



A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

THE CONSTITUTIONALITY OF THE DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME

Nadine Biazim Roesel¹
Eduardo Puhl²

RESUMO

Considerando que o Regime Disciplinar Diferenciado impõe a alguns condenados específicos um isolamento mais severo durante o cumprimento de pena, com o objetivo de manter a disciplina nas unidades prisionais, a relevância do tema se revela por meio da crise do sistema carcerário brasileiro, que expõe a superlotação das, que poderia levar a perda do controle sobre os presos. Objetiva-se, desta forma, apresentar os motivos da criação do RDD, identificar suas principais características e analisar a compatibilidade do RDD com os princípios constitucionais. Utilizou-se uma metodologia dedutiva, com técnica de revisão bibliográfica. Por fim, foi possível verificar a compatibilidade do RDD com os princípios constitucionais, concluindo que não há violação constitucional nem da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Regime disciplinar diferenciado. Constitucionalidade. Princípios. Dignidade Humana.

ABSTRACT

Considering that the Differentiated Disciplinary Regime imposes a more severe isolation on specific prisoners while serving their sentences, in order to maintain discipline in prison units, the relevance of the issue is revealed through the crisis in the Brazilian prison system, which exposes the overcrowding, which could lead to loss of control over prisoners. In this way, the objective is to present the reasons for the creation of the RDD, identify its main characteristics and analyze the compatibility of the RDD with the constitutional principles. A deductive methodology was used, with bibliographic review technique. Finally, it was possible to verify the compatibility of the

¹Graduanda em Direito. Universidade do Contestado (UnC). Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: nadinebiazim1@gmail.com

²Mestre em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Pós-graduado em Direito Público e Privado: Material e Processual pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Professor horista na Universidade do Contestado - UnC, Campus Concórdia. E-mail: eduardopuhl@gmail.com. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-9598-3892>.

RDD with constitutional principles, concluding that there is no constitutional violation or human dignity.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime. Constitutionality. Principles. Human Dignity.

Artigo recebido em: 17/11/2020

Artigo aceito em: 16/12/2020

Artigo publicado em: 30/09/2022

1 INTRODUÇÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) está disposto na Lei nº 10.792/03, que alterou a Lei de Execução Penal (LEP), trazendo um regime disciplinar mais rigoroso ao sistema penitenciário. Entretanto, há dúvidas e posicionamentos doutrinários dispares sobre se tal medida disciplinar seria constitucional ou não.

Assim, após sua entrada em vigor, o RDD começou a receber críticas, pela sua forma rigorosa de disciplina, especificamente em como são tratados os presos sujeitos a esse regime. Consequentemente, passou-se a questionar a sua constitucionalidade, com argumentos de que violaria uma série de princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nisso reside a importância jurídica-social do tema apresentado, sendo necessária a análise do Regime Disciplinar Diferenciado, questionando sua compatibilidade com os direitos fundamentais. Objetiva-se, dessa forma, verificar a compatibilidade do RDD com os princípios constitucionais, analisando sua historicidade, passando pelos princípios que norteiam este regime, além de identificar as alterações legislativas impostas pela Lei 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”.

O marco teórico utilizado como referencial é constituído por teorias do Direito Penal e Processual Penal, as quais têm por objeto central a observância dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Para tanto, procede-se ao estudo do Regime Disciplinar Diferenciado, analisando sua compatibilidade com os princípios constitucionais, utilizando-se uma metodologia dedutiva, por meio de técnica de revisão bibliográfica, buscando na literatura científica os elementos para subsidiar as análises e comparações necessárias para elucidação do problema e viabilização da conclusão.

