

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Aluno: Joana D'arc Fernandes Teixeira*

Orientador: Galvão Rabelo**

SUMÁRIO: Introdução. 1. A história da prisão. 2. O sistema de disciplina na Lei de Execução Penal. 3. O Regime Disciplinar Diferenciado. 4. Procedimento de aplicação do RDD. 5. Regime Disciplinar Diferenciado: uma abordagem crítica. 5.1. Princípio da humanidade do Direito Penal. 5.2. Princípio do Direito Penal do Fato. 5.3. Princípio da legalidade (princípio da taxatividade). 5.4. Princípio da proibição da dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*). 5.5. Princípio da culpabilidade. 5.6. Princípio da presunção de inocência. 5.7. Problemas referentes à legitimidade para deflagrar o procedimento de inclusão em RDD. Conclusão. Referências Bibliográficas. Anexos.

RESUMO

A Constituição do Brasil veda as penas cruéis, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tem como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. O objetivo principal deste artigo é analisar os aspectos relevantes acerca do regime disciplinar diferenciado no sistema prisional brasileiro. Demonstrar a violação do referido regime face aos princípios constitucionais. Diversas razões incentivaram esta pesquisa sendo um tema de suma importância para os operadores do direito e para a sociedade em geral sendo esta, a destinatária final da tutela jurisdicional do Estado. Uma análise, do regime disciplinar diferenciado e do princípio da dignidade humana e, até que ponto esta vem sendo respeitada nos interiores dos estabelecimentos prisionais. Critica-se a imposição deste regime pela definição de faltas graves, de termos vagos e genéricos, permitindo aos agentes administrativos a minimização dos direitos dos apenados. Desnecessário inchar o ordenamento jurídico de leis, se o poder público é omissivo na busca da solução dos problemas sociais, não investindo em segurança, educação, saneamento, moradia. São estes fenômenos sociais os causadores do crescimento assustador da criminalidade, da violência urbana. Medidas drásticas e imediatistas não resolvem, ao contrário, incitam cada vez mais a violência.

PALAVRAS-CHAVE: Disciplina. Regime disciplinar diferenciado. Isolamento. Tratamento desumano. (in)constitucionalidade.

* Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos (FAPAC) - Ubá; E-mail: jojoift@hotmail.com.

** Professor graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

INTRODUÇÃO

O Brasil sofre com um mal social: o crescimento assustador da criminalidade, da violência urbana. As políticas sociais não conseguem combater a desigualdade social que assola o país. De um lado, tem-se a sociedade abastada e, do outro, a grande maioria, as vítimas do desemprego, sem acesso à educação e à informação, sem perspectiva de uma vida melhor. Esses fatores contribuem para o aumento da criminalidade e da violência. A sociedade encontra-se cada vez mais atemorizada e insegura. O Estado não apresenta políticas eficientes no que diz respeito à segurança. Promovem medidas imediatistas para “acalmar” a sociedade. O sistema prisional está falido. As casas de custódia estão abarrotadas de presos, não alcançando o efetivo papel da pena. Os presídios tornaram-se um depósito de nitroglicerina humana, sempre prontos a explodir. Os indivíduos que lá se encontram longe de qualquer proteção à sua dignidade, ao invés de reeducados para a volta à sociedade, nutrem uma fúria quase selvagem nestes abrigos controlados pelas facções criminosas.

O poder das facções criminosas dentro dos presídios, as rebeliões prisionais no Estado de São Paulo, principalmente a megarrebelião no presídio de Taubaté, fizeram com que fossem tomadas medidas administrativas para assegurar a disciplina e a ordem no sistema prisional. Tais medidas foram o germen do regime disciplinar diferenciado, inserido na Lei de Execução Penal (LEP) em 2003, pela Lei nº 10.792.

O Regime Disciplinar Diferenciado – RDD é uma sanção disciplinar aplicada aos presos condenados e provisórios nos casos especificados na Lei de Execução Penal. Trata-se da mais drástica sanção disciplinar, originando-se de uma necessidade de resposta do Poder Público ao clamor da sociedade.

Por outro lado, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 é alicerçada por princípios limitadores do poder sancionador do Estado. É voltada à proteção da dignidade humana, dispondo que não haverá penas cruéis e assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral. Será esta proteção voltada apenas para os “bons”, para aqueles que não transgridem as leis?

Ao contrastar a severidade do regime disciplinar diferenciado, que impõe ao preso isolamento total durante vinte e duas horas por dia, com os princípios constitucionais limitadores do poder sancionador do Estado, questiona-se: o regime disciplinar diferenciado está conforme às normas constitucionais?

Nelson Mandela, que conheceu de perto a prisão, assegura: “costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma Nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim, como trata seus cidadãos mais baixos”.

Objetiva-se, portanto, cotejar o regime disciplinar diferenciado com as normas constitucionais balizadoras do poder punitivo do Estado. O trabalho se justifica na medida em que contribui para a efetividade das normas constitucionais e a manutenção da supremacia constitucional.

1. A HISTÓRIA DA PRISÃO

A história da pena é mais repugnante que a própria história dos delitos. O delito constitui, em regra, num ato violento e impulsivo; a pena é um ato violento, mas premeditado, preparado.¹

A antiguidade desconhecia o cerceamento da liberdade como pena. A prisão tinha como finalidade a custódia e a tortura do acusado até a sentença e a execução da pena que era a morte e os abomináveis castigos corporais.² Essa situação perdurou até o século XIX, aproximadamente. Durante todo esse período, a prisão tinha por finalidade assegurar o julgamento do réu, isto é, possuía natureza cautelar.

