

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Uma análise crítica voltada para os Direitos Humanos¹

¹ **Cyliane Rodrigues de Souza**, licenciada em Letras pelo Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora, bacharelada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais “Vianna Júnior”, Oficial Judiciário do TJMG

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA EVOLUÇÃO DAS PENAS	12
1.1 Fase da vingança privada	13
1.2 Fase da vingança divina	14
1.3 Fase da vingança pública	14
1.4 Fase humanitária da pena	16
1.5 Período criminológico	17
2 A GÊNESE DO RDD	18
2.1 O RDD como fruto de um Direito Penal do Inimigo	19
3 A SISTEMÁTICA DO RDD	21
4 O RDD E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
4.1 Dignidade e integridade física	24
4.1.1 Tratamento desumano, cruel ou degradante	26
5 NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA	28
6 AS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO RDD	30
7 SITUAÇÃO ATUAL: REBELIÕES EM SÃO PAULO/2006	34
CONCLUSÃO	37
BIBLIOGRAFIA	41

INTRODUÇÃO

Ao se vislumbrar a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, a qual instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, doravante denominado simplesmente RDD, bem como trouxe inúmeras alterações substanciais na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal, cumpre-nos indagar acerca do escopo da referida mudança.

Ante a uma conjuntura de crise da Segurança Pública, que tem se configurado um verdadeiro pretexto para a edição de leis penais casuísticas, veio à tona mencionada lei, sendo esta um nítido exemplo de que existe no Brasil um evidente antagonismo entre normatividade e realidade, posto que o país traz consigo traços totalitários em sua legislação, utilizando o Poder Legislativo para criar tipologias penais de caráter repressor, circunstancialmente promulgadas.

O recrudescimento do crime organizado, mormente dentro dos estabelecimentos prisionais, e a violência contra autoridades judiciárias demonstrando claro abalo na Segurança Pública tornou-se motivo de urgência, legitimando, com base na razoabilidade, a eliminação de direitos fundamentais, ante a instituição do RDD, explicitando um claro retrocesso no Direito Penal, sobretudo na Execução Penal e na política ressocializadora, além de afrontar um dos princípios norteadores de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, está-se diante de uma espécie de criminalidade, cujo nível de lesividade social aguça todos os parâmetros. Destaque-se o terrorismo, bem como o narcotráfico, criando um horror social com o fim de predominar ideologias, sendo que o campo de batalha localiza-se na vivência habitual do cidadão comum, às vezes vítima de condutas cuja procedência e causas ignora. Assim, em face do acesso a expressivas somas de dinheiro resguardadas nos paraísos fiscais e da utilização de armamento pesado, essa espécie de delinquência quase foge ao controle formal, dominando mercados, impondo regras, constituindo-se, pois, praticamente em uma guerra perdida para o sistema.

Tal criminalidade caracteriza para o poder constituído um verdadeiro inimigo, ou seja, aquele que ignora o Estado de Direito, passando a ser tratado de maneira peculiar, não pertencente a ele e, diante disso, não sendo titular de direitos e garantias individuais. O Direito Penal torna-se, pois, uma reação emergencial e excepcional.

Nasce, assim, um Direito Penal do Inimigo, que se contrapõe ao dos cidadãos, sendo que o designado inimigo é aquele que, mediante sua conduta, sua profissão ou, especialmente, sua conexão a uma organização, repudiou o Direito, não garantindo a mínima segurança com

seu comportamento pessoal e manifestando esse estado através de sua conduta. As peculiaridades do mencionado Direito Penal do Inimigo seriam a vasta antecipação da proteção penal; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e a supressão de garantias processuais; ou seja, uma política de cunho antigarantista, que desrespeita os Direitos Fundamentais.

Arraigada nessa linha de pensamento, observa-se no Brasil a Lei nº 10.792/2003. A situação atual do sistema carcerário brasileiro evidencia, por vezes, que a eficiência de prevenção especial da pena esvaziou-se. Diante disso, constata-se que detentos comandam o crime de dentro dos estabelecimentos prisionais, pondo em dúvida a idoneidade do governo de lidar com a delinquência. De fato, a pena privativa de liberdade, a qual objetiva remover o infrator do convívio social, impedindo sua ação deletéria, não atinge seu desígnio, posto que a presença, ainda que indireta do condenado, permanece. Deste modo, para prevenir que o controle do criminoso se sustente embora o mesmo se encontre detido, criou-se com a referida lei o chamado RDD, tratando-se de medida extremada na execução da pena, propendendo a conferir eficiência no recolhimento do preso, a fim de garantir a segurança do cidadão, que se subjeta ao efeito nocivo da criminalidade.

O Direito Penal do Inimigo é, de fato, discutível quanto à sua essência e ainda maior inquietação gera a inclinação de um Estado débil a lançar mão dessa via extraordinária para desempenhar a disciplina que não consegue regular. O Direito Penal não soluciona dificuldades sociais, mas dimana de valores agregados à cultura resultante da complexidade das relações humanas. Logo, valer-se do Direito Penal com fins políticos ou administrativos indica o desvirtuamento da solução, com efeitos catastróficos no núcleo do Estado de Direito, qual seja, a liberdade.

Neste sentido o RDD será apreciado no presente estudo. Inicialmente, será feita uma abordagem histórica da evolução das penas no Direito Penal brasileiro, com fins de que se vislumbre a trajetória pela qual percorreu o ordenamento jurídico até se chegar a um conceito que busca equilibrar princípios, assegurando direitos inerentes à pessoa humana. Explicitar-se-á o contexto no qual surgiu a lei que deu origem a tal instituto, bem como os fatos que o motivaram. Após, será trazida à baila a sistemática do referido regime, bem como as hipóteses de aplicação, com o devido e oportuno aprofundamento acerca das possíveis incongruências existentes em cada uma delas. Os direitos e garantias fundamentais não poderiam deixar de ser olvidados, posto que sua violação é evidente ao se observar um instituto por meio do qual o preso volta a ser considerado objeto da pena e não sujeito de direitos perante o Estado,

configurando um grave golpe contra uma visão constitucional e garantista, enfim, contra uma política defensora dos direitos humanos, que deve incluir a pessoa encarcerada, na medida em que a moderna tendência criminológica afirma categoricamente que a sanção penal não pode afetar o cidadão em sua essência como pessoa, nem em seus direitos mais elementares, não atingidos pela pena.

CAPÍTULO 1

1. DA EVOLUÇÃO DAS PENAS

Ao passo em que homem se propôs a viver em sociedade, estabelecendo uma maior interatividade uns com os outros, surgiram os conflitos de interesses e a necessidade de se buscar soluções pacíficas que os solucionassem, posto que, na vida social, é indispensável que haja limites aos direitos individuais para que se preserve a harmonia e a segurança do grupo.

Desde os primórdios, a relação social entre os homens foi marcada pela violência. Rousseau (1712-1778), buscando compreender tal fato constatou, por meio da evolução histórica da humanidade, que, quanto mais a sociedade humana evoluía, majorava o grau de agressividade. Isso fez surgir o mito do *pecado original*, segundo o qual o homem é mau por natureza. Rousseau, tentando abater esse mito, afirmou ser o homem naturalmente bom. No entanto, ao ver suas potencialidades reprimidas pela concorrência do seu semelhante, torna-se agressivo entrando em conflito com os outros homens.

Assim, da mesma maneira que nasce a sociedade pela convivência entre os homens, surge também a necessidade de reprimir ações criminosas, com o desígnio de resguardar a estrutura do corpo social.

Nesse intuito, o Direito Penal vem criando institutos jurídicos que, desde a produção da primeira lei penal, a de Talião, e a primeira codificação legal, com o Código de Hamurabi, na Babilônia, têm demudado a estrutura penal no sentido de manter a ordem social e também proteger a dignidade do homem.

