

A RESOLUÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO¹

“Punições menos diretamente físicas, uma certa discricção na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade?”²

Segundo artigo de Felipe Recondo, *"as novas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros discutidas pela Organização das Nações Unidas reforçam o questionamento da legalidade do Regime Disciplinar Diferenciado adotado em presídios brasileiros. A Comissão das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, em Viena, prevê limite máximo de 15 dias para o isolamento de presos. Um parecer³ assinado pelo relator especial de direitos humanos das Nações Unidas sobre a tortura, Juan Méndez, a pedido da Conectas antecipava que a manutenção do isolamento acima de 15 dias configurava a prática de tortura e provocava danos psicológicos irreversíveis para os detentos. A adoção e implementação dessas regras reforça os princípios dos direitos humanos e proporciona*

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013), “Uma Crítica à Teoria Geral do Processo” e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), “O Procedimento Comum: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo”, Florianópolis, Editora Empório do Direito”, 2015, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

² Michel Foucault – Vigiar e Punir, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 18ª., ed., p. 12. Pergunta Foucault: “Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce?” Responde: sobre a alma: “À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições”. (ob. cit., p. 18).

³ http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Juan%20Mendez_Agosto%202011_PORT.pdf

maior proteção às pessoas privadas de liberdade, garantias processuais atualizadas, e uma orientação mais eficaz para as administrações nacionais de prisão, afirmou o relator em carta aberta à Comissão das Nações Unidas. De acordo com a ONU, a adoção de uma resolução durante a 24ª sessão da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal irá permitir a revisão das regras e que elas sejam consideradas pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2015. As chamadas Regras de Mandela estabeleceram, em 1955, regras mínimas para o tratamento digno dos presos. Neste ano, a ONU discute a atualização dessas regras e fixação de novos parâmetros. No último dia 22, as novas regras foram formalizadas pela Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal.”⁴

Pois bem.

Sabe-se que no ano de 2003 foi promulgada uma lei que alterou o Código de Processo Penal e, de quebra, modificando também a Lei de Execução Penal, instituiu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Como outras tantas leis no Brasil, esta também foi ditada no afã de satisfazer a opinião pública e como uma resposta à violência urbana (ao menos no que concerne à alteração produzida na Lei de Execução Penal)⁵.

Mais uma vez, utilizou-se de um meio absolutamente ineficaz para combater a criminalidade, cujas raízes, sabemos todos, está na desigualdade social que ainda reina no Brasil (apesar da esperança que ainda também nos resta). Efetivamente, nos últimos anos temos visto várias leis criminais serem apresentadas como um bálsamo para a questão da violência urbana e da segurança pública, muitas delas com vícios formais graves e, principalmente, outros de natureza substancial, inclusive com mácula escancarada à Constituição Federal⁶.

Como afirma Paulo César Busato, *“é necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matizes como os da Lei 10.792/03*

⁴ <http://jota.info/resolucao-da-onu-reforca-contestacao-ao-rdd-brasileiro>.

⁵ Como afirmam Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya, *“está em curso no Brasil uma Política Criminal e Penitenciária autoritária, conservadora, utilitarista, midiática e simbólica”*, acreditando-se *“que uma centena de presos em RDD vai suspender ou minimizar as causas e motivações que geram a violência e a criminalidade”*, tudo a demonstrar o *“afastamento por completo do Estado Democrático, Social e de Direito prometido pelo legislador constituinte de 1988, bem assim da legislação internacional de tutela e promoção dos direitos fundamentais que o Brasil recepcionou.”* (Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º. 49, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 288).

⁶ Em conferência realizada no Brasil, em Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001, Zaffaroni contou a parábola do açougueiro: *“El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: ‘Banco de Brasil’, ‘Agencia de viajes’, ‘Médico’, ‘Farmacia’, y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: ‘tengo dolor de estómago, que puede hacer?’. Y el carnicero sensatamente respondería: ‘no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas’. Y los feligreses se enojarían: ‘Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?’. Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo.”* Conclui, então, o mestre portenho: *“Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo.”*

*correspondem por um lado a uma Política Criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso, há a necessidade de cuidar-se com relação aos perigos que vêm tanto de um quanto de outro.”*⁷

Efetivamente, há entre nós um mau vezo em se interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional (!!!), ao invés do contrário, ou seja, procurar-se uma interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição Federal. O resultado, por óbvio, é desastroso, apesar de agradar a alguns (ora por ignorância, ora por conveniência). Relembremos que “*não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.*”⁸

Pois bem: temos agora a Lei nº. 10.792/2003 que, a par de trazer interessantes modificações na disciplina do interrogatório (como a exigência de defensor para o interrogando e a possibilidade de participação efetiva das partes), alterou a Lei de Execução Penal que, aliás, está fazendo aniversário de vinte anos (sem motivos, aliás, para comemorações).