No tocante ao Direito Penal, do início da humanidade até o final do século XVIII vigeu o chamado “direito penal do terror”. Cristo foi preso, torturado e crucificado (pena de morte). Esse período da história da humanidade foi bem definida pelo filósofo francês Michel Foucault como a “fase do suplício”.³

No século XVIII que surgem as correntes iluministas e humanitárias criticando os excessos contidos na legislação penal, uma vez que a mesma deixava ao arbítrio do juiz o julgamento dos homens de acordo com as condições sociais. Defendiam que a pena deveria ser proporcional ao delito cometido, considerando-se as circunstâncias

¹ LOPES JR., 2009, p. 1

² LOPES JR., 2009, p 1.

³ FOUCAULT, 1999, p. 31.

peçoais do delinqente, o grau de malícia, além de ser eficaz sobre o espírito do homem, sem ser cruel ao seu corpo.⁴

Em 1764, Beccaria, em sua conhecida obra “Dos delitos e das penas”, combateu as penas cruéis, sugerindo a prisão como forma de punição. Ao invés de tirar a vida do condenado, que retirassem a sua liberdade, para que por detrás das grades, refletisse sobre o crime que cometeu.⁵

Em 1789, as ideias de Beccaria são difundidas e os revolucionários franceses adotaram um novo modelo punitivo e pregaram para o mundo o fim das penas cruéis.

No Brasil, com a Proclamação da República (1889), entrou em vigor o Código Penal (1890) que aboliu a pena de morte e instalou o regime penitenciário de caráter correcional. Em 1940 surge um novo Código Penal. A Lei de Execução Penal (LEP) surge em 1984 como forma de solução para o problema do cumprimento da pena e ressocialização do apenado. Em 1988, surge a Constituição Federal, dispondo sobre direitos e garantias do homem.

Hoje, grande parte da doutrina penalista nacional e internacional reconhece que são três as finalidades da pena: repressão à ação delituosa, prevenção à criminalidade e recuperação do delinqente.

2. O SISTEMA DE DISCIPLINA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O art. 39 da Lei de Execução Penal (LEP) dispõe sobre os deveres do condenado, nos seguintes termos:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I- comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II- obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III- urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV- conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V- execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI- submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII- indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII- indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho

⁴ BITENCOURT, 1993, p. 17.

⁵ BECCARIA, 2002, p. 12.

IX- higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X- conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber o disposto neste artigo.

O art. 44 da LEP, por seu turno, dispõe sobre a disciplina, conceituando-a como “a colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”.

Segundo Álvaro Mayrink da Costa,

O problema básico de uma prisão – além e acima de todos os outros – é o da disciplina. Aí é que se encontram as maiores dificuldades, e as diretrizes em matéria de disciplina determinam o caráter da administração presidiária. Fixando-lhe o tom, o modo, criando-lhe a atmosfera própria e dando à instituição o seu moral. O ataque ao problema da disciplina, contudo, deve consistir não apenas em transformações nos regulamentos penitenciários, mas também na eliminação (ou exclusão) dos elementos que, dentro da população geral da prisão, constituem os principais problemas disciplinares. [...]⁶

O desrespeito à disciplina irá caracterizar as faltas disciplinares. A Lei de Execução Penal classifica as faltas disciplinares em leves, médias e graves. As duas primeiras espécies ficam aos cuidados do legislador local; já as faltas graves são definidas na Lei de Execução Penal em rol taxativo – sua ampliação ofende o princípio da legalidade.⁷

As faltas graves estão listadas no art. 50 da LEP, nos seguintes termos:

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 externo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se no que couber, ao preso provisório.

A prática de falta disciplinar sujeita o custodiado à sanção disciplinar. Dessa forma, o detento que efetivamente cometer uma falta verificada no procedimento administrativo disciplinar e através de uma decisão fundamentada do Conselho

⁶ COSTA *apud* NUNES, 2012, p. 8.

⁷ NUNES, 2012, p. 8.

Disciplinar, ser-lhe-á aplicada uma sanção administrativa elencada na Lei de Execução Penal.

Conforme dispõe o art. 53 da Lei de Execução Penal:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I- advertência verbal;

II- repreensão;

III- suspensão ou restrição de direitos;

IV- isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 88 desta Lei;

V- inclusão no regime disciplinar diferenciado.

A *advertência verbal* deve ser aplicada quando o detento não for reincidente e a falta for mínima ou média.

A *repreensão*, por sua vez, deverá ser feita por escrito, depois de apurado o ato de indisciplina.

A *restrição ou suspensão temporária de direitos* deve ser aplicada ao detento que venha a cometer falta grave. Essa punição disciplinar pode privar o detento do direito de visitas, de banho de sol e de lazer, por prazo não superior a 30 dias.

O *isolamento* pode ser determinado de forma preventiva, por até 10 dias, pelo diretor do estabelecimento penal, vislumbrando que a falta grave cometida tende a comprometer a segurança interna do presídio. Neste caso, o diretor edita portaria fundamentando o motivo do isolamento preventivo, afixando cópia em local visível e remetendo cópia ao Juiz de Execução, ao Conselho Disciplinar e ao detento. O isolamento não pode ser por mais de 10 dias. No procedimento administrativo conduzido pelo Conselho Disciplinar, dá-se oportunidade de defesa ao detento. Caso o procedimento não seja concluído em 10 dias, cabe retirar o detento do isolamento preventivo.