Ponderando a necessidade de assegurar direitos individuais e coletivos da pessoa humana, o Direito Penal, com o decorrer do tempo, evolui das penas corporais para uma fase de garantias à vítima, ao infrator e a suas famílias, orientando-se por um espírito humanitário. Todavia, deve-se destacar que as fases do Direito Penal sucederam-se no tempo, porém, de forma que ao surgir uma fase, a anterior não desaparecia completamente, convivendo ambas simultaneamente.

Salutar se ter em mente, neste contexto, que a sociedade sempre esteve presente nas diversas fases da execução da pena, seja aplicando-a, sendo destinatário, atuando como mero espectador ou reformando as sanções criminais, conforme se observará a seguir.

1.1. Fase da vingança privada

Na fase da vingança privada, a vítima e seus familiares atingiam diretamente o ofensor ou um dos seus, havendo, pois, uma atuação direta da sociedade, posto que não existia uma autoridade incumbida da aplicação da pena. Havia a *expulsão da paz* e a *vingança de sangue*. A primeira constituía-se no afastamento do transgressor, da tribo, ficando o mesmo sujeito aos perigos naturais e a ação dos demais grupos, o que culminava na sua morte. Já o segundo caso advém quando o ofensor pertence à outra tribo ou grupo, estabelecendo-se, portanto, guerras entre as partes colidentes, que apenas se interrompiam com o extermínio de uma delas.

Há de se ressaltar que, derivadas de um sentimento de vingança, as penas aplicadas iam além do fato criminoso, sendo que foi a primeira vez em que se buscou estabelecer uma pena proporcional ao delito cometido, ficando este período conhecido como a fase da vingança limitada, aonde o mal era punido com o mal, no mesmo plano de igualdade, criando-se a Lei do Talião.

Surgiu, então, como necessidade do controle das penas, o Talião, por meio do qual se delimitava o castigo. Desse modo, a vingança não mais se mostrava arbitrária e desproporcional, podendo-se afirmar, portanto, que a Lei de Talião foi um instrumento moderador do Direito Penal, aplicando ao ofensor o mal que este ocasionou à vítima e não deixando a pena sob livre vontade do ofendido.

Importante frisar que estas penas compunham uma reação natural e instintiva e ao serem colocadas em normas, como o Código de Hamurabi, tem-se um progresso no sistema penal por restringir a ação punitiva aos padrões previstos nos códigos.

A Composição, adotada no Código de Hamurabi, no Pentateuco, no de Manu, dentre outros, consistiu em outra admirável conquista, pois possibilitava ao agressor redimir a culpa trocando a pena por moedas, gado ou armas. Porém, este tipo de pena era extremamente elitista, pois aquele que não tivesse condições para efetuar a troca seria punido.

1.2. Fase da vingança divina

A influência direta da religião na vida dos povos primitivos foi essencial para a solidificação da vingança divina, apesar de que, com a aproximação entre Igreja e Estado, as sanções, embora por ele aplicadas, continuavam apresentando uma idéia de vingança. Porém, essa vingança derivava do caráter divino atribuído ao soberano, o qual era tido como um representante direto dos deuses.

O Direito Penal Teocrático caracterizava-se pela visão da pena enquanto repressão do crime para satisfação dos deuses, como um meio de purificação da alma do infrator.

Outro atributo marcante desse tipo de vingança é o uso da *vis corporalis* como instrumento de intimidação, aplicando penas cruéis, severas e desumanas. Além disso, deve-se destacar que os castigos eram ordenados pelos sacerdotes, sendo a dosimetria fundamentada na grandeza do Deus ofendido.

Neste período, o povo participou tão somente como destinatário das punições, as quais alcançaram as mais cruéis formas: “A confusão de valores era tão profunda que nos julgamentos estavam de mãos dadas a crueldade e a superstição, onde se ignoravam as regras de Direito Romano, invocando-se a religião para prática de diversas atrocidades.”²

Dentre as principais legislações primitivas que empregavam esse tipo de vingança tem-se o Código de Manu (Índia), as Leis Pentateucas (Israel) e os Livros das Cinco Penas (China).

1.3. Fase da vingança pública

Com o enfraquecimento do poder da Igreja e, conseqüentemente, da influência das idéias religiosas, o Estado evoca para si o *jus puniendi*. A partir daí, o delito passou a ser considerado não mais ofensa ao particular ou à divindade, mas à sociedade inteira. Não era mais a vítima que aplicava a pena, mas o soberano, o qual exercia seu comando em nome dos deuses, fazendo preponderar o arbítrio judicial e a diversidade de classes ante a punição, posto que o soberano, preocupado em defender sua posição dentro do grupo, aplicava penas desumanas ao passo que asseverava ser a norma inaplicável a ele por ser um representante divino.

No período da vingança pública, a pena de morte foi bastante aplicada, bem como a mutilação, a interdição dos bens e a extrapolação da pena aos familiares do criminoso.

² COSTA, Cláudia Pinheiro. Sanção penal – sua gênese e tendências modernas, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 22.

Reinavam os suplícios, que consistiam em espetáculos punitivos, nos quais se executava a pena em praça pública. Esses rituais eram revestidos de atrocidades inimagináveis, as quais tinham por escopo mostrar à sociedade as conseqüências da desobediência ao soberano, conforme salienta Michel Foucault:

Nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização (...) Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição, mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.³

Mas esse cenário de horror transmutou-se em piedade e o povo começou a verificar que não havia necessidade de tanto sofrimento, nascendo um sentimento de compaixão e solidariedade para com os condenados. Deu-se início, então, aos protestos contra a injustiça na aplicação da pena.

Neste período, em meados do século XVIII, onde as idéias iluministas já eram difundidas, o povo passou a freqüentar os espetáculos punitivos não mais como mero espectador, mas sim com finalidades políticas.

Imediatamente, o Estado teve que repensar a forma de execução da pena, sendo obrigado a atender aos anseios humanitários da sociedade para com a justiça criminal. Por isso, afirma-se que, nesta fase, o povo teve a mais importante atuação na aplicação da pena, pois foi ele o principal responsável pela sua humanização.

Ainda assim, essa fase denotou um avanço estimável no sistema penal, pois a pena deixou de ser aplicada por terceiros, transferindo ao Estado o poder-dever da retribuição à ofensa. Restou, assim, institucionalizado o sistema penal, com conseqüente imposição de limites estatais.

1.4. Fase humanitária da pena

O aparecimento do período humanitário está ligado à ascensão da burguesia como nova classe dominante. Na luta que travou com a nobreza e o clero por sua hegemonia, a classe burguesa desenvolveu idéias que contestaram o absolutismo, incluindo modificações e reformas no direito repressivo.

³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Tradução de: Raquel Ramallete. 23ª ed., Petrópolis: Vozes, 2000, p.49.

Com a humanização das sanções criminais, presenciou-se uma verdadeira revolução na política criminal, onde a justiça penal deixou de ser um meio de vingança e passou a ser um meio de punir. O crime passou a ser vislumbrado como uma violação a princípios legalmente formalizados, sendo que a pena deveria ser aplicada de uma maneira menos cruel, punindo o infrator na devida proporção do delito praticado, e servir também como forma de retribuição e de utilidade social.

Dentro dessa nova visão acerca da pena, o mecanismo de punição escolhido para humanizar as sanções foi a privação de liberdade. Assim, a prisão foi designada para abrigar àqueles que infringissem a norma penal.