A proposta é desenvolver este trabalho em quatro seções. A primeira terá foco no contexto histórico, com a identificação dos motivos para criação do RDD. A segunda seção buscará verificar as alterações impostas pelo “Pacote Anticrime”. Passará a comparar, dogmaticamente, os institutos identificados no primeiro capítulo com os princípios da CF/88, principalmente o devido processo legal. A terceira seção identificará os princípios norteadores do RDD. A quarta seção analisará a compatibilidade do RDD, buscando identificar possíveis tensões deste regime com os princípios constitucionais.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Segundo o senso comum, a situação do sistema penitenciário brasileiro está longe de ser adequada, sendo realidade que alguns presídios se encontram em condições precárias e cada vez mais lotados. Existem falhas no sistema atual, mitigando a capacidade de proporcionar a ressocialização dos presos, tornando-os cada vez mais perigosos, tendo em vista os possíveis abusos e violações de direitos dentro das unidades prisionais, bem como pela ocorrência de rebeliões e outros crimes.

Tais condições podem favorecer aos presos de maior periculosidade de continuar comandando as organizações criminosas mesmo de dentro dos presídios, aumentando a criminalidade e afetando toda a sociedade.

Como exemplo, em 18 de dezembro de 2000 ocorreu uma rebelião na Casa de Custódia de Taubaté, unidade de segurança máxima do Estado de São Paulo, que resguardava presos de alta periculosidade e líderes de facções criminosas. Desde a sua inauguração nunca havia registrado nenhuma fuga, até que se iniciou uma rebelião que terminou com 9 mortos, 4 deles decapitados, além da destruição do estabelecimento físico. Tal rebelião já vinha sendo enunciada e era prevista, inclusive,

no estatuto da facção criminosa do PCC. Após o ocorrido, a administração do presídio transferiu os presos para o Centro de Detenção Provisória de Belém e para a Casa de Detenção e Penitenciária do Estado (hoje já extinta). Durante este período, os problemas se intensificaram e os presos passaram a fazer justiça com as próprias mãos (SILVA, 2014, p. 41).

Reformada em 2001, a Casa de Custódia teve de volta os dez de seus líderes que foram isolados em outras unidades prisionais. Em resposta a esse endurecimento do regime, em 18 de fevereiro de 2001 outra grande rebelião eclodiu, envolvendo 25 unidades prisionais e 4 cadeias públicas do Estado de São Paulo. Com o surgimento dessas rebeliões, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, sob o argumento da existência de quadrilhas organizadas no interior dos presídios, estabeleceu a Resolução nº 26, em 04 de fevereiro de 2001, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) inicialmente em São Paulo, e posteriormente no Rio de Janeiro com a Resolução nº 008 de 07 de março de 2003 (SILVA, 2014. p. 41).

Com o crescimento aparentemente descontrolado do poder de organização de estrutura material e física de facções criminosas nos presídios de São Paulo, a Secretaria de Administração Penitenciária verificou a necessidade de isolar alguns detentos, principalmente os líderes e integrantes de facções criminosas e todos os comportamentos que fossem causar a desordem da casa penitenciária (NUNES; MARCÃO, 2010. p.1).

Outro fato que influenciou a aprovação da Lei n. 10.792/03 foram os assassinatos de dois magistrados de Varas de Execuções Penais em março de 2003. Assim, ainda no mês de março do mesmo ano, o projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal para a modificação de vários dispositivos da Lei de Execução Penal, criando o Regime Disciplinar Diferenciado (NUNES; MARCÃO, 2010. p.1).

Esses foram alguns dos acontecimentos relevantes que influenciaram a aprovação da Lei n.10.792/03, com o objetivo de diminuir o poder dos detentos de maior periculosidade, mitigando o poder das grandes organizações criminosas, reafirmando a segurança da coletividade e dos presos e servindo como uma forma de punição aqueles que não obedecessem às regras internas dos presídios.

Mesmo com todos os “benefícios” trazidos pela Lei nº 10.792/03, entretanto, é necessário expor que grande parte da doutrina, juntamente com Conselho Nacional

de Política Criminal, se manifestou contrariamente ao regime disciplinar diferenciado, alegando a sua inconstitucionalidade, que violaria vários dos direitos dos presos, atingindo o princípio da dignidade da pessoa humana disposto pela Constituição de 1988.