O inciso V do art. 53 foi acrescentado pela Lei nº 10.792/03 responsável pela criação do *regime disciplinar diferenciado*, cuja regulamentação se encontra basicamente no art. 52 da LEP, com a redação que lhe foi dada pela citada lei.

Ressalte-se que as sanções disciplinares podem ser aplicadas diretamente pela autoridade administrativa (diretor do estabelecimento penal), já que a ele compete o exercício do poder disciplinar, que é indelegável. Não há, portanto, necessidade de comunicação ao juiz de execução acerca da imposição de sanções disciplinares, salvo na hipótese de cometimento de falta grave.

A única sanção disciplinar que não pode ser aplicada por decisão da autoridade administrativa é o *regime disciplinar diferenciado*, que somente pode ser imposto por decisão judicial, conforme se extrai do § 1º do art. 54 da LEP: “a autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa”.

3. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O regime disciplinar diferenciado originou-se de uma tentativa de fazer frente à atuação das facções criminosas, atuantes nos grandes presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo (tais como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da capital). O intuito do legislador foi o de dificultar as ações lideradas por detentos destes presídios.

O poder das facções criminosas dentro dos presídios, as rebeliões prisionais no Estado de São Paulo, principalmente a megarrebelião no presídio de Taubaté, fizeram com que fossem tomadas medidas administrativas para assegurar a disciplina e a ordem no sistema prisional.

Conforme relata Alessandra Teixeira:

Após a megarrebelião, o secretário Nagashi, os coordenadores e um assessor especial que ocupava o cargo de Ouvidor da SAP, Pedro Armando Egydio de Carvalho, permaneceram reunidos durante dias para a elaboração da resolução que instituiria o regime disciplinar diferenciado como principal medida anunciada para o combate das organizações criminosas nos presídios paulistas. Segundo Pedro Egydio, naquele momento eram intensas as pressões que se exerciam no sentido de endurecer ao máximo o tratamento aos presos envolvidos em facções e com problemas de indisciplina. Ainda segundo o Ouvidor, ele próprio – um Procurador aposentado do Estado, notório defensor dos direitos do preso – e o secretário Nagashi representavam, naquele grupo, os que mais resistiam à ideia de um instrumento que restringisse por demais as garantias desses reclusos, mas que teriam sido vencidos pela posição da maioria e pela força das circunstâncias.⁸

Surgiu, assim, a Resolução nº 26, de 04 de maio de 2001, da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), a qual instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no estado de São Paulo.

A Resolução nº 26 editada no estado de São Paulo possibilitava isolar o detento por até 180 dias nos casos em que o comportamento exigisse tratamento específico,

⁸ ALESSANDRA *apud* NUNES, 2012, p. 93.

objetivando uma posição frente ao crime organizado que realizava movimentos internos em 27 unidades prisionais com a participação de 28 mil detentos.⁹

Também no estado do Rio de Janeiro, onde o sistema carcerário sempre foi mais calamitoso, o Governo do estado já havia editado resolução disciplinando o regime disciplinar diferenciado.

Como se percebe, o Regime Disciplinar Diferenciado foi iniciado por ato de Secretário de Estado, membro do Poder Executivo. À época, muito se discutiu sobre a adequação deste veículo normativo (resolução) para regulamentar matéria penal. Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso I, dispõe caber à União legislar sobre matéria penal. Dessa forma, muitos juristas enfatizaram a violação à Constituição, vez que, tratando-se de falta grave, a matéria estaria afeta exclusivamente à União e à lei ordinária: é a Lei de Execução Penal que teria de regulamentá-la.

Não obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou que a resolução nº 26 se adequava à Constituição, argumentando que os Estados-Membros podem legislar sobre matéria penitenciária (art. 24, inciso I, da CF).

Em março de 2003, a morte de dois juízes de execução penal em São Paulo e no Espírito Santo, fez ressurgir no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.053 enviado em 2001 pela Presidência da República. Em dezembro de 2003, é sancionado pelo Presidente da República a Lei nº 10.792, introduzindo definitivamente, no Brasil, o regime disciplinar diferenciado.

Lembrando o velho ditado “a pressa é inimiga da perfeição”, o legislador, na ânsia de responder ao clamor público em soluções para resolver a criminalidade e o poder de organizações criminosas dentro dos presídios, criou sanções disciplinares com termos vagos, possibilitando ao julgador interpretações arbitrárias e equivocadas.

Com o advento da Lei nº 10.792/03, as críticas de inconstitucionalidade que recaíam sobre a Resolução SAP nº 26, quanto à formalidade, restam ultrapassadas. No entanto, permaneceram as críticas no tocante às violações de princípios constitucionais penais.

Com a Lei nº 10.792/03, o art. 52 da LEP passou a possuir a seguinte redação:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione a 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:

⁹ NUNES, 2012, p. 93.

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

II- recolhimento em cela individual;

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

IV- o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol;

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

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

No tocante à sua natureza jurídica, o regime disciplinar diferenciado é uma *sanção disciplinar* e apesar de sua denominação não constitui um novo regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Como esclarece Julio Fabbrini Mirabete:

O regime disciplinar diferenciado [...] não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechados, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.¹⁰

Seria como um “regime fechadíssimo” de cumprimento de pena, em virtude do forte isolamento que caracteriza essa sanção.

Conforme se extrai do art. 52 da LEP, neste regime, o preso é mantido em cela individual (isolamento) por 22 horas diárias, com duas horas por dia de banho de sol, sendo permitida, apenas, a visita de duas pessoas por semana. Além disso, não lhe é permitido receber jornais, ver televisão, etc. (restrição de contato com o mundo exterior).