Porém, não houve adequação desses ambientes para acolher as pessoas condenadas, surgindo graves problemas em relação aos aspectos físicos. Ante tal cenário, surgiram os precursores dos sistemas penitenciários que, preocupados com a situação das prisões, possibilitaram a criação de uma política criminal mais justa.

São eles Cesare Beccaria, autor de *Dos delitos e das Penas*, onde apresenta uma série de postulados acerca da humanização das sanções criminais, os quais servem de referencial até hoje; John Howard que escreveu *O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales*, onde relata as péssimas condições dos cárceres que visitou em vários países, e Jeremy Bentham, discípulo de Howard, que além de escrever *Teoria das penas e das recompensas* onde defende o utilitarismo da pena, foi o criador do panóptico, modelo arquitetônico de prisão celular.

Assim, mais uma vez a sociedade foi responsável pela evolução que se deu na sanção criminal. Face à participação das pessoas, possibilitou não só a humanização da pena, mas também a criação e a implementação das políticas penitenciárias.

1.5. Período Criminológico

O Período Criminológico derivou do estudo científico do homem e das causas criminógenas. Os fenômenos criminais passaram a ser apreciados a partir do delinqüente. O crime era tido como fenômeno biológico, já que era visto como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas.

O grande nome desse período foi César Lombroso, médico italiano que através de estudos científicos considerou o crime como fator biológico e fixou a existência do criminoso nato e do tipo antropológico do homem delinqüente. A idéia de criminosos natos sugeriu a existência de homens que, em consequência de anomalias apresentavam, características

físicas e morfológicas específicas como assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barbas escassas etc.

Ante ao exposto, observa-se que o Direito Penal baseia sua coercibilidade na aplicação da pena, que ficou estabelecida como restituição ao delito perpetrado. Durante a evolução dos sistemas penais foram instituídos diversos métodos de retribuição. Dentre os mais primitivos encontrava-se a pena de morte e o suplício, castigos estes que buscavam atingir o corpo do infrator, conforme se viu.

O desenvolvimento do sistema penal tornou admissível a concepção de medidas mais humanas, que não acometessem fisicamente a integridade do indivíduo. Nessa esteira, tem-se, enquanto processo evolutivo dos institutos de repressão e tratamento do fenômeno delituoso, desde as penas corporais até as penas de multa, numa crescente tutela da integridade da pessoa humana.

Numa visão do processo evolutivo do Direito Penal, desde os primórdios à contemporaneidade, percebe-se a reduzida eficácia dos instrumentos repressivos mais desumanos adotados pelos diversos sistemas penais e o caminho percorrido em direção a uma clara humanização de tais institutos.

CAPÍTULO 2

2. A GÊNESE DO RDD

A vigente Lei de Execução Penal é reconhecida como organismo legal moderno e de razoável racionalidade. No entanto, como obra humana, certamente está longe da perfeição, podendo-se vislumbrar pontos nos quais carece da necessária adaptação constitucional, tendo em vista que o sistema político sofreu sensível alteração em período posterior à sua entrada em vigor.

Tendo em mira a legislação brasileira concernente à execução penal, vejamos fatos ocorridos em período que antecede à criação do RDD.

Em 18/12/2000, uma rebelião ocorrida na Casa de Custódia de Taubaté – unidade de segurança máxima que desde sua inauguração não registrara nenhuma fuga e resguardava presos de elevada periculosidade e líderes de grupos organizados – terminou com um total de nove presos mortos, sendo que quatro deles foram decapitados, e a destruição total do espaço físico, o que vinha sendo anunciada na comunidade carcerária e, inclusive, era prevista no estatuto da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC).

Com isso, várias providências administrativas foram tomadas, transferindo-se os presos da Casa de Custódia de Taubaté, para o Centro de Detenção Provisória de Belém e para a extinta Casa de Detenção e Penitenciária do Estado. Nesse período, os problemas se intensificaram e os presos passaram a *fazer justiça com as próprias mãos*, com corpos surgindo em latões de lixo.

Em fevereiro de 2001, a Casa de Custódia estava reformada e os presos regressaram para a unidade. No entanto, dez líderes foram isolados em outras unidades prisionais. Em resposta ao endurecimento do regime, em 18/02/2001, aconteceu outra grande rebelião, envolvendo vinte e cinco unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária e quatro cadeias públicas, sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado.

Neste contexto, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, como resposta ao aparecimento das rebeliões e sob a argumentação da existência de quadrilhas organizadas no interior das prisões, instalou presídios de segurança máxima, majorou o poder dos diretores de penitenciárias e editou a Resolução SAP nº 26, de 04/05/2001, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no Estado de São Paulo.

No âmbito federal, surgiu a Medida Provisória nº 28/02, com o mesmo desígnio, mas que teve curta permanência, por não haver sido convertida em lei pelo Congresso.

Entretanto, o Governo Federal, em face da necessidade de custodiar o preso Luís Fernando da Costa, vulgo Fernandinho Beira-Mar; diante do recrudescimento da movimentação do crime organizado, em especial, dentro dos presídios; e da violência contra autoridades judiciárias, causando a morte de dois juízes de execução penal, em breve espaço de tempo, voltou sua atenção para a precisão de erguer unidades prisionais federais, auxiliar os Estados a manter penitenciárias de segurança máxima e para a criação de um regime disciplinar diferenciado. Revigorou-se o que, na prática, parecia se impor como imperativo. O Governo Federal apresentou, então, o Projeto de Lei nº 5.073/2001, o qual originou a Lei nº 10.792/2003, que alterou os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60 da Lei nº 7.210/82 (Lei de Execução Penal), introduzindo o referido RDD.

2.1. O RDD como fruto de um Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal é uma instância estatal de controle social e, como tal, tende a manter um perfil uniforme entre as distintas instâncias que se ocupam deste controle. Entretanto, conforme já afirmado, o sistema penal não pode ser analisado como solução para o problema da criminalidade.

Assim, o fato de surgir uma alteração da Lei de Execução Penal com características pouco garantistas tem origem que vai além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representa a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem, em especial do homem que cumpre pena, mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito Penal de fato por um modelo de Direito Penal de autor.

As restrições trazidas pela Lei nº 10.792/03 não estão direcionadas a fatos e sim a determinada classe de autores. Pretende-se visivelmente embaraçar a vida daqueles que se encontram privados de sua liberdade, seja provisória ou permanentemente, mas não por terem perpetrado algum delito, e sim porque conforme a apreciação dos responsáveis pelo controle penitenciário, representam um temor social ou administrativo. Tal iniciativa dirige-se, portanto, a um perigoso Direito Penal de autor, pelo qual não importa o *que* se faz ou se omite, mas sim *quem* faz ou omite.

Trata-se, evidentemente, de uma política criminal equivocada e que não resulta em mais do que a reprodução e multiplicação da violência.

Na realidade, a pretensão de transformar o Direito Penal em portador de ilusões de segurança social, não pode mais rescindir a confiança desta mesma instância de controle. Não se trata apenas de um fenômeno de alargamento do Direito Penal, mas de uma arriscada tendência à violação do princípio da igualdade em favor da imposição de uma reação penal diferenciada de acordo com o perfil do autor e não conforme o fato realizado. A adoção do RDD representa o tratamento desumano de certo tipo de autor de delito, distinguindo cidadãos e inimigos.

Evidentemente a legislação que deu origem a tal instituto não pode obter a almejada redução de índices de criminalidade, posto que o nascedouro do fenômeno criminológico brasileiro se acha muito mais nas discrepâncias sociais e econômicas do que no regime interno do cárcere.

Visualiza-se, pois, que é injustificável a reação do legislador neste sentido, extrapolando os contornos de um Direito Penal do fato, a favor de um Direito Penal de autor. Olvidar a condição humana do autor do delito possibilita a formulação de um Direito Penal do Inimigo e, conseqüentemente, a construções legislativas de nuances menos garantistas.