Pela norma, estabelece-se que a “*prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: 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; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.*” Também por força da referida lei, o RDD “*poderá abrigar presos provisórios (leia-se: aqueles ainda sem uma condenação definitiva e, portanto, presumivelmente não culpados, segundo a nossa Carta Magna) ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*”, bem como “*o preso provisório (idem) ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.*” O que seriam mesmo fundadas suspeitas? Afinal, a presunção constitucional não é a de não-culpabilidade? E o que seria mesmo uma organização criminosa? Como se sabe, não há no Brasil uma lei que traga tal definição, ferindo-se, destarte, o princípio da legalidade, também de índole constitucional.

Veja-se a opinião de Luiz Flávio Gomes:

“Nenhum ser humano pode sofrer tanta aflição por suspeitas. Viola o princípio da presunção de inocência agravar as condições de cumprimento de uma pena em razão de suposições ou suspeitas. E se o agente efetivamente integra alguma organização criminosa, por isso irá responder em processo próprio. Aplicar-lhe mais uma sanção pelo mesmo fato significa bis in idem

⁷ “Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo”, in Revista de Estudos Criminais nº. 14, Porto Alegre: NOTADEZ/PUC/!TEC, agosto/2004, p. 145.

⁸ STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

(dupla sanção ao mesmo fato). Pela gravidade do RDD e pelo nível de constrangimento que ele implica ao bem jurídico liberdade, somente provas inequívocas relacionadas com um fato concreto praticado dentro do presídio é que poderiam permitir a sua aplicação. O Estado constitucional, democrático e garantista de direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado.”⁹

A inclusão no RDD será determinada por “*prévio e fundamentado despacho do juiz competente*”, a partir de “*requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa*”, sendo imprescindível a “*manifestação do Ministério Público e da defesa*”, devendo ser “*prolatada no prazo máximo de quinze dias.*” Pergunta-se: quem seria esta outra autoridade administrativa? O Secretário de Estado da Justiça? O Governador do Estado? Estariam eles então, agora, a figurar como partes ou sujeitos do procedimento jurisdicional de execução penal?

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranquilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º., XLVII, “e”, CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º., XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º., III).

Ademais, não se observou o princípio constitucional da proporcionalidade, pois “*um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.*”¹⁰

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável

⁹ Fonte: site www.ultimainstancia.com.br – 17/10/2006. A propósito, e para ilustrar, veja esta decisão do Superior Tribunal de Justiça: “*EMENTA: REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD). HIPÓTESES LEGAIS. Para que haja a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado (RDD), é necessário ocorrer ao menos uma das hipóteses previstas no art. 52 da LEP. Ademais, a decisão judicial sobre a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado terá que ser fundamentada pelo juiz das execuções criminais e determinada no processo de execução penal, bem como precedido de manifestação do Ministério Público e da defesa. Na espécie, não verificada a ocorrência de nenhum dos requisitos, a Turma concedeu a ordem para que se transfira o paciente do regime disciplinar diferenciado para o conjunto penal em que anteriormente se encontrava.*” (HC 89.935-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/5/2008).

¹⁰ Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

desesperança. Como afirma José Antonio Paganella Boschi, “a potestade punitiva encontra limites na aspiração ética do Direito (...), inclusive quanto ao processo destinado à imposição, quantificação e posterior execução das penas, matéria do CPP e da LEP.”¹¹

Ora, “quando o direito interno inclui a dignidade entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, estabelece a dignidade da pessoa como ‘fonte ética’ para os direitos, as liberdades e as garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais.” (Célia Rosenthal Zisman, Estudos de Direito Constitucional – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 23). O Princípio da Dignidade obriga “que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.” (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada, São Paulo: Atlas, 2002, p. 129). Para José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 1995, p. 106).

Segundo Étienne Vergès, “le principe de dignité de la personne humaine domine de très nombreux domaines du droit. Il a fait son apparition à l’issue de la seconde guerre mondiale dans les textes internationaux.”¹²

Célia Rosenthal Zisman anota ainda que “a consciência da dignidade do homem, a evolução da humanidade que se verifica com a aceitação da necessidade de respeito do homem como pessoa, leva ao entendimento de que a dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de cada indivíduo da sociedade e também por parte do Estado.” (Grifo nosso).¹³

Norberto Bobbio afirmava que os “direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.”¹⁴ Por outro lado, continua o filósofo italiano, “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”¹⁵

Mas, não é só.

Entendemos que o RDD também afronta a Constituição, agora o seu art. 5º., XLVI, que trata da individualização da pena. Não se olvide que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com a garantia, por exemplo,

¹¹ Ação Penal, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002, 3ª. ed., p. 19.