O regime disciplinar diferenciado pode durar até trezentos e sessenta dias, renováveis por mais trezentos e sessenta dias em caso de nova falta, não podendo, contudo, exceder um sexto da pena a ser cumprida.

No tocante aos presos que estão sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, a lei prevê a sua aplicação tanto para o preso que cumpre pena em razão de condenação definitiva, quanto aos presos provisórios.

¹⁰ MIRABETE, 2004, p. 116.

É preciso, também, analisar as três hipóteses de cabimento do regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 da LEP:

A primeira hipótese é a que se extrai do *caput* do art. 52 da LEP: pode-se impor o regime disciplinar diferenciado ao agente que *praticar fato previsto como crime doloso* que ocasione *subversão da ordem ou disciplina internas*.

Há uma exigência cumulativa, isto é, a prática do crime doloso e sua consequência (subversão da ordem ou disciplina internas). Não basta, portanto, a prática de falta grave consistente em fato previsto como crime doloso. É mister que tal conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina internas.

Subversão é o mesmo que tumulto; é o efeito de transtornar o funcionamento normal de algo. *Ordem* é organização que objetiva o bem estar dos indivíduos e bom andamento dos trabalhos. *Disciplina* é obediência às regras e aos superiores.¹¹

Em síntese, a prática de crime doloso, que tumultue a normalidade do estabelecimento prisional ou que demonstre indiferença ou desobediência aos superiores, é a primeira hipótese para inclusão do custodiado no regime disciplinar diferenciado.

A segunda hipótese está contemplada no § 1º do art. 52 da LEP e possibilita a inclusão em regime disciplinar diferenciado de *presos que apresentem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*.

O problema dessa hipótese é especificar em cada caso o que se deve considerar como de “alto risco”, lembrando que o fato do detento pertencer ou ter envolvimento com organizações criminosas constitui fundamento distinto, regulado no § 2º, do art. 52, da LEP.

Segundo Bitencourt, a única possibilidade para salvar o texto legal é conjugar esta hipótese com a primeira quando da prática de fato definido como crime doloso, no interior do presídio não decorrer a subversão da ordem ou disciplina, mas constatar que os envolvidos apresentem alto risco para a ordem e a segurança. Para ele, é perigoso enxergar em delinquentes comuns tamanho poder ofensivo e destruidor como aconteceu na Revolução de 1964, quando se via o comunismo e o terrorismo em todo lugar.¹²

A terceira e última hipótese em que se admite a inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado está prevista no § 2º, do art. 52, da LEP que se refere a

¹¹ MARCÃO, 2010, p. 75.

¹² BITENCOURT, 2008, p. 510.

fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Esta regra é fonte de abusos constantes em razão da extensa possibilidade de interpretação em busca do que venha a ser “fundadas suspeitas”, devendo estas ter relação com os atos praticados pelo detento no interior do presídio. Esta hipótese adota um direito penal do autor, transformando a certeza em meras suspeitas.

Consoante a lição de Paulo Cesar Busato,

A imposição de uma fórmula de execução de pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “direito penal de inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do regime disciplinar diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”.¹³

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, argumenta:

Segundo a concepção de Mezger, considera-se como núcleo da culpabilidade, não o fato, mas o autor. O que importa para a censura é a personalidade do agente, ou o seu caráter, ou a sua conduta social, o que ele é, e não o que faz, não o como faz. Uma concepção voltada para o autor e perdendo de vista o fato em si, o seu aspecto objetivo, pode levar a um arbítrio estatal desmedido, a uma intervenção indevida no modo de ser do indivíduo. Neste sentido, pune-se alguém por ser determinada pessoa, porque apresenta determinadas características de personalidade e não porque fez algo. Esta intervenção justificaria intervenções cada vez mais em desacordo com a proteção de direitos e garantias individuais, podendo chegar a um arbítrio sutil, modelando a personalidade do indivíduo. É exatamente isso que propõe a orientação que fundamenta o odioso regime disciplinar diferenciado.¹⁴

Para a inclusão do preso no RDD por recaírem sobre ele suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas é necessária comprovação de que o grupo formado no interior do presídio tenha como objetivo a prática de infrações. A associação de pessoas, por si só, não caracteriza uma associação criminosa, porque isso significaria restringir a liberdade constitucional do detento de associar-se a outras pessoas.

É incompatível com o nosso sistema, após a Constituição de 1988, a predominância de um Direito Penal do Autor: o Estado não pode criminalizar ou penalizar a esfera do pensamento.

¹³ BUSATO *apud* BITENCOURT, 2008, p. 506.

¹⁴ BITENCOURT, 2008, p. 506.

A respeito da (in)constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado a jurisprudência encontra-se dividida, porém a maioria dos julgados tem admitido a constitucionalidade do regime. Na doutrina, o entendimento da corrente majoritária (dentre eles Bitencourt e Adeildo Nunes) é pela inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, por estrita violação aos postulados do Estado Democrático de Direito. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, à época da discussão do Projeto de Lei que culminou na criação do RDD, opinou contrariamente à instituição do dito regime.

Defendendo a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, vale citar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado de modo que não haveria necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal. A realidade distanciou-se da lei dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis. Mas, pior, organizou-se a marginalidade dentro do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado¹⁵.

4. O PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DO RDD

Resta tecer breves considerações sobre o procedimento de aplicação do regime disciplinar diferenciado ao detento que se enquadra em uma das hipóteses acima analisadas.

Verificando a necessidade, o diretor do estabelecimento penal irá fazer requerimento ao juiz da execução para que o custodiado seja incluído em regime disciplinar diferenciado. Conforme o art. 54, § 1º, da LEP: “a autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa”.