Destarte, claro está que a criação legislativa brasileira recente, mormente no que tange à regulamentação do RDD, não somente se atrela a uma política criminal equivocada, de ingresso em um ciclo vicioso de rebater a violência com mais brutalidade, como também se descobre respaldada por uma arriscada concepção dogmática.

CAPÍTULO 3

3. A SISTEMÁTICA DO RDD

Conforme dispõe a Lei nº 10.792/2003, podem ser sujeitos ao RDD todos os maiores de dezoito anos, privados legalmente da liberdade em razão de prática criminal, sendo indiferente tratar-se de preso provisório ou definitivo, nacional ou estrangeiro, com exceção dos recolhidos em razão de medida de segurança.

Referido regime pode ser aplicado em três hipóteses: cometimento pelo preso de crime doloso que ocasione subversão da ordem ou da disciplina internas; oferecimento pelo preso de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou no caso de recair, sobre o preso, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A sanção decorrente será o recolhimento, em cela individual, por até 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.

O preso tem direito à visita semanal de dois adultos e de número indeterminado de crianças, por duas horas, e igual período de banho de sol diário.

Sua aplicação dependerá de decisão judicial, garantido o contraditório entre Ministério Público e defesa, mediante provocação de autoridade administrativa, notadamente de diretor de estabelecimento penitenciário, sendo admitida a inclusão cautelar em RDD por dez dias, por decisão administrativa.

CAPÍTULO 4

4. O RDD E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda quando se restringia ao âmbito estadual, criticou-se o RDD sob o prisma da constitucionalidade, tendo em mira que a Constituição Federal, em seus artigos 22, I e 24⁴, não confere ao Estado a tarefa de legislar, por meio de resolução, sobre matéria penal, nem

⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Art.24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

tampouco penitenciária. Como se criou, sem o devido processo legislativo, o RDD, daí já decorria a inviabilidade de sua concretização e a conservação de um preso submetido às regras de tal regime fazia de sua prisão um ato de constrangimento ilegal. No entanto, essa crítica ficou superada com o surgimento da Lei Federal.

Sob a faceta formal, portanto, o novo instituto parece não sofrer de vício, cabendo examinar, porém, se suas previsões mancham os direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição da República e por tratados que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Atualmente, observa-se grande consonância global a favor dos direitos humanos. Ainda assim, em muitas partes do mundo, a retórica não reflete a realidade. Se de fato se pretende superar essa lacuna, precisa-se reconhecer que a implementação de normas de direitos humanos não é simplesmente uma questão de teoria abstrata, devendo encontrar aplicação prática no trabalho do governo. Desta feita, a maneira com a qual a sociedade trata aqueles que foram privados da liberdade é um teste cabal do seu nível de comprometimento para com os direitos humanos.

O artigo 5º da nossa Lei Maior traz padrões mínimos, fora dos quais a privação da liberdade deve ser tida como ilegal, nos incisos II, III, XXXV, XXXIX, XLVI, XLVII, “e” e XLIX⁵, entre outros.

Ainda nos parágrafos 1º e 2º⁶, do citado dispositivo, nosso ordenamento inovou, garantindo a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais e possibilitando o incremento daquele rol. Diante de tal cláusula aberta, surgiu a possibilidade de se buscar, fora do texto constitucional, formalmente considerado, outras previsões de direitos humanos.

Neste sentido, temos entendimento do constitucionalista Jorge Miranda, de que se aponta para um sentido material de direitos fundamentais⁷, posto que estes não são

⁵ Art. 5º. (...)

II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III- ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante;

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...);

XLVII- não haverá penas: (...);

e) cruéis; e

XLIX- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁶ §1º- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v.4, p.152.

unicamente aqueles enunciados pelas normas derivadas da Constituição, mas, também, podem ser direitos provenientes de outras fontes.

Tem-se o que J.J. Gomes Canotilho denomina fundamentalidade material das normas de direitos fundamentais. A idéia de que os direitos humanos são, em essência, constitucionais fornece base à abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, ou seja, direitos materialmente fundamentais, mas não formalmente.⁸

Portanto, o artigo 5º, §2º, da Carta Magna, ao reconhecer como fontes de normas de direitos humanos os princípios constitucionais e os tratados internacionais, leva-nos à conclusão de que, se estes não se integram formalmente à Constituição, materialmente devem ser tratados como equivalentes às previsões constitucionais e hierarquicamente superiores às leis ordinárias. Assim, pode-se concluir que os direitos humanos são princípios superiores à ordem jurídico-positiva, mesmo quando não estejam estabelecidos em normas constitucionais expressas, formando o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional.

Diante disso, pode-se lançar mão, além das normas formalmente constitucionais, de outras, com a mesma natureza jurídica, para se considerar a constitucionalidade de dispositivos inseridos por lei ordinária. Portanto, as incoerências do RDD com a Carta de Direitos brasileira devem ser contempladas também com os olhos voltados para os tratados internacionais de direitos humanos, sendo que, além destes, podem ser empregadas as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas⁹, que vêm sendo reconhecidas como meio de interpretação de tratados internacionais, bem como as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos no Brasil¹⁰, as quais são uma adaptação das regras da ONU à realidade nacional.

Assim sendo, cumpre-nos considerar as incompatibilidades existentes entre o RDD e as normas constitucionais, em face, também, dos diplomas supramencionados.

4.1. Dignidade e integridade física

A saúde física e mental do preso deve ser objeto de preocupação daqueles que lidam com o sistema carcerário, posto que o confinamento pode importar uma forma de agressão da

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 509.

⁹ Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes, reunido em Genebra em 1995, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social pelas suas resoluções 663 (XXIV) de 31/07/1957 e 2076 (LXII) de 13/05/1977.

¹⁰ Resolução nº 14, de 11/11/1994.

personalidade do ser humano encarcerado, prejudicando sua sanidade, alterando o mecanismo mental, cerebral, afetivo e comportamental, contradizendo, assim, o escopo da punição.

Toda ação do Estado deve se inclinar para o bem comum, afastando medidas que configurem a assimilação da vingança privada pelo ente público. A criação do RDD, neste diapasão, leva-nos a crer que há entre o preso e a administração penitenciária uma relação peculiar de sujeição e poder, embora da vigência da Constituição proceda a obrigatoriedade da proteção dos direitos fundamentais do preso tanto pela autoridade policial, quanto administrativa, implicando em direitos e deveres recíprocos, dos quais deriva para a administração, da qual depende o preso, o dever de proporcionar ou criar condições para o real exercício de seus direitos.

Quando uma autoridade judicial envia alguém para um estabelecimento prisional, a prisão não deve abarcar maus tratos físicos ou emocionais. Se o Estado assume para si o direito de privar alguém de sua liberdade, por qualquer razão que seja, ele também deve assumir para si a obrigação de assegurar que essa pessoa seja tratada de modo digno e humano.

O cerceamento da liberdade deve objetivar, efetivamente, a socialização do recluso, não robustecendo a carga de estigmatização social traduzida pelo julgamento e pela pena, sendo que as limitações de direitos devem ser acolhidas por razões de força maior e não de necessidade de funcionamento do estabelecimento prisional, proporcionando, assim, meios tendentes a produzir sua ulterior reincorporação social harmônica. No entanto, o RDD parece caminhar em sentido antagônico.