O entendimento dos Tribunais se deu de forma diversa, argumentando que o regime disciplinar diferenciado atende ao princípio da proporcionalidade e tem como fundamento a segurança dos presídios e da coletividade.

3 A LEI Nº 13.964/19 E AS MODIFICAÇÕES NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O artigo 52 da Lei de Execução Penal foi um dos artigos alterados após entrada em vigor da Lei 13.965/19, que trouxe mudanças nas hipóteses de cabimento do RDD, as quais são expostas na sequência.

No art. 52 da LEP encontram-se as hipóteses que autorizam a inclusão do RDD em casos de faltas disciplinares dos detentos, sendo assim, a espécie mais rígida de sanção disciplinar.

Como o nome já diz, o regime implementado é diferenciado, ele restringe como nenhum outro a já limitada liberdade do preso e alguns de seus direitos. O RDD caracteriza uma modalidade diferente de cumprimento de pena, consideravelmente mais rígida, sendo para Salo de Carvalho e Christiane Freire um regime que “rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais” (CARVALHO, 2007, p. 277).

O artigo 52 da LEP prevê as hipóteses que autorizam a inclusão do RDD em casos de “alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, de “suspeita de participação ou envolvimento em organizações criminosas, associação criminosa ou milícia privada”, assim como a prática de crime doloso que acarrete a “subversão da ordem e da disciplina”. Desta forma, se antes as sanções disciplinares eram de apenas 30 dias e decorria somente do registro de faltas graves, a partir da criação do RDD essas sanções disciplinares passam a valer por períodos mais longos e prescinde de uma apuração de infração disciplinar ou penal. (CUNHA, 2020, p. 352).

Por ter sido alterado pelo Pacote Anticrime, o Regime Disciplinar Diferenciado agora tem algumas novas características, como no primeiro inciso do artigo 52 da LEP podemos ver uma destas alterações, onde a duração máxima do Regime Disciplinar Diferenciado passa a ser até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie.

Seguindo o texto original deste inciso, o RDD teria duração de até um ano, agora com a modificação do pacote anticrime o período máximo foi estendido por dois anos e é contado pela forma do Art.10 do Código Penal.

O que se pode constatar pela simples leitura do inciso é que, a menos que seja refutada, esta sanção disciplinar poderá ser imposta quantas vezes se fizer necessário, ou seja, não tem limite de quantidade para essa sanção disciplinar ser aplicada quando houver faltas graves praticadas pelo preso (CUNHA, 2020, p. 353).

O segundo inciso se mantém como na redação original, que discorre que para o cumprimento desta sanção o preso ficará em cela individual (ou solitária) e terá acompanhamento psicológico. Lembrando que o isolamento terá de ser implantado sem desconsiderar as proibições apresentadas no Art. 45 da LEP, que expõe, em seu parágrafo segundo, a vedação ao emprego de cela escura, acrescentando a doutrina ainda, os alojamentos insalubres ou inabitáveis (CUNHA, 2020, p. 353).

No terceiro inciso houve algumas mudanças, agora as visitas serão quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, e serão realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas.

A escrita original deste inciso previa o recebimento de “visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas”. Podemos perceber que com as novas mudanças da Lei 13.964/2019, esse direito foi restringido mais ainda, pois agora essas visitas se tornaram quinzenais. No que se refere a visitas de alguém fora da relação familiar, dependerá de uma autorização judicial. Também, após entrada em vigor do pacote anticrime, o novo §6º do artigo 52, dispõe que a visita será gravada e pode ser fiscalizada por agente penitenciário, se decisão judicial (CUNHA, 2020, p. 353).