¹⁵ NUCCI, 2012, p. 1013.

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o juiz irá abrir vista ao Ministério Público e à defesa para que se manifestem sobre a questão. Assim dispõe o art. 54, § 2º, da LEP: “a decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias”. Sobre o direito de defesa também estabelece o art. 59 da LEP: “praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”.

Após a manifestação da defesa, o juiz deverá decidir no prazo de 15 dias. Conforme o art. 54, caput, da LEP apenas o magistrado pode impor o regime disciplinar diferenciado: “as sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente”.

Portanto, a decisão definitiva sobre o regime disciplinar diferenciado cabe ao juiz de execução, que não pode decretar a sanção de ofício: apenas o diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa são legalmente legitimados para postularem a inclusão do detento no regime disciplinar diferenciado.¹⁶

Havendo urgência, a inclusão preventiva pode ser decretada pelo juiz sem a prévia oitiva do Ministério Público e da Defesa pelo prazo de 10 dias, no interesse da disciplina e da averiguação do fato. Não se confunde inclusão preventiva em RDD com o isolamento preventivo, já que este último consiste em sanção disciplinar que pode ser decretada diretamente pelo diretor do estabelecimento pelo mesmo prazo de 10 dias.¹⁷

Assim determina o art. 60, da LEP: “a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente”.

¹⁶ MARCÃO, 2010, p. 79.

¹⁷ FARIA, 2011, p. 56.

5. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – UMA ABORDAGEM CRÍTICA

A Lei nº 7.210/84, quando entrou em vigor, anunciava uma revolução no sistema penitenciário brasileiro. Contudo, alguns anos após a sua entrada em vigor, verificou-se a necessidade de mudanças no sistema penitenciário brasileiro para viabilizar a aplicação da LEP. A sua inaplicabilidade deu-se pelo fato de ser avançada demais em relação com a realidade do sistema prisional brasileiro. A doutrina alertava para o fato de que o governo não pretendia executar os preceitos contidos na Lei, mas sim, suprimir determinados direitos e garantias prisionais: resumindo, seria uma reforma para piorar a LEP. Com isto, o governo não seria mais criticado por descumprir os direitos dos condenados.

A pretendida reforma da LEP que tanto assustava está corporificada na Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado.

Na sequência pretende-se sintetizar algumas das principais críticas que têm sido opostas ao regime disciplinar diferenciado.

Ressalte-se, contudo, que apesar das diversas críticas que a doutrina tem levantando acerca do regime disciplinar diferenciado, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da referida sanção.

5.1. Princípio da humanidade do Direito Penal

O princípio da humanidade do Direito Penal 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 condenados. Proíbe, também, que uma pena legalmente imposta a um cidadão condenado seja executada de forma cruel.

A Carta Magna tutela, resguarda e defende os direitos dos sujeitos processados e condenados para que não sofram punição arbitrária; garante a inviolabilidade da integridade física, moral e psíquica. A alínea “e” do inciso XLVII do art. 5º, CF, aduz que “não haverá penas cruéis”. O Direito Penal não pode retirar a humanidade dos apenados. É preciso que as penas sejam dignas, racionais e providas de alguma utilidade para o condenado, para a sociedade e para o Estado Democrático de Direito.

Conforme leciona Cezar Roberto 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 condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de torturas e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade.¹⁸

O art. 52 da Lei de Execução Penal, incisos I, II, III, IV, representa violação clara ao princípio da humanidade do direito penal. O art. 5º, III, da Constituição Federal aduz: “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante”.

A ideia de humanizar as penas está ligada à evolução do Direito Penal, é um elemento constitutivo deste. A privação da liberdade por si já é aflictiva e a sua execução deve ser o menos onerosa possível. O isolamento do detento por até 360 dias, permitido 2 horas diárias de banho de sol, não seria uma pena cruel, desumana e degradante? O regime disciplinar diferenciado reporta-se à ideia das antigas solitárias, quando o preso era isolado em uma cela, sem contato algum com o mundo exterior. O objetivo de ressocialização é inatingível devido aos danos psicológicos que este regime acarreta no ser humano. O ser humano, como um ser social, precisa de coexistir: o isolamento por períodos longos de tempo, obrigando o preso a conviver somente com suas aflições, leva-o a beirar a loucura.

Sobre a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, Bitencourt leciona:

A Constituição Federal de 1988 assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), vedando a aplicação de pena de natureza cruel e degradante (art. 5º, XLVII). No entanto, o RDD – prevendo isolamento celular de 360 dias, prorrogável por igual período – comina punição cruel e desumana e, portanto, inaplicável no Brasil. 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 irreversíveis.¹⁹

E, mais adiante, sustenta:

O Regime Disciplinar Diferenciado constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de violação do princípio da humanidade

¹⁸ BITENCOURT *apud* SILVA, 2012, p. 79.

¹⁹ BITENCOURT, 2008, p. 17.