Nossa realidade carcerária é inquietante: presídios e penitenciárias abarrotados recebem, a cada dia, inúmeros indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha o ínfimo arcabouço para recebê-los. Assim, ao invés de ambiente de ressocialização do homem, tornam-se estabelecimentos nos quais surgem ainda mais criminosos, que se aprimoram, se revoltam, se desiludem, se desesperam. A volta à sociedade, através da liberdade, ao invés de solução, torna-se um tormento, posto que são homens fisicamente libertos, porém, de tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu passado, deparando-se com o desemprego, o descrédito, a desconfiança, o desprezo, o medo. Por óbvio, não devemos nos esquecer de que sofreram a privação de suas liberdades, em função de atos atentatórios a bens juridicamente tutelados pelo ordenamento; no entanto, também não devemos deixar de lembrar de que se tratam de seres humanos. Já no século XVIII, Beccaria afirmava que entre as penalidades e o modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário escolher os

meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado.¹¹

A legislação aplicável à prisão traz sempre em seu bojo essa noção. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹², em seu artigo 10, incisos 1 e 3, destaca:

Artigo 10 – 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana; (...)
3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reabilitação moral dos prisioneiros.

Também neste sentido, dispõe o artigo 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹³:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal
1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. (...)
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Também a Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, afirma que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

4.1.1. Tratamento cruel, desumano ou degradante

A aplicação de penas cruéis, desumanas ou degradantes viola o direito individual do preso e o direito difuso de toda a sociedade de ver a atividade estatal concentrada em algo que contribua para o bem comum.

Diversos são os dispositivos que abordam a proibição do emprego de meios que transgridam a dignidade da pessoa presa, por meio de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante¹⁴.

¹¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus, 1983, p.43.

¹² Aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966.

¹³ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969 – ratificada pelo Brasil em 25/09/1992.

¹⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. V. Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

Dessa feita, sendo o RDD uma sanção pela violação da disciplina penitenciária, sobre ele advêm os impedimentos legais, desde que sua sistemática infrinja a adjetivação *cruel, desumano e degradante*.

Cumpre-nos averiguar que não se vislumbra em tratados internacionais uma definição para *tratamentos desumanos ou degradantes*. No entanto, as acepções trazidas para a tortura possibilitam afirmar que, sendo esta um extremo, aqueles seriam uma variante mitigada daquela.

Segundo a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹⁵, em seu artigo 2º:

Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

É razoável a construção de critérios que admitam precisar a ocorrência de tratamento cruel, desumano ou degradante ao se observar as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros¹⁶, em seus artigos 31 e 32:

“31. Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.
32. 1) As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito que ele está apto para as suportar.
2) O mesmo se aplicará a outra qualquer punição que possa ser prejudicial à saúde física ou mental de um preso. Em nenhum caso deverá tal punição contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.
3) O médico visitará diariamente presos sujeitos a tais punições e aconselhará o diretor, se considerar necessário terminar ou alterar a punição por razões de saúde física ou mental.

Art. 7º. Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Convenção Americana de Direitos:

Art. 5º, 2. Ninguém será submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, III. Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

¹⁵ Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9/12/1985 – ratificada pelo Brasil em 20/07/1989.

¹⁶ Resolução nº 14, de 11/11/1994.

O isolamento celular, embora não seja absolutamente coibido, é medida extraordinária, submetido o seu emprego a acompanhamento médico, tanto para permiti-lo como para seu prosseguimento.

A questão da sanidade mental e física do preso é de grande relevo e não foi sequer abordada pela Lei nº 10.792/2003, não prevendo qualquer amparo médico ao submetido ao RDD. Assim sendo, ausente o resguardo médico, restaram violadas as Regras Mínimas, presumindo-se que a aplicação de tal regime resulta em crueldade, desumanidade e/ou degradação. E, mesmo que se satisfaça a previsão de acompanhamento do estado de saúde do detento, conserva-se vigente a regra geral destacada no artigo 32, 2, supra transcrito.

Portanto, no que concerne ao tratamento dispensado ao preso submetido ao RDD, observam-se sérias contradições com as imposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como com a expressa vedação constitucional, presente no artigo 5º, III. Se tais normas, aqui violadas, forem implementadas, a confiança e o respeito pelo serviço penitenciário seguramente aumentarão e se dará um respeitável passo rumo à aplicação universal dos direitos humanos.

CAPÍTULO 5

5. NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA

Como se viu, o isolamento pode configurar violação à norma, o que deve ser apurado concretamente, servindo de parâmetro, entre outros, a proporcionalidade e a razoabilidade da medida, posto que, se for aplicado mais severamente do que o indispensável para alcançar os objetivos disciplinares ou a proteção do prisioneiro de outros reclusos, importa apurar se se deu por um processo de decisão controlado ou, se se trata de arbitrariedade, ou até mesmo por vingança do administrador penitenciário.

A necessidade e a proporcionalidade da aplicação do RDD compõem o divisor de águas entre o permitido e o proibido. Salutar ter em mente se a aplicação de tal medida representa a única saída plausível, ou se há outras formas menos gravosas ao recluso.

Reportando-nos à situação brasileira, o RDD foi instituído para fazer frente ao fortalecimento de organizações criminosas. O *modus operandi* de tais grupos se funda na facilidade de comunicação com o exterior. Neste contexto, isolar os presos que comandavam as facções criminosas de dentro dos próprios presídios parecia a solução mais oportuna. No

entanto, dadas as regras do RDD, a medida foi além do necessário e do permitido para conter a situação.

Acerca do procedimento a ser adotado junto aos presos difíceis e que causam transtornos, Andrew Coyle afirma que “tal método de lidar com os presos, por mais perigosos que sejam, não constitui boa prática e muitas vezes decorre da ausência de técnicas de administração penitenciária apropriadas.”¹⁷

Conforme a Lei de Execução Penal, os presos deverão ser classificados, para nortear a individualização da execução de suas penas, resultando daí que nada impede o Estado de separá-los de acordo com seus antecedentes e periculosidade. Entretanto, isso deve se coadunar com o escopo principal do cumprimento da pena, qual seja, a reintegração social do condenado.

A norma que criou o RDD o fez como medida repressiva pela prática de infração disciplinar grave, encartando-o no Capítulo IV da Lei de Execução Penal (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina). No entanto, tal instituto não tem natureza jurídica de sanção, uma vez que não se reserva a punir alguém por um comportamento específico, mas afastar determinados presos do meio carcerário comum. Diante disso, vê-se claro desacerto entre as circunstâncias mediante as quais um preso pode ser removido ao RDD e os princípios que orientam a aplicação de punições, tais como o da tipicidade e da proporcionalidade entre ação e sanção.

CAPÍTULO 6

6. AS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO RDD

Das três possibilidades de aplicação do RDD, a primeira delas – prática de fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas – é a que se faz razoável enxergar uma ação concreta e específica, apta de ser provada e individualizada, caracterizadora de falta disciplinar grave.

Na hipótese alusiva a presos que ofereçam risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade há claro retorno ao Direito Penal do Autor ou de Periculosidade, na medida

¹⁷ COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: Uma abordagem de direitos humanos – Manual para servidores penitenciários*. Londres, International Centre for Prison Studies – King’s College London, Ministério da Justiça do Brasil e Embaixada Britânica – Brasília, 2004. p.91.

em que o emprego da sanção decorre da presumível ameaça que a pessoa representa, pelo simples fato de existir.

Zaffaroni e Pierangeli explicitam acerca de tal tema:

O sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se), seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar. Isso não significa que com a pena nada seja retribuído, mas apenas o estabelecimento de um limite à ação preventiva especial ressocializadora que se exerce sobre uma pessoa. De outra parte, a inclinação ao delito, além de não ser demonstrável, possui o sério inconveniente de, muito freqüentemente, ser resultado da própria ação prévia do sistema penal, com o que se iria cair na absurda conclusão de que o efeito aberrante da criminalização serve para agravar as próprias conseqüências, e, em razão disso, para aprofundar ainda mais a sua aberração.