No tocante a criança poder visitar o preso durante o cumprimento do regime, Mirabete expõe sobre a importância destas visitas para a ressocialização do preso, pois é fundamental o contato com o mundo exterior, desta forma não podemos

debilitar a relação do presidiário com sua família e amigos, tornando assim esta relação essencialmente benéfica para o reeducando, fazendo-o sentir que não foi excluído da comunidade (MIRABETE, 2002, p. 124).

Ainda, o Estatuto da criança e do adolescente, em seu artigo 19, §4º, prevê que “a convivência da criança e do adolescente com a mãe e pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. ”. Seguindo este pensamento, mesmo quando o pai ou mãe estiverem cumprindo o regime disciplinar diferenciado, a criança deve ter seu direito de relacionar-se com os pais garantido.

Por fim, disposto no §7º, se após os seis primeiros meses do RDD, o preso não receber visita dos familiares, ele poderá, após prévio agendamento, fazer contato telefônico com uma pessoa da família por dez minutos, duas vezes por mês, porém esta ligação será gravada (CUNHA, 2020, p. 354).

Agora, segundo o inciso quatro do artigo 52, o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, além de que será em grupos de até 4 (quatro) presos, não podendo haver contato com presos do mesmo grupo criminoso.

No que se diz referente a este dispositivo, pouco foi alterado. O reeducando continuará tendo o direito à saída da cela durante duas horas por dia, para banho de sol, porém agora com um limite de 4 presos que não pertençam ao mesmo grupo criminoso.

Proibir ou restringir o banho de sol significa grande afronta aos direitos do preso e à sua integridade física e psíquica, além de ser uma prerrogativa importante, pois constitui uma das únicas oportunidades de circulação fora da cela (CUNHA, 2020, p. 355).

Estes três últimos incisos do RDD foram inclusos pela Lei 13.964/2019, e são medidas as quais preveem garantir a segurança dos estabelecimentos prisionais e da sociedade, assim intensificando a vigilância sobre os presos do RDD em cumprimento de pena.

Seguindo o novo inciso quinto deste artigo, as entrevistas serão sempre monitoradas, exceto aquelas com o defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, porém salvo por expressa autorização judicial em contrário.

Este inciso prevê a monitoração do contato do reeducando com o mundo externo, com exceção a comunicação do preso com seu defensor, garantindo assim o direito do preso de defesa e o exercício livre da advocacia.

A entrevista com o advogado também será monitorada, mesmo havendo autorização judicial. Se houver suspeitas fundadas de que estas entrevistas estão sendo, na verdade, para práticas de infrações penais, desaparecera a ilicitude de qualquer violação. Desta forma podemos ver a legítima importância da gravação das entrevistas, garantir a ordem pública e as liberdades alheias (CUNHA, 2020, p. 356).

O inciso sexto agora dispõe sobre a fiscalização do conteúdo de correspondências, assim segundo o artigo 41 da LEP, o direito a comunicação do preso com o mundo externo pode ser interrompido ou restringido por decisão da administração da casa prisional. Vemos muita discussão acerca deste artigo, sobre a constitucionalidade do monitoramento das correspondências dos presos.

Alguns autores apontam como problema a não especificação das hipóteses em que o sigilo de correspondência poderia ser violado. Assim, o artigo 41 da LEP acaba afrontando os princípios da proporcionalidade e legalidade na execução penal.

Com a criação deste novo inciso, temos que é expressamente permitido que as correspondências sejam fiscalizadas durante o cumprimento do RDD, isso por ser um cumprimento de sanção mais rígido, onde isolar e neutralizar o preso sancionado é o principal objetivo, restringindo assim inteiramente e eficientemente as possibilidades de articulação de crimes dentro e fora dos muros das penitenciárias (CUNHA, 2020, p. 356-357).

De ora em diante, segundo o inciso sete, as participações em audiências judiciais serão preferencialmente por videoconferência, garantindo a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

Esta é mais uma característica que foi incluída pelo legislador no Pacote Anticrime, este inciso possibilita que o reeducando no RDD participe das audiências por meio de videoconferência, assim reduzindo o deslocamento do preso enclausurado.

