do paciente pelo prazo de 90 (noventa) dias, em regime disciplinar diferenciado - RDD – e contra ato do Meritíssimo Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital.

Asseverou a impetrante, em resumo, que o paciente estava sofrendo constrangimento ilegal consistente no acolhimento de representação formulada pela autoridade administrativa e pelo Meritíssimo Juiz de Direito Corregedor da Vara das Execuções Criminais de São Paulo, que determinou a internação cautelar do paciente pelo prazo de 90 (noventa) dias.

Salientou que, enquanto o Juízo de Direito Corregedor da Vara de Execuções Criminais determinava a internação cautelar pelo prazo de 90 (noventa) dias, o *Parquet*

também adotava o mesmo posicionamento peticionando ao Juízo da Vara de Execuções Criminais, que também determinou a internação cautelar sobre as mesmas alegações.

Entendia que o paciente foi apenado com duas internações cautelares pelo mesmo fato, o que reputava totalmente ilegal.

Afirmava que as decisões judiciais que determinaram a internação cautelar do paciente em Regime Disciplinar Diferenciado, não demonstram cabalmente o necessário “*fumus boni jûris*” ou a verossimilhança das alegações dos Órgãos Representantes, levando a conclusão de que restava configurado como verdadeiro ato coator, vício este sanável pelo presente “HC”.

Propugnava que o ato judicial atacado pecava por ilegalidade e abuso, posto que a decisão fora dada sem qualquer manifestação do órgão do Ministério Público ou da Defesa.

Atacava as notícias juntadas aos autos, afirmando que as mesmas não possuíam qualquer valor probante, já que a imposição de qualquer restrição de direitos ao paciente, mesmo que de forma cautelar, por imputar-se a ele a autoria intelectual de tais atos criminosos, constituía verdadeiro arripio aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, representando inafastável abuso de autoridade.

Ainda, afirmava que o paciente sofria constrangimento ilegal externado pela sua inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado sem a comprovação de prática de delito ou falta grave, sendo necessária a concessão do remédio heroico para garantir ao paciente sua permanência em estabelecimento penal destituído de regime mais gravoso.

Terminava por pleitear liminarmente, a transferência do paciente para outro presídio da sede estatal, destituído do gravoso e temido Regime Disciplinar Diferenciado.

Consta que a liminar foi indeferida, sendo que o órgão do Ministério Público oficiante no Tribunal, opinou pelo não conhecimento da ordem ou, se conhecida, propugnava pela sua denegação.

De modo contrário ao parecer do Ministério Público, entendeu o Relator Desembargador Borges Pereira em conhecer a ordem afirmando:

1. Ao contrário do que argumenta o lúcido parecer do D. representante da Procuradoria Geral de Justiça, a ordem deve ser concedida.

Com efeito, toda afronta aos Direitos Individuais dos cidadãos brasileiros, independentemente de raça, credo, condição financeira etc, desde que cause constrangimento ilegal, é, e sempre deverá ser passível de “habeas corpus”.

É de se observar, inclusive, que a impetrante questiona não só a ilegalidade RDD, como também pleiteia a transferência do detento para outro presídio da rede Estatal.

2. No que pertine ao mérito do pedido, razão assiste à impetrante.

É de se observar inicialmente não se poder deixar de considerar o grave momento vivido pelas instituições públicas, fruto de dezenas de anos de descaso para com as causas sociais, originando o nascimento de verdadeiro Estado Paralelo, que a medida ora questionada visa enfrentar.

Segundo consta dos autos, em 17 de maio de 2006, o Secretário da Administração Penitenciária de São Paulo representou pela internação cautelar do paciente em regime disciplinar diferenciado diante da necessidade e urgência da medida.

De acordo com a representação do Secretário, o paciente teria proferido ameaças contra ele e contra o Governador de São Paulo, desafiou as Autoridades Policiais e, juntamente com outros integrantes da facção criminosa, comandou os ataques e rebeliões ocorridas nos dias 13, 14 e 15 de maio na cidade de São Paulo constando, ainda, que o paciente se mantém líder da facção ameaçando e reprimindo a população prisional.

Segundo a d. autoridade apontada como coatora, o Secretário também representou pela posterior internação definitiva pelo prazo máximo previsto em lei e foi instaurada sindicância pela Secretaria para apurar os fatos, a qual será remetida ao Juízo quando concluída, sendo certo que também se aguardam as informações das Autoridades Policiais acerca dos fatos imputados ao ora paciente.

Ainda de acordo com as informações prestadas pela d. autoridade inquinada de coatora, em 18 de maio de 2006 foi deferida pelo Juízo, pelo prazo de noventa dias, a internação cautelar do ora paciente, nos termos do artigo 60 da lei de Execuções Penais.