¹² Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 55.

¹³ Estudos de Direito Constitucional – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 39.

¹⁴ Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

¹⁵ Idem, p. 05.

da progressão de regime. Observa-se que o art. 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever “*o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*”, o que indica indubitavelmente que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “*individualização da pena*”. Assim, não podemos admitir que, **a priori**, alguém seja condenado a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de progressão, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão.

Como ensina Luiz Luisi, “*o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo.*” (grifo nosso). Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina: “*Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.*”(…) “*Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução.*” (...) “*Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.*”(…) “*Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa.*”

E conclui o autor: “*De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.*”¹⁶ (grifos nossos).

Segundo o professor peruano, Luis Miguel Reyna Alfaro, “*la individualización judicial de la pena a imponer, es uno de los más importantes aspectos que deben ser establecidos por los tribunales al momento de expedir sentencia. Sostienen por ello con absoluta razón ZAFFARONI/ ALAGIA/ SLOKAR que la individualización judicial de la pena debe servir para ‘contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo’. Este proceso de individualización judicial de la pena es ciertamente un proceso distinto y posterior al de determinación legal de la misma que es realizado por el legislador al momento de establecer normativamente la consecuencia jurídica. Esta distinción es importante porque nos permite marcar la diferencia –a la que recurriremos posteriormente- entre ‘pena abstracta’ y ‘pena concreta’. La primera está relacionada a la pena determinada legalmente por el legislador en el proceso de criminalización primaria, mientras la segunda se refiere a la pena ya individualizada por el operador de justicia penal, dentro del proceso de criminalización secundaria. Adicionalmente, ésta distinción*

¹⁶ Os Princípios Constitucionais Penais, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs.

‘pena abstracta- pena concreta’ sirve para comprender que el proceso de individualización judicial de la pena es un mecanismo secuencial que pasa, en primer lugar, por establecer cuál es la pena establecida por el legislador para, en segundo lugar y sobre esos márgenes, establecer la aplicable al caso concreto y la forma en que la misma será impuesta. (...) Como se indicó anteriormente, el proceso de individualización judicial de la pena debe necesariamente encontrarse vinculado a los fines de la pena, lo que obliga a introducirnos al inacabable debate sobre el fin de la pena.”¹⁷ (grifo nosso).

Assim, não restando dúvidas de que a possibilidade de progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, afigura-se-nos também inconstitucional o RDD, desde que constitui elemento impeditivo daquela garantia.

Neste mesmo sentido, Rodríguez Devesa afirma que *“pueden distinguirse tres fases en el proceso de determinación de la pena aplicable: individualización legal; individualización judicial e individualización penitenciaria.”*¹⁸

Comentando o assunto, o mestre 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 agente.”*¹⁹

Esqueceu-se-se novamente que o modelo clássico de Justiça Penal, fundado na crença de que a pena privativa de liberdade seria suficiente para, por si só, resolver a questão da violência, vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este baseado na idéia da prisão como **extrema ratio** e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Em todo o mundo, passa-se gradativamente de uma política *paleorrepressiva* ou de **hard control**, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, etc.) para uma tendência despenalizadora.

Como afirma Jose Luis de la Cuesta, *“o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a*

¹⁷ “La individualización judicial de la pena. Especial referencia al artículo 46 CP peruano”, encontrado no site www.eldial.com – 13 de junho de 2005.

¹⁸ Apud Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 30.

¹⁹ Boletim do IBCCrim, n.º. 140, julho/2004, p. 4.

sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.” (grifo nosso, na tradução de Consuelo Rauén)²⁰.

Na lição de Canotilho, no Estado Democrático de Direito deve-se atentar para o Princípio da Proibição do Excesso, impondo-se a observância de três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade. Segundo o jurista português, “*a exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coactivo’, relativamente aos direitos restringidos.*” Para ele, “*proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem.*” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., 2002, pp. 455 e 1.151).

Hoje, ainda que o nosso sistema penal privilegie indubitavelmente o encarceramento (acreditando, ainda, na função dissuasória da prisão), o certo é que a tendência mundial é no sentido de alternativizar este modelo clássico, pois a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes. A idéia disseminada a partir do século XIX segundo a qual a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao crime perdeu fôlego, predominando atualmente “*uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional*” (Cezar Roberto Bittencourt).

Urge, pois, que encontremos uma solução intermediária que não privilegie o cárcere (muito menos a desumanidade no cumprimento da pena), nem espalhe a idéia da impunidade. Parece-nos que esta solução se encontra exatamente nas penas alternativas. É indubitoso que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma via crucis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de uma tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado. Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

²⁰ “Pena de morte para os traficantes de drogas?”, publicado no Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, n°. 01 (maio de 2005), p. 04.