A participação do preso nas audiências a distância tem sido uma implantação favorável, pois com o avanço e a melhoria da tecnologia, permite que o juiz possa observar e sentir as reações do acusado, igualmente como faria se a audiência fosse presencial (CUNHA, 2020, p. 357).

Atualmente, estar presente não significa que tenha que estar na mesma ocupação de espaço físico que outras pessoas, isso por causa do atual estágio da tecnologia e da informática, sendo assim, esta é a maior vantagem do sistema, além de não precisar fazer o deslocamento do preso em RDD, vemos a celeridade na finalização dos processos.

Está celeridade, que antes era apenas um argumento vazio discutido pelos operadores do direito, atualmente ganhou status de norma constitucional (Nº 45) que garante a celeridade de tramitação do processo. A tal celeridade, garantida pelas audiências por videoconferência, não é somente benéfica para o poder judiciário, mas também para a sociedade, que tem uma resposta mais rápida e eficaz diante do delito cometido, e também ao réu, que tem sua situação definida com mais agilidade (CUNHA, 2020, p. 358).

O parágrafo primeiro do artigo 52 da LEP, aparece agora com hipóteses. Assim dispõe que o regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

O RDD é aplicável aos presos provisórios ou definitivos e independe do crime praticado ou condenado, o que realmente se leva em consideração é o alto risco que o preso gera para a segurança do estabelecimento prisional ou para sociedade. É o caso do reeducando, que mesmo dentro da penitenciária consegue comandar crimes do lado de fora e coloca em risco a coletividade. O alto risco que o reeducando apresenta deve derivar-se do fato presente ao qual concorreu ou concorre, direta ou indiretamente (CUNHA, 2020, p. 360).

Também aos presos sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

Está é outra hipótese de cabimento que repousa sobre o RDD, onde na antiga redação do dispositivo não se encontrava as hipóteses de associação criminosa e milícia privada.

Com a nova redação verifica-se a preocupação que o legislador teve em controlar, de maneira obstinada, os verdadeiros líderes e integrantes de grupos criminosos, os quais tem seguidores fora da casa penitenciária, assim, com o

isolamento destes indivíduos, se consegue desfazer qualquer perversidade anteriormente planejada pelo grupo criminoso (CUNHA, 2020, p. 360-361).

O parágrafo segundo deste artigo foi revogado após a interpretação de que uma organização terrorista é apenas uma forma especial de organização criminosa, a qual é motivo de cabimento para a sanção disciplinar da espécie RDD.

A conclusão acima deu-se a partir da Lei 13.260/16, a qual regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da CF, que disciplina o terrorismo, discorrendo sobre disposições investigatórias e processuais, que reformula o conceito de organização terrorista. Assim instigou-se, se a pessoa acusada de participar de organização terrorista poderia ser submetida ao RDD. No entendimento afoito do legislador sobre o art. 52, §2º da LEP, pode parecer que não, por falta de previsão legal, porém não se pode deixar de reparar que a Lei 12.850/13, em seu artigo 1º, §2º, II, define que organização criminosa também se aplica as organizações terroristas (CUNHA, 2020, p. 361).

O novo parágrafo terceiro dispõe que existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em dois ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

Como já explicito, este parágrafo define que quando houver indícios de que o preso lidere alguma organização criminosa, associação criminosa, milícia privada ou tenha atuação criminosa em dois estados ou mais, o mesmo seja, obrigatoriamente, transferido para estabelecimento prisional federal.

Para demonstrar tal cenário, entra o §5º deste artigo, que estabelece que o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente para evitar que o preso tenha contado com os membros de seu grupo criminoso ou membros de grupos rivais (CUNHA, 2020, p. 361).

O parágrafo quarto apresenta, na hipótese dos parágrafos anteriores, que o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de um ano, existindo alguns indícios especificados a seguir.