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 legal.²⁰

Por seu turno, Juarez Cirino dos Santos argumenta:

o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado, por exemplo, as condições desumanas e indignas, em geral, de execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras, as condições desumanas e indignas, em especial, do execrável regime disciplinar diferenciado, cuja inconstitucionalidade deve ser declarada por arguição de inconstitucionalidade da norma legal no caso concreto (controle difuso, por juízes e tribunais), ou por ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal).²¹

A professora e Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Maria Thereza Rocha de Assis Moura, assim se posiciona sobre o tema:

O regime disciplinar diferenciado, conforme ressaltado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária por ocasião dos debates que se travavam em torno do projeto de Lei (5073/2001), agride o primado da ressocialização do sentenciado, vigente na consciência mundial desde o Iluminismo e pedra angular do sistema penitenciário nacional. O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime viola a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 1º, III, da vigente Constituição da República. Mas não para por aí a inconstitucionalidade. A Lei Maior assegura, como um dos princípios de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos, estando disposto no art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor no Brasil, que “ninguém deve ser submetido à tortura, nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.” O RDD representa pena cruel e degradante, que avilta o ser humano e fere a sua dignidade, inflingindo-lhe castigo físico e moral, na medida que impõe ao preso isolamento celular absoluto de vinte e duas horas diárias durante um ano, prorrogável até um sexto da pena.²²

Se o sistema penal retirar a humanidade do apenado, este irá se assemelhar a um animal e tenderá a se comportar como tal. Daí cai por terra a verdadeira finalidade da pena e objetivo do Direito Penal que é evitar que o condenado volte à senda criminosa.

²⁰ BITENCOURT, 2008, p. 18.

²¹ SANTOS *apud* SILVA, 2012, p. 79.

²² NUNES, 2012, p. 95.

5.2. Princípio do Direito Penal do Fato

Por Direito Penal do Fato, na precisa lição de Claus Roxin,

Se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente (ou no máximo a várias ações desse tipo) e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda condução da vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam dele.²³

No que tange ao tema, percebe-se que o regime disciplinar diferenciado não se destina a sancionar *atos*, mas determinadas *espécies de autores*, impondo-lhes isolamento celular de até 360 dias, não pela prática de um crime ou realização de um fato reprovável e sim pela avaliação subjetiva de determinada instância de controle no sentido de que determinadas pessoas “representam alto risco social ou carcerário” ou então porque recaem sobre elas “suspeitas de participação em quadrilha ou bando”.

Especialmente na hipótese em que o preso apresente alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, concebe-se a punição de alguém por representar um risco, sem ao menos ter praticado um fato que sirva como parâmetro para qualificar essa periculosidade.

À luz deste diploma legal, não importa o que se faz (direito penal do fato), mas sim quem faz (direito penal do autor). Pune-se não pela prática do fato, pune-se pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz.

Nesse sentido é extremamente válida a observação de Cernichiaro e Costa Júnior no sentido de que “o magistrado precisa agir com muita cautela para não transformar os antecedentes em precedentes penais”.²⁴

5.3. Princípio da legalidade (princípio da taxatividade)

O princípio da legalidade está expresso no art. 5º, XXXIX, CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”.

²³ ROXIN *apud* SILVA, 2012, p. 250.

²⁴ CERNICHIARO; COSTA JÚNIOR, 1990, p. 96.

Esse princípio impõe que a descrição normativa dos fatos passíveis de sanção – especialmente as sanções severas como são as penais – seja minuciosa, detalhada, de forma a restar o mínimo de liberdade (arbítrio) para o seu intérprete.

Ensina Claus Roxin que:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara, não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *jus puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.²⁵

Cernichiaro, por sua vez, enfatiza a importância do princípio da legalidade quando afirma: “a liberdade é valor inalienável. É o norte buscado por todos os povos. A restrição ao seu exercício só pode decorrer do princípio da legalidade. Fora daí, reina o arbítrio e enfraquece a proteção dos direitos humanos.”²⁶

No que tange ao tema, observa-se que a LEP utiliza expressões com elevado grau de fluidez, dando grande liberdade ao aplicador para decidir pela aplicação do RDD. Assim ocorre quando a lei admite a inclusão de preso em RDD diante da prática de fato previsto como crime doloso que ocasione *subversão da ordem ou disciplina internas*. O que se entende por subversão da ordem ou disciplina internas?

Vê-se que a norma que autoriza a inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado não observa o princípio da taxatividade (legalidade) e, assim procedendo, viola a Constituição. As condutas que sujeitam o agente a uma sanção tão grave como a inclusão em RDD devem ter uma descrição clara e objetiva diante de um caso concreto para que sejam afastadas interpretações arbitrárias e equivocadas. Criando normas disciplinares genéricas e subjetivas o legislador infraconstitucional deixa margem para aplicações arbitrárias por parte da administração penitenciária.

No ponto, vale transcrever a lição de Bitencourt:

Mais recentemente, a Lei 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” ou “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação”, sem declinar

²⁵ ROXIN *apud* BITENCOURT, 2008, p. 11.

²⁶ CERNICHIARO; COSTA JÚNIOR, 1990, p. 103.

que “tipo de conduta” poderia criar o referido “alto risco” ou caracterizar “suspeitas fundadas”, como sugere aquele diploma legal. Por fim, precisa-se ter presente que o princípio da reserva legal não se limita à tipificação de crimes, estendendo-se às suas consequências jurídicas, especialmente à pena e a medida de segurança, caso contrário, o cidadão não terá como saber quais são as consequências que poderão atingi-lo. Daí a afirmação de Roxin de que a doutrina exige, em geral com razão, no mínimo, a fixação da modalidade de pena.²⁷

5.4. Princípio da proibição da dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*)

As sanções para quando houver suspeitas de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, dispostas no § 2º do art. 54 da referida lei, implica em *bis in idem*, já que se o agente participa deste grupo existem o art. 288 do Código Penal e a Lei nº 9.034/95 pelos quais o agente pode ser punido. Se o agente já fazia parte de uma organização criminosa antes de entrar no cárcere não poderia ser imposto a ele o RDD, já este se baseia em atos praticados durante o cumprimento da pena, vez que é uma sanção disciplinar.