Diante destas considerações, entendemos que os artigos que tratam do Regime Disciplinar Diferenciado não devem ser aplicados, pois, apesar de normas vigentes formalmente (porque aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Poder Executivo), são substancialmente inválidas, tendo em vista a incompatibilidade material com a Constituição Federal.

Canotilho explica que são “*princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.*”²¹

Uma coisa é lei vigente; outra é lei válida. Nem toda lei vigente é válida e só a lei válida e que esteja em vigor deve ser observada pelos cidadãos e operadores de Direito.

A propósito, Ferrajoli:

“*Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos de acto normativo, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado.*” Para o autor, “*las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores – como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos.*”²²

Em sessão realizada no dia 15 de agosto do ano de 2006, a 1ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, decidiu que o Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional:

“*HABEAS CORPUS n.º. 978.305.3/0-00 Relator, Desembargador Borges Pereira - Voto n.º. 5714: (...) Com efeito, toda afronta aos Direitos Individuais dos cidadãos brasileiros, independentemente de raça, credo, condição financeira etc, desde que cause constrangimento ilegal, é, e sempre deverá ser passível de “habeas corpus”. É de se observar, inclusive, que a impetrante questiona não só a ilegalidade RDD, como também pleiteia a transferência do detento para outro presídio da rede Estatal. 2. No que pertine ao mérito do pedido, razão assiste à impetrante. É de se observar inicialmente não se poder deixar de considerar o grave momento vivido pelas instituições públicas, fruto de dezenas de anos de descaso para com as causas sociais, originando o nascimento de verdadeiro Estado Paralelo, que a medida ora questionada visa enfrentar. (...) Trata-se, no entanto, de medida inconstitucional, como se sustenta a seguir: O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor. Já no seu nascimento,*

²¹ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., p. 1.151.

²² Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal, Madri: Editorial Trotta S.A., 3ª. ed., 1998, p. 874.

a medida ofende mortalmente a Constituição Federal, desde que a resolução SAP nº 026/01, que cria o regime disciplinar diferenciado, é ato de secretário de Estado, membro do Poder Executivo, a quem não cabe legislar sobre matéria penal, nem tampouco penitenciária, segundo a Constituição Federal (arts. 22, I e 24, I). Assim, a inexistência de procedimento legislativo e da necessária edição de lei federal, é que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade de sua efetivação, configurando evidente constrangimento ilegal. Destarte, não cabe a ninguém, nem mesmo ao juiz da execução, determinar ou legitimar regressão (ou transferência) a regime penitenciário inexistente em lei. Como muito bem disserta Carmem Silva de Moraes Barros, Procuradora do Estado em São Paulo, “in” <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>, “ao criar o regime disciplinar diferenciado, a resolução dá vida a uma pena desumana e atentatória aos direitos e liberdades fundamentais: isolamento por 180 dias, na primeira inclusão e 360, nas demais; banho de sol por, 'no mínimo', uma hora por dia; visita semanal de duas horas, sem algemas... (arts. 4º e 5º, II, IV e V da resolução). Observe-se que essas são regras previstas "para assegurar os direitos do preso" durante a permanência no RDD, conforme o caput do art. 5º da resolução. Assim é que sob o pretexto de combater o crime organizado instituiu-se método de aniquilamento de personalidades. Mas não é só. A resolução SAP n. 026/01 autoriza a transferência para o RDD a critério exclusivo da autoridade administrativa. Alijada a autoridade judicial, a autoridade administrativa se vê, em razão dos próprios termos da resolução, desobrigada de respeitar a Lei de Execução Penal (que não consta tenha sido revogada pela resolução). A resolução não exige prática de falta grave para transferência para o RDD e exatamente porque estabelece que esse regime de cumprimento de pena é aplicável "aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico" (art. 1º), abre espaço para qualquer tipo de arbítrio por parte da autoridade responsável pela custódia do preso. Lembra, assim, os velhos porões, para os quais é possível transferir presos, se o critério – exclusivamente administrativo – indicar tratar-se de pessoa cujo comportamento "exija tratamento específico". Um tanto quanto vago, mas muito apropriado para os fins a que se propõe. Diz a resolução: "os objetivos de reintegração do preso ao sistema comum devem ser alcançados pelo equilíbrio entre a disciplina severa e as oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária". Muito embora – e isso ao que parece ainda não se contesta – o processo de execução seja jurisdicionalizado, a concessão que a resolução faz ao juízo da execução é a comunicação da inclusão e da exclusão no RDD, em 48 horas (art. 8º). Não trata da óbvia necessidade de que a autoridade administrativa comunique ao juízo qual o fato imputado ao preso que está fundamentando a transferência para o RDD”. Mas a citada jurista não pára aí: “Ignora-se, sem qualquer cerimônia, a LEP que, no que tange, tanto à regressão de regime de cumprimento da pena quanto às sanções, é absolutamente clara e estabelece no art. 58 que o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder 30 dias; no art. 60 que no caso de falta disciplinar a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo máximo de dez dias e no parágrafo único do art. 58, determina o dever que tem a autoridade administrativa de comunicar o isolamento ao juiz da execução. E assim é porque dez dias são o quanto basta para realizar-se o procedimento administrativo e comunicar-se ao juiz da execução para que, sendo o caso, determine a oitiva do preso ou obste a aplicação da sanção, quando configurados estiverem ilegalidades ou abuso de poder. Continua a Lei de Execução Penal, atenta à posição de garantidor que tem o juiz da execução, dispondo no art. 47 que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de