(...)

Ainda que não haja critério unitário acerca do que é direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’, do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e o reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o ‘ser ladrão’, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinqüente sexual etc¹⁸.

No que concerne à hipótese de incidir sobre o preso fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, ocorre límpida transgressão ao princípio penal do *non bis in idem*, uma vez que se há suspeitas de tal participação, sendo tal conduta, por si só, crime, o caso seria de noticiá-la à autoridade policial, e não de aplicação de suposta sanção disciplinar.

Tucci afirma que:

O RDD, mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal, constituindo um autêntico ‘bis in idem’, uma vez tida a imposição da pena como ajustada à natureza do crime praticado – considerados todos os seus elementos constitutivos e os respectivos motivos, circunstâncias e conseqüências -, e à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente¹⁹.

¹⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio e PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. pp. 117-118 e 119.

¹⁹ TUCCI. Boletim do IBCCrim, nº 140, julho/2004, p. 4.

O novo artigo 52, § 2º, da Lei de Execução Penal²⁰ conflita com o artigo 30, das Regras Mínimas, segundo o qual “nenhum preso será punido senão de acordo com os termos da lei e regulamento, e nunca duas vezes pelo mesmo crime”.

As previsões genéricas trazidas pela Lei nº 10.792/2003 chocam-se com a necessária harmonia entre crime e castigo, na medida em que não há na pseudo-sanção disciplinar, ora criada, conformidade entre a suposta falta disciplinar e a punição daí advinda.

Importante se ter em mente que a punição não deve extrapolar a fronteira da necessidade que a administração do presídio tenha de devolver ou garantir a ordem e a segurança, jamais acolhendo que a repreensão se afaste do objetivo de reintegração social do condenado. No caso do RDD, a desproporção e o desvio de finalidade do isolamento celular o afasta da natureza jurídica de punição disciplinar.

Neste sentido, manifesta-se o já citado Andrew Coyle, em Manual para servidores penitenciários:

Uso mínimo de segurança máxima especial.

Nos casos em que grandes números de presos forem alocados para instalações especiais de segurança máxima, existe o perigo de que, para muitos deles, essas condições sejam excessivas e desproporcionais à ameaça em potencial que eles representam. Como regra geral, os presos devem ser confinados a condições especiais de segurança máxima, nos casos em que seu comportamento tiver demonstrado que eles representam tamanha ameaça à segurança que a administração penitenciária não tenha outra escolha. Qualquer alocação de pessoas presas para essas funções deve ser por um período de tempo tão curto quanto possível e deve estar sujeita a uma revisão contínua do comportamento do preso como indivíduo²¹.

Pode-se dizer arriscado o fato de a caracterização legal do RDD não ter estabelecido elementos que indiquem uma proporção entre a violação da disciplina e a sanção aplicável, nem entre a ameaça e o tempo de isolamento, demonstrando ser de extrema importância 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 em tal regime, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente.

²⁰ Art. 52

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

²¹ COYLE, Andrew. Ob. Cit. p. 90.

O RDD, portanto, infringe os princípios da legalidade e da tipicidade em matéria penal ao admitir a aplicação de rígida punição sem que haja um comportamento típico delineado, consentindo a remoção arbitrária de presos ao isolamento, não por terem cometido infração disciplinar, mas por supostamente pertencerem a organizações criminosas.

Feriu-se também o direito à individualização da pena, previsto constitucionalmente²², pois a mesma punição é aposta a pessoas distintas e para fatos díspares, consistindo uma alternativa descoberta pelo Estado para tentar afrontar o problema crônico da permeabilidade dos estabelecimentos prisionais ao mundo exterior e à incapacidade da Administração de reprimir o ambiente carcerário, assim como a ineficiência do sistema no que concerne à separação dos presos consoante seus antecedentes, sua periculosidade e características pessoais, acautelando a concepção das facções criminosas.

Nos dizeres de Alberto Silva Franco, ao comentar o modelo instituído pelo Estado de São Paulo e que serviu de semente para o recente RDD, criou-se, na verdade, um novo regime de cumprimento de pena:

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 da pena privativa de liberdade: o regime fechadíssimo.²³

O RDD não possui relação com o intuito das sanções disciplinares, de caráter exato e restrito a uma conduta específica. Revela-se uma experiência de criar um regime de cumprimento de pena mais rígido que o permitido legalmente, de caráter cruel e desumano, violador da Constituição Federal e do sistema internacional de direitos humanos.

Não se trata de ignorar o fato de que existem presos que são mais ameaçadores do que outros. Estes podem, sim, ser afastados da maioria da população carcerária, mas com o fim de garantir a correta execução da pena e de buscar meios de reintegrá-los harmonicamente à sociedade e não de sancioná-los.

A Administração, em face do disposto na Lei de Execução Penal (artigos 5º e 6º)²⁴, que estabelece o programa individualizador da pena privativa de liberdade, já possui o

²² Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena (...).

²³ FRANCO, Alberto Silva. *Meia ilegalidade*. Boletim do IBCCrim, n. 123, fev/2003, p. 2.

²⁴ Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

poder/dever de separar presos segundo sua periculosidade. É o que asseveram Beatriz Rizzo, Carmen Silva de Moraes Barros e Inês Tomás:

Observados os dispositivos da LEP, como resultado de classificação e individualização (em razão da especificidade de cada ser humano), pessoas determinadas poderiam ser levadas a cumprir pena em unidades prisionais específicas. E isto é tudo quanto se pode admitir como ‘diferenciação’, nenhuma outra forma, chame-se ela de ‘peculiar’, ‘não discriminatória’ ou de qualquer outro eufemismo, pode vigorar no que toca à disciplina e ao regime prisional, senão a prevista na LEP.²⁵

CAPÍTULO 7

7. SITUAÇÃO ATUAL: REBELIÕES EM SÃO PAULO/2006

Eu posso entrar numa delegacia e matar um policial, mas um policial não pode entrar na cadeia e me matar, pois é obrigação do Estado me proteger.
Marcola - Chefe do PCC (maio/2006)

A frase acima proclama a exata medida da crua realidade que arrasa a sociedade brasileira.

Diante de certas situações, urge a reflexão acerca do óbvio: a violência gera violência, bem como a ilegalidade gera ilegalidade. Os recentes episódios iniciados em São Paulo, acarretados pela adoção acrítica em todo o país de uma política criminal excludente e genocida, que aflige e amedronta o Brasil, acabam por desnudar o complexo conflito social que as classes dominantes insistem em descontextualizar e simplificar redefinindo-o como mero problema de polícia.

O Estado, que se mostra como a reserva de razão, dissimula, cotidianamente, direitos, atua ilegalmente, trata com desumanidade presos, condenados ou não, descuida das crianças e adolescentes, acabando por não ter legitimidade para cobrar respeito à sua desprestigiada legislação. Assiste-se aos agentes incumbidos da persecução e repressão aos crimes praticarem novos crimes sob o pretexto da defesa da ordem, embasados na cultura autoritária da sociedade brasileira, a qual se habituou em confundir autoridade com autoritarismo, e no apoio de parte da população que acredita na divisão maniqueísta da sociedade entre o bem e o mal, quase que olvidando da tolerância com que trata das ilegalidades próprias da classe

²⁵ RIZZO, Beatriz et al, *Bentham e o Eldorado*. Boletim IBCCrim, ano 11, nº 123, fev/2003. p. 4.

média, da sonegação de impostos à retenção do INSS de seus empregados, da direção embriagada à receptação de produtos eletrônicos contrabandeados. As notícias da morte de mais de cem pessoas assinaladas por seus executores como ligados à criminalidade organizada, a qual somente merece esse adjetivo se cotejada à desordem estatal, retrata a imagem deformada daquele que acredita que a brutalidade policial, que a perpetração de crimes, pode reprimir outras formas de ilegalidade. Parte da imprensa, ante aos fatos, crê na existência de guerra civil entre criminosos e agentes da segurança pública, quando de fato, a apreciação acurada dos dados estatísticos aponta para verdadeiras execuções sumárias.