No que tange à inclusão de preso em RDD por suspeita de envolvimento em facção criminosa, quadrilha ou bando, a aplicação da sanção disciplinar é excessiva, porque constatado o fato deve o preso responder em processo próprio. A aplicação de mais uma sanção, pelo mesmo fato, constituiria “*bis in idem*”.

Cesare Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas” dizia que: “entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário escolher os meios mais eficientes e mais perduráveis e, igualmente, menos cruéis no organismo do culpado”.²⁸

Michel Foucault, em seu livro “Vigiar e Punir” trata na primeira parte do suplício, mostrando que desde a Antiguidade o castigo do corpo do transgressor era a forma evidente e pública da punição. No primeiro capítulo “o corpo dos condenados” ele busca mostrar como o direito e a prática de punir descarregam no corpo dos condenados a sua fúria e vingança social.²⁹

²⁷ BITENCOURT, 2008, p. 12.

²⁸ BECCARIA, 2002, p. 62.

²⁹ FOUCAULT, 1999, p. 69.

5.5. Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade exige que a responsabilidade penal seja subjetiva.

Na lição de Pereira e Silva:

O princípio da culpabilidade afasta a regra da responsabilidade objetiva do direito penal, determinando que haja conduta culpável para a existência do crime. É necessário um juízo de censura sobre a conduta típica e ilícita do agente, para verificar se ele pode ser pessoalmente responsabilizado pelo fato praticado. Esse princípio não está expresso na Constituição Brasileira, sendo corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Protege-se o indivíduo de ser responsabilizado criminalmente por condutas impassíveis de reprovabilidade, como na figura do *versari in re illicita*, que atribua todas as consequências do ato ilícito ao agente, presumindo a sua culpabilidade.³⁰

Cezar Roberto Bitencourt³¹ atribui à culpabilidade três consequências materiais:

a) Não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado. Ninguém poderá ser responsabilizado criminalmente tão somente por ter produzido um resultado lesivo. Há que se referir se há a responsabilidade subjetiva, isto é, se o agente praticou a ação com dolo ou culpa.

b) A responsabilidade penal pelo fato perpetrado. Além do fato típico e antijurídico, exige-se para a configuração do crime o preenchimento do “conceito dogmático de culpabilidade”, que abrange a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade da conduta. Uma teoria do crime democrática fecha o cerco às possibilidades de adoção do direito penal do autor, que pune o agente pelo que ele é, e não pelo fato praticado. Como a culpabilidade está inserida no conceito analítico de crime, sendo um limite material ao poder penal do Estado e estabelecendo uma relação intrínseca entre o agente e o fato, queda-se impossível aplicar a pena apenas pelo que o agente é. Atribui-se o desvalor do fato ao autor, mas não o desvalor do autor ao fato. A responsabilidade penal existe em razão do fato perpetrado.

c) A culpabilidade como medida de pena. A pena está limitada à culpabilidade. Não há pena desconectada de culpa. Esta, no exercício do seu papel regulador, impede que aquela seja imposta além da medida prevista pela própria ideia

³⁰ SILVA, 2012, p. 247.

³¹ BITENCOURT *apud* SILVA, 2012, p. 247.

de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. O art. 59 do Código Penal prevê a culpabilidade como uma das circunstâncias judiciais para a fixação da pena. A sanção penal não poderá exceder o limite da culpabilidade, devendo ser consentânea à reprovabilidade do crime.

Na hipótese de inclusão no RDD por *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*, dispensa-se o critério da *certeza* em prol de simples *suspeitas*, desprezando o Direito Penal da culpabilidade, uma vez que ao contentar-se com meras *suspeitas*, o legislador renunciou a um juízo de censura mais profundo.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, é necessária *comprovada participação* em organização criminosa para que possa o agente ser incluído em RDD.³² Assim, o regime disciplinar diferenciado somente pode ser aplicado quando apurado após procedimento administrativo o envolvimento do detento com facções criminosas, o cometimento da falta grave ou, a certeza do comprometimento da segurança interna do presídio onde ele se encontra causada por sua comprovada participação.

É de se referir também ao tema da coculpabilidade do Estado e da sociedade no tocante ao crime. Conforme leciona Igor:

A doutrina penal progressista tem exigido que o magistrado leve em conta a coculpabilidade ao efetuar a dosimetria da pena. Trata-se de considerar se houve culpa do Estado e da sociedade, com o objetivo de atenuar a culpabilidade do agente, tornando desse modo a responsabilidade criminal uma questão complexa, que envolve diversos agentes e segmentos sociais. Quando a influência do meio social é extremamente relevante para a decisão do agente de praticar o crime, devem o Estado e a sociedade reconhecer as cicatrizes dos seus próprios atos, atirando uma pedra no seu rio de narciso, abrandando a perigosa pretensão de pureza do poder penal. Diminuir a responsabilidade do agente diante do reconhecimento de uma culpa plural e repartida é prezar, pela realidade e a democracia. Nesse sentido, o art.66 do Código Penal, pode servir como fundamento jurídico para a atenuante genérica da coculpabilidade.³³

5.6. Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, LXII, CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado da sentença penal condenatória”.

³² STF, 2ª Turma, HC 96.328, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 08.04.2010.

³³ SILVA, 2012, p. 248.

O princípio impede que uma pessoa seja tratada como culpada antes de uma decisão condenatória transitada em julgado.