Trata-se, no entanto, de medida inconstitucional, como se sustenta a seguir:

O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor.

A questão já foi abordada por está 1ª Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Na ocasião, como muito bem asseverou o E. Des. Marco Nahum, no Habeas Corpus nº 893.915-3/5-00 - São Paulo (v.u), "o referido "regime disciplinar diferenciado"

determina que o preso seja recolhido em cela individual, com saídas diárias de 02 horas para banho de sol, o que significa dizer que a pessoa fica isolada por 22 horas ao dia. Sua duração é de um ano, sem prejuízo de que nova sanção seja aplicada em virtude de outra falta grave, podendo o prazo de isolamento se estender até 1/6 da pena. Ainda é proibido ao preso que ouça, veja, ou leia qualquer meio de comunicação, o que significa dizer que não recebe jornais, ou revistas, assim como não assiste televisão, e não ouve rádio. Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento, para adotar "medidas estigmatizantes e inocuidadoras" próprias do "Direito Penal do Inimigo", o referido "regime disciplinar diferenciado" ofende inúmeros preceitos constitucionais".

E continua o insigne Magistrado, "trata-se de uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF), cruel (art. 5º, XLVII, da CF), o que faz ofender a dignidade humana (art. 1º, III, da CF). Por fim note-se que o Estado Democrático é aquele que procura um equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do homem. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a consequente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao Estado Democrático"

E não é só.

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

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

É evidente a inconstitucionalidade da lei, que instituiu o referido RDD, impondo-se o reconhecimento da ilegalidade da medida adotada contra o paciente, e a concessão do "writ", a fim de que o reeducando seja imediatamente removido do "regime disciplinar diferenciado" a que foi transferido.

A pena do reeducando está sendo executada além dos limites permitidos por lei. Há um desvio ou excesso de execução, uma vez que além de extrapolar o que foi fixado na sentença condenatória, ofende os princípios acima referidos, em especial o respeito à dignidade humana. Este desvio ou excesso de execução, previsto no artigo 185 e seguintes da Lei de Execução Penal, pode e deve ser sanado por meio de

"habeas corpus", por força do artigo 647 do CPP, uma vez que se constitui em constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

Comunique-se, incontinenti, a Vara das Execuções da Comarca em que se localiza o presídio para onde o paciente foi transferido a fim de cumprir o "RDD".

Pelo exposto, concederam a ordem com o fim de determinar a imediata remoção do paciente do "regime disciplinar diferenciado", com recomendação.

Citou, repise-se, em seu voto, a decisão da 1ª Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo proferida pelo Desembargador Marco Nahum, no "Habeas Corpus" nº 893.915-3/5, oriundo de São Paulo, que também entendia que o Regime Disciplinar Diferenciado ofendia vários princípios constitucionais dentre eles os previstos no artigo 5º, incisos, III, XLVII, da Constituição Federal, assim como o artigo 1º, inciso III, do mesmo Texto Constitucional.

Nessa mesma esteira de raciocínio Roberto Delmanto assevera que *“com isso, violou-se, a um só tempo, a Constituição da República, que dispõe, em cláusulas pétreas, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” art. 5º, III) e que “não haverá penas...cruéis” (art. 5º, XLVII, e)”*¹³

Ainda na esteira da inconstitucionalidade do “RDD”, importante observação de Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich

(...) muito embora tenhamos como clara a inconstitucionalidade da lei, visto que a manutenção de pessoa em isolamento por até 360 dias não pode receber outra denominação senão a de pena cruel, vedada pela Carta Constitucional (art. 5º, inc. XLVII, CR), tememos que nossos tribunais, a começar pelas Cortes Superiores (STF e STJ), inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de controle de constitucionalidade e, por consequência, acolham a barbárie posta em lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento.¹⁴

Em outra ótica, Carlos Alberto Isa tece importante comentário sobre a inconstitucionalidade material da Lei nº 10.792/03 que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, quando assevera

¹³ Boletim lbccrim, ano 11, nº 134, janeiro, 2004.

¹⁴ Boletim lbccrim, ano 11, nº 134, janeiro, 2004.