Numa guerra, indubitavelmente, há baixas de ambos os lados. No momento da morte dos policiais, somente estes eram executados, não havia baixas do outro lado ou, se existiram, foram em números que não permitem avaliar o confronto como paritário. Na ocasião da morte de mais de cem cidadãos chamados de criminosos, apenas estes morreram. Não se vislumbrou confronto real.

Constatam-se delitos perpetrados pelos dois lados dessa luta social em torno de uma política que vê no sistema penal uma forma de conservação das desigualdades. Não se pode tratar como inimigos da sociedade os filhos dessa mesma sociedade, a qual cria necessidades artificiais em busca de lucro, mas que se esquece de oferecer meios para que todos se satisfaçam.

A classe política limita-se a reproduzir o senso comum nascido na falta de informação. Cria mitos sem base em dados científicos ou estudos sérios, sugere e produz legislações de emergência como a Lei nº 10.792, objeto da presente monografia, e que agravam o tratamento penal na medida em que agravarão o caos penitenciário e social, produto de uma legislação penal seletiva, que não atende, e nem poderia, aos fins a que se propõe. Caos esse que, atualmente, não poderia ser maior comprovação de que a legislação em análise não atende, de maneira alguma, ao propósito da pena.

Não se averigua qualquer ponderação. Não se pesquisa se a lei dos Crimes Hediondos atenuou a criminalidade; não se verifica se o aumento da pena para o delito de porte de arma diminuiu a incidência dessa prática criminosa; para a superlotação carcerária, criam-se leis que aumentam as penas e agravam as condições para o cumprimento dessas medidas coercitivas, conforme a lei em comento, a qual instituiu o RDD. Pretende-se aperfeiçoar a Lei de Execuções Penais que, na verdade, nunca foi categoricamente aplicada, seja por falta de verbas, seja por falta de vontade política. Paradoxalmente, declara-se a busca pela ressocialização dos indivíduos, retirando-os cada vez mais da convivência social, anulando suas individualidades. E espera-se que retornem pacíficos à sociedade.

Recentemente, um documentário do rapper MV Bill e Celso Athaíde originou inquietação aos lares brasileiros ao apregoar a falta de probabilidade das crianças desempenharem sua cidadania e a maneira cruel como são abraçadas pela criminalidade, ante a carência de políticas públicas que lhes garantam um mínimo de dignidade. Essas crianças crescem e habitam o mesmo sistema penitenciário que hoje dá sinais de inconformismo.

Em meio à onda de barbárie, que as autoridades sejam capazes de enfrentar o caos com medidas que tragam à sociedade algo mais do que a indignação. O Estado, ao qual cabe o monopólio do uso lícito da força, nos exatos limites que se façam necessários, não pode se nivelar ao criminoso. A violência vingativa é incompatível com o Estado de Direito.

O direito à segurança trata-se um direito secundário. Ao se ponderar acerca da segurança, refere-se à segurança de um outro direito, este sim primário, o da segurança à vida, à integridade física, ao patrimônio. Enquanto o Estado não atender aos direitos primários, fornecendo condições objetivas à vida digna, à saúde, à educação de cada cidadão, independentemente de sua classe social, a segurança pública apenas será empregada como arremedo para o caos social ou na manipulação do sentimento de medo da população.

Espera-se, por fim, que a barbárie, em meio à grande onda de violência, compila ao renascimento da razão como revide ao caos que brota da irracionalidade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, temos evidente a incompatibilidade das regras estabelecidas pela Lei nº 10.792/03 com a Constituição Federal e os instrumentos citados, sob diversos âmbitos, tais como a ausência de garantia para a saúde mental do preso; a duração excessiva, implicando violação à proibição de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a falta de tipificação clara das condutas, bem como a carência de correlação entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente. Isso mostra que o RDD não possui natureza jurídica de sanção administrativa, representando uma tentativa de expelir presos do restante da população carcerária, em condições proibidas pela legislação, acrescido, ainda, do fato de que, da maneira como foi instituído, pode, além de afetar a integridade física e mental do preso, desfavorecer sua recuperação social, pois não há como recuperar um criminoso sem lhe oferecer trabalho, lazer e participação familiar.

O propósito da privação de liberdade é proteger a sociedade contra a criminalidade, não só removendo os transgressores de seu seio, mas também procurando assegurar, tanto quanto possível, sua reabilitação. Para que isso incida, as administrações penitenciárias

precisam alcançar um equilíbrio apropriado entre segurança e os programas reservados a habilitar as pessoas presas a se reintegrarem à sociedade.

Se o nosso atual sistema carcerário já encontra dificuldades em permitir a ressocialização do condenado, quiçá submetendo-o às condições do RDD. Se com o estado de coisa, proporcionado pelo sistema prisional debilitado, o preso já corre o risco de voltar à sociedade com a saúde mental debilitada, o que se dirá daquele submetido ao RDD? Não se trata de demagogia ou paixões assoberbadas a crítica a este regime disciplinar, posto que não se mostra prudente punir, também, pela ineficiência do Estado no trato da execução das penas. Tem-se, pois, a consagração, por lei, do regime da total desesperança, nos dizeres de Nilo Batista, comentando-o: “quando os condenados começarem a se matar, saberemos muito bem, ‘sem sentimentalismos feminis’, de quem é a culpa.”²⁶

O padrão clássico de Justiça Penal, abalizado na crença de que a pena privativa de liberdade seria satisfatória para, por si só, resolver a questão da violência, vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este fundamentado na idéia da prisão como *extrema ratio* e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Passa-se gradativamente de uma política paleorrepressiva, de cunho eminentemente simbólico, consubstanciada em leis incriminadoras, muitas das quais contaminadas de vícios de inconstitucionalidade, majorando desmedida e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, para uma tendência despenalizadora.

Ainda que nosso sistema penal privilegie o cárcere, crendo, ainda, na função dissuasória da prisão, a tendência mundial é no sentido de alternativizar este arquétipo, posto que o conceito de que a prisão seria a basilar resposta penológica na prevenção e contenção ao crime perdeu fôlego, prevalecendo, atualmente, uma atitude pessimista, que já não tem muitas expectativas sobre os resultados que se possa obter com a prisão tradicional.

O RDD não se situa, efetivamente, em medida que se assente aos anseios da moderna criminologia, bem como não será solução para a grave crise criminal da contemporaneidade. Ademais, não obstante seja atraente a idéia de que se possa compreendê-lo como saída imediata, em busca de alguma eficácia para o sistema penal, outras razões conspiram em sentido antagônico. É perfeitamente justo e imperioso pretender-se um sistema funcional, entretanto, a eficácia do sistema de repressão penal não pode abonar o sacrifício de conquistas humanitárias históricas, sob pena de revelar-se contraproducente.

²⁶ BATISTA, Nilo, Boletim do IBCCrim, nº 135, outubro/2003. p. 2.

A implementação do RDD, no Brasil, portanto, foi uma exigência social que, certamente, custará muito caro à própria sociedade.