Tal princípio é violado quando o art. 52 da LEP admite que presos provisórios, presumidos inocentes pela Constituição, sejam inseridos em RDD. Isto significa que os presos que aguardam julgamento poderão ter sua pena antecipada (se forem condenados).

Nesse sentido, mesmo os que defendem a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, como Guilherme de Souza Nucci, demonstram preocupação com a questão:

É preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente no regime disciplinar diferenciado.³⁴

5.7. Problemas referentes à legitimidade para deflagrar o procedimento de inclusão em RDD

Como se viu, a LEP atribui ao diretor do estabelecimento penal a legitimidade para requerer ao juiz a inclusão de preso em regime disciplinar diferenciado. Ocorre que o diretor do estabelecimento penal não está vinculado ao princípio da imparcialidade e o convívio habitual com o preso pode acarretar em pré-conceitos e julgamentos imprecisos quanto às faltas praticadas pelo detento.

Para que alguém possa ser diretor do estabelecimento penitenciário no Estado de Minas Gerais deve possuir os seguintes requisitos: ser portador de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais. Sem desmerecer a capacidade destes profissionais, uma vez que o diretor do estabelecimento é o legitimado para postular a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado e quando do procedimento para averiguação do cometimento de falta grave fossem assegurado ao detento as garantias constitucionais de ampla defesa, contraditório e assistência técnica, deveria esta função ser entregue a um profissional de Direito.

³⁴ NUCCI *apud* BITENCOURT, 2008, p. 508.

Em relação a esses profissionais, o que se verifica, lamentavelmente, é a postura destes quando à frente da administração destes presídios. Assim como os profissionais de medicina se acostumam com a dor física de seus pacientes, atendendo-os fria e insensivelmente, estes profissionais envolvidos com os problemas carcerários, às vezes veem e sabem de tudo, mas nada falam por temerem um conceito de rebeldia contra a instituição que os remunera. A questão da violência, da criminalidade é muito complexa.

CONCLUSÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado instituto criado frente às reivindicações da sociedade diante da violência nas grandes cidades, foi, na verdade, uma manobra política. Tal regime viola profundamente os princípios constitucionais, sendo estes limitadores do poder punitivo do Estado. Entende-se que a má conduta deve ser rigorosamente punida para manter a ordem e a disciplina dentro dos presídios. Entretanto, esta punição deve-se resguardar de proporcionalidade e respeito à dignidade humana. É inegável que o encarceramento diferenciado tenha encontrado modelo nas antigas “solitárias”. Encontra-se aí a desconsideração aos princípios constitucionais com relação aos apenados. Sabe-se da precariedade das instituições penitenciárias e das más condições nas quais vivem os presos. Os cárceres são depósitos humanos, submetendo os presos a condições desumanas. Mesmo que apenado, o preso é um ser humano, merecedor de proteção e respeito à sua dignidade, sua integridade física e moral. Ao instituir o regime disciplinar diferenciado o legislador atropelou o pilar de toda civilização – o princípio da dignidade humana ao impor o isolamento do apenado por um período de até trezentos e sessenta dias. Este isolamento acarreta uma pena não somente física mas, inegavelmente psicológica, levando o preso, a beirar a loucura. É também um mecanismo de tortura do corpo e da alma. O Isolamento celular, vinte e duas horas por dia, permitido duas horas diárias para banho de sol, então, nos dias de chuva, o preso ficará vinte e quatro horas por dia isolado. Essa medida não reeduca o preso para sua volta à sociedade, pelo contrário, sai de lá doutor no mundo do crime. O que se constata é que a implantação do regime disciplinar diferenciado não resultou de estudos sérios sobre os efeitos que um isolamento por períodos prolongados podem

causar no ser humano. O legislador poderia ter adotado outras medidas para conter a criminalidade dentro dos presídios. Outras medidas que pautassem pelo respeito à dignidade. Sem dignidade o homem vira um animal comportando-se como tal. O isolamento celular impõe ao preso as aflições de sua própria companhia. O homem necessita por natureza não apenas existir, mas coexistir.

O regime disciplinar diferenciado foi criado para satisfazer a opinião pública. Uma solução ineficaz para combater a criminalidade, cujas raízes estão nas desigualdades sociais que ainda marcam o Brasil. Não adianta querer extrair do Direito Penal as soluções para as atrocidades vistas. Um Direito Penal mais rigoroso não resolve todos os conflitos e tragédias. A criminalidade decorre de elementos biopsicossociais onde o sistema penal tem um papel secundário na sua prevenção.

Cabe ao Estado promover políticas públicas para impedir e reduzir os delitos. Combate-se o crime organizado, desorganizando-o, adotando medidas que cortarão o mal pela raiz, promovendo ações eficientes para o combate ao crime, sem utopias.

É preciso que o Poder Público se conscientize de que não havendo medidas que solucionem os problemas sociais de segurança, educação, informação e moradia de nada valerá procurar um jeito mais rápido e mais barato que é: fazer leis penais.

Cabe ao Poder Judiciário a aplicação das leis, buscando alcançar o objetivo a que elas se propõem, a atingir as finalidades da pena, reprimindo a ação delituosa, prevenindo a criminalidade e recuperando o delinquente. O Direito anda lado a lado com a Justiça e com a realidade social.

A inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado constata-se por violar os princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

CERNICHIARO, Vicente Luiz; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FARIA, Marcelo Vazeda de. **Lei de Execução Penal**: Lei 7210 de 11 de Julho de 1984. Salvador: JusPodivm, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Adeildo. **Execução da Pena e da Medida de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Igor Luiz Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: JusPodivm, 2012.