No último parágrafo do artigo 52 da LEP vemos que o mesmo consente o prorrogação sucessiva do isolamento, em períodos de um ano, quando houver os indícios indicados pelo inciso I e II deste parágrafo: I) quando o preso “continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de

origem ou da sociedade;” e II) quando o preso “mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário” (CUNHA, 2020, p. 362).

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO RDD

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

São vários os princípios constitucionais relacionados ao RDD, primeiramente se destaca o, já citado, princípio da dignidade da pessoa humana, relacionado aos direitos dos detentos e o direito a segurança da coletividade.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso discorre que, o valor deste vem junto ao princípio subjacente ao grande mandamento religioso de respeito ao próximo. Todos são iguais e tem seu direito de ser tratado de forma digna. A dignidade da pessoa humana é a ideia trazida, na filosofia, pelo imperativo categórico kantiano, que dá origem a proposições éticas do utilitarismo, onde uma pessoa deve agir de forma como se suas atitudes e ações pudessem se transformar em uma lei universal, e onde cada indivíduo deva ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio em que servira para realizações de metas coletivas ou de outras metas individuais. As pessoas têm dignidade, as coisas não têm preço, no que se diz em um ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.

Assim a dignidade da pessoa humana está ligada na origem dos direitos materialmente fundamentais, e ainda representa a atuação essencial de cada um deles, os individuais, os políticos e os sociais (BARROSO, 2009. p. 250-251).

No artigo 1º da CF/88, em seu inciso III, dispõe que: “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana.

Do princípio da dignidade da pessoa humana é que parte o Estado Democrático de Direito. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar tal princípio, será materialmente inconstitucional. O operador do direito deve exercer um controle

técnico de verificação da constitucionalidade de todo tipo penal e de toda adequação típica, de acordo com o seu conteúdo. Se afrontar à dignidade humana, deverá ser expurgado do nosso ordenamento jurídico (CAPEZ, 2011, p. 25).

De acordo com Luiz Regis Prado é por isso que toda a lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser dada como inconstitucional, pois assim, pode-se afirmar que caso o Direito não quiser colocar uma simples força ou simples terror, para obrigar todos os cidadãos em suas consciências a respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, pois em casos de infração grave ao princípio material de justiça, de validade a priori, ao respeito à dignidade da pessoa humana, necessitara de força obrigatória e, dada sua injustiça, vai ser preciso negar-lhe o caráter de Direito. (PRADO, 2006, p. 18).

Portanto, este princípio serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, transgredir o princípio da legalidade implicará também, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (PRADO, 2006, p. 135).

É do princípio da dignidade humana que se extraem outros que estão relacionados com o RDD, entre eles, dispostos no artigo que rege as garantias fundamentais, está: art. 5º, III da CF/88, que estabelece que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; art. 5º, XLIX da CF/88, que prescreve que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; e, ainda, art. 5º, XLVII da CF/88 que determina que não haverá penas cruéis.

4.2 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Disposto no artigo 5º, inciso III, da CF/88, encontra-se a vedação de qualquer forma de tortura e o tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa. Também estabelece no inciso XLVII a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis. Incisos estes que dão base ao princípio da humanidade.

Assim, Rogério Greco leciona que por mais que o crime praticado pelos apenados tenham sido detestáveis e covardes, como por exemplo, quando crianças são violentadas sexualmente, ou quando pessoas são mortas de forma cruel por motivos fúteis, o Estado não poderá descontar sua ira sobre estes presos, assim,

fugindo da legalidade do sistema, desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana (GRECO. 2011, p. 157).

Por fim, no artigo 3º e parágrafo único da LEP dispõe que: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa e política”. Desta forma, alega que será punida qualquer prática de tortura contra o condenado.

4.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este princípio se encontra no art. 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988, abolindo certos tipos de sanções; no inciso XLVI, se referindo à individualização da pena e nos incisos XLII, XLIII e XLIV que se tratam de um maior rigor para casos com mais gravidade e moderação para com menos gravidade.