liberdade, caberá à autoridade administrativa e no parágrafo único do art. 48 determinando – a obrigatoriedade de representação, ao juiz da execução, pela autoridade administrativa, nos casos de prática de falta grave. A aplicação de penalidade disciplinar ao executado, pelo cometimento de falta grave, obriga, portanto, a autoridade administrativa a comunicar, representando, ao juiz da execução (art. 48, parágrafo único c/c art. 66, III, letras b e c da LEP). Assim é, porque ao poder judiciário cabe fazer o controle externo dos atos da administração, faz parte de seu dever de zelar pelos direitos individuais do sentenciado e pelo correto cumprimento da pena. Portanto, ainda que se admita a possibilidade de inclusão no RDD pela prática de fato que não seja tipificado pela LEP como falta grave, deve a autoridade administrativa descrevê-lo em alguma forma de "procedimento administrativo" e, por óbvio que pareça, esse "procedimento" deve ser enviado a juízo, pois o ato administrativo (incluída a motivação) que determina a transferência para o RDD, também está sujeito a controle de legalidade e da tipicidade pela autoridade judicial, até porque - não é demais repetir - o processo de execução penal, ainda é, jurisdicionalizado. A resolução, no entanto, permite a transferência para o RDD sem qualquer participação da autoridade judicial e limita-se a estabelecer que a remoção do preso ao RDD pode ser solicitada pelo diretor técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, ao coordenador regional das unidades prisionais que, se estiver de acordo, encaminhará o pedido ao secretário adjunto, para decisão final (art. 2º). Ah! Não nos esqueçamos, a resolução concede ao preso, no intuito de assegurar seus direitos, o conhecimento dos motivos da inclusão no RDD (art. 5º, I). No entanto, se faz necessário lembrar, que por outro ato, proibiu-se o contato do preso com seu advogado pelos dez dias posteriores à inclusão no regime fechadíssimo. É inominável! E arremata: “Não é aceitável pois, a convivência de magistrados, fiscais da lei, advogados, enfim, operadores do direito com tamanha barbárie. Não se pode admitir que estes, diante de tanta ilegalidade, quer por ação quer por omissão, se convertam em aparato legitimador da atuação abusiva da administração. O RDD é um desrespeito à Constituição, à lei, aos cidadãos deste país, enfim, à nossa inteligência.”²³

²³ Nada obstante, a 2ª. Turma Especializada do TRF-2ª Região decidiu, em 15 de fevereiro de 2007, manter no regime disciplinar diferenciado Fernando Iggnácio de Miranda e Rogério Andrade, que seriam líderes de facções criminosas que controlariam a chamada máfia dos caça-níqueis no Rio de Janeiro. Na sessão, a Turma decidiu retirar do RDD os policiais civis Jorge Luiz Fernandes, Hélio Machado da Conceição e Fábio Menezes de Leão, que seriam três dos "inhos" que integram o esquema, dando cobertura para as ações criminosas. As decisões da Turma foram proferidas em pedidos de habeas corpus apresentados pelos acusados, presos durante a operação "gladiador" da Polícia Federal. A determinação da Justiça Federal de incluí-los no RDD se deveu à denúncia de que os réus estariam promovendo, mesmo no cárcere, festas, inclusive com a participação de garotas de programa, além de continuarem comandando ações das quadrilhas, fazendo uso, para isso, de celulares e laptops. Porém, os magistrados levaram em conta que essa denúncia se baseou em fatos ocorridos em novembro de 2006 e os policiais só foram presos em 15 de dezembro. O mérito do processo que apura os crimes ainda será julgado pelo juízo de 1º grau. Em sua defesa, os acusados que permanecem no RDD sustentaram que estariam presos no presídio Bangu 1 sob péssimas condições, tendo de dormir despidos por causa do extremo calor que faria nas celas e sem acesso sequer a água gelada para beber, além de estarem convivendo com bandidos perigosos. Alegaram também que o RDD significaria o próprio cumprimento de uma pena, que pode nem vir a ser aplicada se os réus forem inocentados no processo principal. Também disseram que o Ministério Público Federal e a própria defesa não teriam sido ouvidos antes da decretação da medida que os transferiu para o regime diferenciado e que isso contrariaria a Lei de Execuções Penais e a Constituição Federal, por violação ao direito à ampla defesa. Em seu voto, a relatora dos habeas corpus, Desembargadora Federal Liliane Roriz, ponderou que o RDD, nos termos da lei, pode ser decretado por motivo disciplinar, no caso de ter ocorrido infração às regras carcerárias, ou como medida cautelar, tendo caráter, nessa hipótese, preventivo. A magistrada lembrou que é justamente esse último o caso dos acusados, que foram transferidos para o regime especial "por representarem alto risco para a ordem e a