(...) tem-se que num Estado submetido ao Direito, o poder encontra seu limite na lei. Obedece-se, portanto, ao princípio da legalidade. A esta medida, o artigo 52 da Lei nº 10.792 seria consentâneo à Constituição, notadamente artigo 5º XXXIX, porque satisfaz o princípio constitucional, certo? Errado! A caracterização do Estado de Direito transcende em muito a mera positividade da conduta proibida. Apesar de haver sido submetido a regular processo constitucional legislativo, o citado artigo laconiza a proibição e, assim, esvazia por completo a garantia constitucional da legalidade penal, razão pela qual, sob nossa ótica, apresenta-se materialmente inconstitucional¹⁵

Aduz ainda Aline Seabra Toschi

(...) quanto à violação das normas e princípios constitucionais, vê-se que o Regime Disciplinar Diferenciado não é válido, e, por isso não deve ser incluído no ordenamento jurídico penal, por ser antinômico. Assim, havendo incompatibilidade entre uma norma constitucional e regra infraconstitucional, deve prevalecer a primeira, por ser superior e, também, em função do seu conteúdo que serve como paradigma para a elaboração das leis ordinárias. A incompatibilidade, então, deixará de existir com a queda da regra que é inconstitucional¹⁶

Diante do exposto, nos parece que este regime mais severo, realmente viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois impõe uma segregação mais rigorosa que não justifica sua finalidade, qual seja, a ressocialização do preso.

Por fim, oportuno ressaltar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizou em 17/10/2008 a ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4162) em face da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Presidente da República em razão de entender que o regime disciplinar diferenciado introduzido pela Lei nº 10.792/2003 é inconstitucional.

A ação direta de inconstitucionalidade ainda não foi julgada, entretanto, o então Advogado Geral da União José Antonio Dias Toffoli, bem como a Procuradoria Geral da República por seu então Procurador Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos proferiu parecer no sentido da improcedência do pedido.

¹⁵ Boletim Ibccrim, ano 12, nº 141, agosto, 2004.

¹⁶ Boletim Ibccrim, ano 11, nº 129, agosto, 2003.

5 - CONCLUSÃO

Analisados alguns aspectos do Regime Disciplinar Diferenciado, verificamos o tamanho da complexidade do sistema, uma vez que tal regime implica na privação de liberdade mais severa tanto de presos definitivos como provisórios.

O Regime Disciplinar Diferenciado é um sistema que visa “punir” de forma mais rigorosa os presos, sejam eles presos provisórios ou definitivos (condenados), cujos comportamentos fogem da normalidade, ou seja, comportamentos que são considerados pela lei como capazes de agredir a sociedade de uma forma mais assustadora e avassaladora.

Todavia, essa forma de imposição de “punição”, acaba por violar vários dispositivos constitucionais, dentre eles o princípio da legalidade material, da dignidade da pessoa humana, da vedação da imposição de penas cruéis, etc, o que acaba tornando-o inconstitucional.

Aliás, consoante o exposto, já foi declarado inconstitucional pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme voto muito bem fundamentado do Relator Desembargador Borges Pereira, em julgamento do “HC” nº 978.305.3/0-00, muito embora sabe-se que discorda o Ministério Público.

Nessa esteira de raciocínio, concordamos com a arguição de inconstitucionalidade, da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que introduziu o discutível Regime Disciplinar Diferenciado, já que além de violar princípios e garantias constitucionais, ainda padece de inocuidade no seu cumprimento, pois, pelos estudos já realizados, vê-se que o isolamento do preso de nada adianta.

Não surte efeitos, pois, primeiro, não ressocializa o preso na medida em que só traz piora psicológica decorrente do confinamento e, segundo, porque a imposição desse regime não o impede de comandar as ações criminosas, conforme informações obtidas pela mídia no que refere ao traficante Fernadinho Beira-Mar, que mesmo preso, comandava o tráfico de entorpecentes.

Portanto, em que pese à discordância da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União, tecnicamente há tendência de acompanharmos o entendimento de que deve a Suprema Corte, seja por controle concentrado, seja por controle difuso, declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/03 que introduziu no ordenamento jurídico o Regime Disciplinar Diferenciado em razão da patente violação de direitos fundamentais do indivíduo, ou que o legislador repense e edite outra lei no sentido de minorar os aspectos cruéis e degradantes do referido regime.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*. 9ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21ª edição. vol 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 8ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito penal: parte especial*. 14ª edição. vol. 2. São Paulo: ed. Saraiva, 2014.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral*. 3ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

ESTEFAM, André; GONÇAVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*. 4ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade – direito e ciência afins*. 3ª edição. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal parte geral – sinopses jurídicas*. 21ª ed. vol. 7. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

HOUAISS, Antônio. *Mini Houaiss Dicionário da língua portuguesa*. 4ª edição. São Paulo: ed. Moderna, 2011.

JESUS, Damásio de. *Direito penal – parte geral*. 36ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*, 4ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de; SMANIO Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Comentários à Lei de Execução Penal*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15ª edição. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2015.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2011.