Na Lei de Execução Penal, há mecanismos aptos a coibir excessos disciplinares por meio de sanções disciplinares, não havendo a precisão desse endurecimento que acaba por configurar uma verdadeira cortina de fumaça para que a sociedade não adentre nas discussões relacionadas às causas do crime e da corrupção policial. Ilude-se essa mesma sociedade por meio de leis mais rigorosas e penas mais elevadas, inculcando a noção de que o sistema funciona adequadamente e busca o efetivo combate à criminalidade. Não que tal objetivo não seja almejado. Porém, materializado no RDD, as conseqüências danosas são deveras maiores do que os benefícios, vislumbrando-se claro desequilíbrio entre os fins e os meios utilizados, correndo-se o risco de devolver às ruas uma pessoa cuja personalidade esteja fragilizada, e talvez, ainda mais inclinada ao crime, ao passo que o que se deveria pretender era justamente a reinserção social de forma harmônica.

Falar em harmonia, reinserção, ressocialização em um contexto tão estigmatizado e até mesmo banalizado como o criminal, em face da violência gratuita que se observa através dos meios de comunicação, bem como da corrupção que impera nos mais diversos âmbitos da sociedade, pode parecer um tanto utópico. Defender um ponto de vista, levando em consideração os direitos humanos de quem é capaz de tirar a vida de outra pessoa, pode parecer contraditório, demagogo. Porém, não se deve perder de vista que, apesar de estarem privados de sua liberdade, em função da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico e violador de bens jurídicos importantes, são seres humanos, e como tais, deve-se dispensar a eles respeito à sua integridade física, moral e psíquica. Muitas das vezes, aqueles que lotam as unidades prisionais são verdadeiras vítimas de uma sociedade carente de recursos, de uma educação deficiente, de uma família desestruturada, de um governo descomprometido com os interesses daqueles que realmente dele necessitam.

Lançar a culpa exclusiva do alto índice de criminalidade e conseqüente superlotação dos presídios nos atos e omissões do governo é cômodo. Cumpre-nos, sim, adotar uma posição ativa, buscando, dentro daquilo que nos é fornecido, das leis que se encontram em vigor, os melhores caminhos a serem percorridos, de forma a fazermos valer nossos ideais e a integridade daqueles que dependem da nossa Justiça, não por meio apenas de críticas ou de endurecimento exagerado das penas e meios de cumprimento das mesmas, mas sim de atos concretos, utilizando os institutos jurídicos de forma condizente com as normas constitucionais e de direitos humanos já explanadas.

Um regime disciplinar severo, atentatório aos direitos humanos está em vigor. Surgiu com o desígnio de coibir práticas criminosas, objetivo louvável. No entanto, não deve ser aplicado, posto que eivado de flagrante inconstitucionalidade, sendo capaz de suscitar ainda mais transtornos do que tranqüilidade à sociedade.

Urge, pois, que encontremos uma solução intermediária que não privilegie o cárcere, muito menos a desumanidade na execução das penas e nem difunda a idéia de impunidade. A instituição do RDD mostra-se, pois, dispensável 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 nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

De fato, a Lei de Execução Penal, ao estipular que o preso o qual comete infração disciplinar de natureza grave poderá ser mantido em isolamento por até trinta dias, parece garantir a possibilidade da direção do presídio de punir o faltoso e, ao mesmo tempo, assegurar o regresso da paz dentro do estabelecimento, valendo lembrar que a aplicação de tal sanção pode ser reproduzida quantas vezes for infringida gravemente a disciplina prisional.

Além disso, sempre que a falta caracterizar crime, o sentenciado poderá ser novamente condenado, o que aumentará seu tempo de prisão.

Não se deve confundir sanção disciplinar com regime de cumprimento de pena e, muito menos, buscar no isolamento em solitária a solução para o funcionamento, em segurança, das unidades prisionais brasileiras, posto que o aspecto mais importante de uma prisão é sua dimensão humana, uma vez que as prisões são instituições essencialmente voltadas para pessoas.

Nas sociedades democráticas, a lei sustenta e protege os valores fundamentais da sociedade. O mais importante deles é o respeito pela dignidade inerente a todos os seres humanos, qualquer que seja sua condição pessoal ou social. Um dos maiores testes desse respeito à dignidade humana reside na forma como uma sociedade trata aqueles que infringiram ou são acusados de ter transgredido a lei penal. São pessoas que, elas mesmas, podem ter demonstrado uma falta de respeito pela dignidade e pelos direitos de outros. O princípio do respeito pelos seres humanos, independentemente do erro ou da injustiça que eles tenham cometido, foi expresso por um famoso ex-presidiário e ex-Presidente da África do Sul, Nelson Mandela:

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 pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.²⁷

Nelson Mandela, em seu discurso por ocasião do lançamento oficial do projeto de capacitação de direitos humanos do Departamento de Serviço Penitenciário da África do Sul, enfatizou a importância tanto da segurança quanto da justiça na administração penitenciária:

A segurança das prisões é indispensável para converter nosso sistema de justiça em uma arma eficaz contra a criminalidade. Quando as pessoas presas – que foram condenadas ou que aguardam julgamento – são confiadas aos seus cuidados, elas devem saber e a população também deve saber que elas permanecerão na prisão até que sejam legalmente dispensadas. A contribuição plena que nossas penitenciárias podem dar para uma redução definitiva do índice de criminalidade no país também reside no modo como elas tratam as pessoas presas. Toda ênfase é pouca para frisar a importância tanto do profissionalismo quanto do respeito pelos direitos humanos²⁸.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Antônio Milton de. A reforma da Lei nº7.210/84 (Lei de Execução Penal). Jus Navigandi, Teresina, ^a 9, n. 590, 18 de fev. 2005. Disponível em: <http://1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6322>. Acesso em: 10 fevereiro 2005.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. O RDD é um acinte. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>. Acesso em: 17 julho 2005.

BATISTA, Nilo. In: Boletim Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 135, outubro/2003.

BECCARIA. Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus, 1983.

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

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

²⁷ Mandela N (1994), Long Walk to Freedom, Little Brown, Londres, apud COYLE, Andrew, ob. cit. p. 23.

²⁸ Mandela N (Kroonstad, 25 de junho de 1998), apud COYLE, Andrew, ob. cit. p. 75.

BRASIL. Lei n. 10.792, de 01 de dezembro de 2003.

BRASIL. Resolução n. 14, de 11/11/1994. Regras Mínimas para Tratamento dos Presos no Brasil.

BRASIL. Resolução SAP n. 26 de 04.05.2001.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de dezembro de 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969 – ratificada pelo Brasil em 25/09/1992.

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9/12/1985 – ratificada pelo Brasil em 20/07/1989.

COSTA, Cláudia Pinheiro. Sanção penal – sua gênese e tendências modernas, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

COYLE, Andrew. Administração penitenciária: Uma abordagem de direitos humanos - Manual para servidores penitenciários. Londres, International Centre for Prison Studies – King's College London, Ministério da Justiça do Brasil e Embaixada Britânica – Brasília, 2004.

DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado. In: Boletim Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 11. n. 134, jan.2004.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Tradução de: Raquel Ramallete. 23^a ed., Petrópolis: Vozes, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. Meia ilegalidade. In: Boletim Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 123, fev/2003.

JORGE, Higor Vinícius Nogueira. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na Lei nº 10.792/03 e as facções criminosas. Disponível em: <http://www.higorjorge.hpg.com.br>
Acesso em: 27 julho 2005.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v.4.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966.

Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, reunido em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social pelas suas resoluções 663 (XXIV), de 31/07/1957 e 2076 (LXII) de 13/05/1977.

RIZZO, Beatriz, BARROS, Carmen Silva de Moraes e TOMÁS, Inês. Bentham e o Eldorado. In: Boletim Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 11, nº 123, fev/2003.

TUCCI. In: Boletim Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 140, julho/2004.

ZAFFARONI E PIERANGELI. Manual de direito penal brasileiro – parte geral. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.