segurança do estabelecimento penal e da sociedade e por participarem de organização criminosa". A desembargadora destacou que, quando tem essa natureza preventiva, a ordem de transferir o preso para o RDD pode ser dada de ofício, sem que o juiz esteja obrigado a ouvir previamente advogados e Ministério Público. Ainda em seu voto, Dra. Liliane Roriz explicou que teve o cuidado de falar pessoalmente com o Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, que assegurou à magistrada que todos os acusados encontram-se em Bangu 1 em celas individuais, monitorados permanentemente por câmeras e que até os horários de banho de sol são diferenciados para eles. Com isso, nenhum deles corre risco concreto de sofrer violência. (Proc. 2006.02.01.015047-8). No mesmo sentido: "Superior Tribunal de Justiça - RECURSO ESPECIAL Nº 662.637 - MT (2004/0070068-1) – Relatora: Ministra Laurita Vaz. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CRIME DOLOSO CONSTITUI FALTA GRAVE. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD. PROVIMENTO. ART. 52, LEI 7.210/84. Recurso conhecido e provido. VOTO: (...) Cinge-se a controvérsia acerca da aplicação do artigo 52, § 2º, da Lei de Execuções Penais ao detento condenado pelos delitos previstos no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, art. 1º, inciso VI, parágrafo 4º, da Lei nº 9.613/98 e artigos 61, inciso II, letra 'b', 62, inciso II e 69 do Código Penal. Pela norma prevista no art. 52, da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003, estabelece-se que "a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, e quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: 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; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol" (art. 52, incs. I, II e III). Também por força da referida lei, o RDD "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" (art. 52, § 1º), bem como "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."(art. 52, § 2º) Com efeito, o tratamento diferenciado imposto ao recorrido, com a conseqüente restrição aos direitos do reeducando, previstos no artigo 41 da Lei de Execuções Penais, decorre antes de mais nada da atual realidade do sistema prisional, em que o Estado foi levado a construir presídios especiais para abrigar os criminosos cuja presença no meio carcerário possa colocar em risco a ordem e a disciplina interna, a integridade física dos condenados e a própria sociedade. Por outro lado, cumpre salientar que o regime disciplinar diferenciado não constituiu uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes já existentes (fechado, semi-aberto e aberto). Na verdade, o RDD nada mais é do que um regime de disciplina carcerária especial, dentro do regime fechado, que tem como característica um maior grau de isolamento do preso com o mundo exterior, inclusive com o bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos. Trata-se de uma medida emergencial que visa transformar o caos do sistema penitenciário para, ao menos em relação aos presos mais perigosos, impor-lhes um verdadeiro regime de segurança máxima, sem o qual, infelizmente, a atuação desses líderes de organizações criminosas não pode ser contida. Assim, aos criminosos que, mesmo aprisionados, pretendem continuar exercendo sua maléfica liderança, subjugando e usando os demais presos como massa de manobra em suas rebeldias, é imperioso que o Estado lhes imponham um regime de disciplina diferenciado que, sem ser desumano ou contrário à Constituição, possa limitar os direitos desse presos, evitando que continuem a comandar organizações criminosas de dentro dos estabelecimentos penais. O tratamento diferenciado imposto ao recorrido pelo juiz de primeiro grau em nenhum momento afronta os regramentos disciplinados pela Lei de Execuções Penais na aplicação da pena ao reeducando, ainda mais na espécie, quando trata-se do condenado Alair Fernando das Neves que, segundo o Superintendente do Sistema Prisional de Cuiabá/MT, é um dos presos mais perigosos do Estado do Mato Grosso, integrante da organização criminosa de João Arcanjo Ribeiro, conhecido como "Comendador". 12. De outra parte, ao contrário do asseverado pelo Tribunal a quo, a Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 52, da LEP, não estabelece que seus efeitos sejam aplicados exclusivamente aos casos de cometimento de crime, ou de falta grave dentro do cárcere. A propósito, extrai-se das razões da ilustre Procuradora Regional da República ELIANA PÉRES TORELLY DE CARVALHO, às fls. 108, o seguinte excerto: "De relevo ainda que, o fato de estar a norma que institui a aplicabilidade do regime disciplinar diferenciado inserida em subsecção da Lei de Execução Penal relativa a 'faltas disciplinares', não conduz à conclusão de que a mesma somente poderá ser aplicada em caso de falta grave. Ora, a subsecção mencionada faz parte da Seção III, que trata da disciplina carcerária de modo geral. Outro não é o objetivo da norma impugnada senão o resguardo da disciplina intramuros, reiteradamente ameaçada com a presença entre a massa carcerária de prisioneiros com

Em sentido oposto, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não conheceu do Habeas Corpus 104815, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que julgou prejudicado um HC lá impetrado. Naquele habeas corpus, a defesa alegava inconstitucionalidade incidental do Regime Disciplinar Diferenciado a que foi submetido. Entretanto, o relator do processo no STJ entendeu que a questão estava superada, uma vez que já se havia esgotado o período em que o paciente esteve submetido ao RDD. Ao se pronunciar pelo não-conhecimento do HC, o ministro Celso de Mello disse que o impetrante buscava, com o HC, uma solução normativa para o RDD. Pretendia que fosse determinado que “quaisquer decisões que, no futuro, eventualmente venham a impor o RDD em desfavor do paciente sejam neutralizadas, desde logo”. E isso, segundo o ministro relator, “é inviável”. O ministro leu ementa do parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República. Nele, o procurador lembrou ser Fernandinho Beira-Mar líder do “Comando Vermelho” e se manifestou pela denegação do pedido. O procurador contestou a alegada inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, afirmando que ele é “compatível com as ações criminosas do réu”.

Em outro sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso suspendeu a inclusão do condenado L.H.S. em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A solicitação foi feita no Habeas Corpus (HC) 118494, impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, com pedido de liminar, contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que determinou que o condenado fosse incluído no RDD, pelo prazo de 60 dias, por ter iniciado tumulto generalizado ocorrido no interior da unidade prisional em que cumpria pena. A Defensoria Pública de São Paulo alega que,

elevada periculosidade, tais como os descritos nos §§ 1º e 2º do art. 52 da LEP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03. Tais parágrafos constituem norma que estende a outras hipóteses as disposições aplicáveis às perturbações disciplinares oriundas de faltas graves.” Desta feita, o Tribunal de origem, ao desconstituir a decisão que determinou a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado-RDD, ao fundamento de não haver comprovação da prática de falta grave, violou o art. 52, § 2º, da Lei de Execuções Penais. Conforme o exposto, dou provimento ao recurso.” Em outra oportunidade, “a Justiça paulista negou pedido do Ministério Público para incluir cinco integrantes da organização criminosa PCC no Regime Disciplinar Diferenciado — conhecido por RDD, trata-se de um regime prisional mais rígido que determina cela individual, uma hora diária de sol e veta aos presos o acesso a jornais, rádio e televisão. A decisão foi do juiz Carlos Fonseca Monnerat, coordenador da Vara de Execuções Criminais de São Paulo. Ele entendeu que estavam ausentes os requisitos legais para a concessão do pedido. Os cinco integrantes do PCC — Primeiro Comando da Capital estavam presos, junto com outros detentos, num total de 66, na penitenciária de Presidente Bernardes quando, no último dia 9, aconteceu uma tentativa de resgate de presos por homens armados de fuzis, metralhadoras e dois mísseis. Segundo o MP, a tentativa era para resgatar os cinco membros do PCC, que estavam recolhidos em celas cujas grades foram serradas, de modo a facilitar e permitir a fuga planejada. Para a promotoria, o grupo seria o mentor do plano de fuga. A Lei de Execuções Penais permite que sejam internados em RDD criminosos que tenham praticado crime doloso e quando a conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Também é permitida a aplicação do regime especial quando os presos apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou quando recaiam sobre eles fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas. “No caso em exame, os fatos que teriam dado motivo ao pedido do Ministério Público ocorreram entre 7 de 9 de janeiro, portanto há mais de uma semana. Durante todos esses dias, os mencionados na inicial nada fizeram de que se tenha notícia. O periculum in mora (perigo de demora) relacionado à prática de qualquer dos atos mencionados no artigo 53 da Lei de Execuções Penais não se encontra presente”, argumentou o juiz. O juiz entendeu, ainda, que outro indício de que não havia perigo de demora foi a falta de iniciativa da administração penitenciária. “Consulta o sistema de informações das VECs e observo que estão, todos eles (os presos) ainda na mesma penitenciária em que, segundo se alega, seriam resgatados. Ora, fosse o caso urgente, teria a Administração Penitenciária tomado medidas de caráter emergencial, que lhe são permitidas, nos exatos termos do artigo 60 da já referida Lei de Execuções Penais.” Fonte: Revista Consultor Jurídico, 18 de janeiro de 2006.

entre a ocorrência da falta grave e o julgamento do agravo em execução, o comportamento prisional do condenado foi avaliado positivamente em duas oportunidades. A autora do HC sustenta, ainda, que a inclusão do condenado no RDD é incompatível com o livramento condicional e que os fatos apreciados pelo TJ-SP, quando do julgamento do agravo em execução, foram superados pelas posteriores avaliações positivas do comportamento carcerário. Inicialmente, conforme o Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo consolidou o entendimento no sentido de ser inadmissível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator que, em HC requerido a tribunal superior, indefere pedido de liminar (Súmula 691/STF). No entanto, ele ressaltou que o rigor na aplicação deste enunciado tem sido atenuado nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, bem como nos casos de decisões manifestamente contrárias à jurisprudência desta Corte ou ainda carentes de fundamentação. *“No caso, a situação inusitada de aplicação de RDD por falta disciplinar anterior à decisão concessiva de livramento condicional autoriza a superação da Súmula 691/STF, notadamente quando se considera que o paciente, em 03/07/2013, compareceu à Vara de Execução Penal para justificar as suas atividades”*, afirmou o relator, ao salientar que o condenado *“vem cumprindo, portanto, as condições da liberdade condicional”*. Assim, o ministro deferiu a medida cautelar para suspender os efeitos da decisão do TJ-SP no agravo em execução penal tratado nos autos, tendo em vista as informações prestadas pelo juízo da 5ª Vara das Execuções Criminais de São Paulo/SP, assim como em razão da proximidade da expiração da pena.

Também decidiu o Supremo Tribunal Federal ser inadmissível a inclusão de condenado em Regime Disciplinar Diferenciado por falta disciplinar cometida anteriormente à concessão de livramento condicional. Com esse entendimento, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concederam, por votação unânime, o Habeas Corpus (HC) 118494, para impedir que L.H.S. cumpra regime disciplinar diferenciado. Ele foi condenado ao cumprimento da pena de cinco anos e seis meses de reclusão pelo delito de tráfico de drogas, em regime inicial fechado. O HC foi impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo (DP-SP) contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que determinou que o condenado fosse incluído no RDD, pelo prazo de 60 dias, em razão de tumulto generalizado no interior da unidade prisional, ocorrido em 5 de abril de 2011, que teve início com confusão envolvendo o condenado, que se encontrava embriagado, e agente penitenciário. Após esse episódio, L.H.S. permaneceu preso e, em seguida, recebeu o livramento condicional por ter cumprido uma fração da pena. Posteriormente, quando o condenado já em liberdade condicional, foi reconhecida a ocorrência da falta grave, tendo sido revogado o livramento condicional para colocar L.H.S. em regime mais gravoso, o RDD. O relator informou que o condenado tem cumprindo adequadamente as condições da liberdade condicional. *“Na minha opinião, seria um absurdo tirar esse homem da liberdade condicional e colocá-lo de volta no sistema em RDD”*, destacando que o caso era *“totalmente incomum”* e, por isso, concedia a ordem. Ao votar, o Ministro Luiz Fux comentou que *“o sistema foi o culpado de ter decidido lá na frente um fato que teria que ser analisado antes”*.

Já no século XVIII, Beccaria, autor italiano, em obra clássica, já afirmava que *“entre as penalidades e no 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”* (Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 43).

Jean Paul Marat, em 1790, advertia que “*es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.*” (Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78). A preocupação, vê-se, é antiga.²⁴

Por tudo quanto exposto, diríamos nós, o melhor seria cognominar o RDD de “Regime Diferenciado da Desesperança” (como disse o Professor Dotti), lembrando-se da advertência de Nilo Batista, comentando-o: “*Quando os condenados começarem a se matar, saberemos muito bem, sem sentimentalismos feminis, de quem é a culpa*”²⁵.

Esta nossa posição, sem sombra de dúvidas, sofre forte contestação; de toda maneira, valemo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual “*autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado (...)*”²⁶

²⁴ Leia-se Michel Foucault, no indispensável “Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões”, Rio de Janeiro: Vozes, 1998, 18ª. edição.

²⁵ Boletim do IBCCrim, n°. 135, outubro/2003, p. 02.

²⁶ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n°. 175, junho/2007, p. 11.