Sabe-se que o um dos intuitos do princípio da proporcionalidade é fazer com que a pena seja proporcional ao crime praticado, pois deve existir equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta.

Dessa forma, a pena deve ser proporcional à conduta lesiva, seguindo o princípio da proporcionalidade, que em sentido estrito exige um vínculo de apreciação, ou seja, graduável entre o fato praticado e a cominação legal jurídica, ficando desta forma evidente a vedação de qualquer excesso. Seguindo a linha de pensamento, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade implica em um juízo lógico que compara a gravidade do fato que é antijurídico e a gravidade da a pena. Desta forma, no que se refere a proporcionalidade entre os delitos e as penas destaca-se que deve sempre existir uma medida de justo equilíbrio entre o fato ilícito ocorrido do injusto penal, e a pena cominada ou imposta (PRADO,2006, p. 141)

O princípio da proporcionalidade decorre o princípio da necessidade, que defende a utilização de meios que menos interfiram em direitos fundamentais e o princípio da idoneidade que diz respeito a adequação que deve ser auferida em relação aos fins mediatos e imediatos da persecução criminal. Assim, determinada situação só pode ser incriminada quando a tipificação se mostrar necessária, idônea e adequada ao fim a que se destina, ou seja, à concreta e real proteção do bem jurídico. Ademais, incide também na dosimetria da pena-base.

Segundo o Cleber Masson (2013, p. 143) o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o legislador, o Juiz da ação penal e os órgãos da execução penal, assim, na proporcionalidade abstrata/legislativa são designadas as penas que são mais apropriadas para cada delito, assim como as seleções quantitativas da pena, mínimo e máximo. Na proporcionalidade concreta/judicial, aconselha-se ao magistrado, no julgamento da ação penal, providenciar a individualização da pena cabível ao caso concreto. Já na individualização executória/administrativa, cabem regras próprias ao cumprimento da pena, considerando as condições pessoais e o mérito do condenado.

É sempre imposto a coletividade uma limitação quando ocorre a transformação de uma conduta de infração penal, tal essa que precisa ser reparada: ter ela um pertinente interesse tutelado penalmente. Ou seja, isso quer dizer que quando criado novos tipos penais, os mesmos não podem causar mais limitações sociais do que benefícios, pois quando a criação de um tipo penal não traz vantagens a sociedade, este está ferindo o princípio da proporcionalidade, devendo este ser retirado do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade (CAPEZ, 2011, p. 40).

Desta forma, pela Constitucionalidade do RDD, em jurisprudência, o STJ discorre:

EMENTA - HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA. **1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. (Grifo nosso).** 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n. 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional - liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos - e, também, no meio social. 5. Ordem denegada. (Grifo nosso)" (STJ - HC: 40300 RJ 2004/0176564-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 07/06/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 22/08/2005 p. 312 RT vol. 843 p. 549).

Assim, o princípio da probabilidade proíbe os excessos e afirma que nenhuma incriminação será substituída no ordenamento jurídico, quando determinação legal se revelar incapaz, sendo pelo critério definido adotado, por rigor excessivo ou pelo confronto a dignidade humana (CAPEZ, 2011. p. 41).

Desta forma, também se observa a importância da adequação colocada pelo princípio da proporcionalidade, pois assim, permite que o examinador analise se o fim perseguido é apto para alcançar o objetivo almejado, devendo os atos serem justificados para sua legítima aplicação.

4.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O artigo 5º, inciso XXXIX, da CF/88, juntamente com o artigo 1º do Código Penal, dispõe que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Assim se dá estes como a base do princípio da legalidade.

Deste modo, se entende que só haverá crime quando existir uma previsão legal que determine a conduta praticada, assim deve a lei definir o crime e não o proibir, para que o indivíduo tenha total conhecimento do tipo penal e das consequências da prática de um delito (CAPEZ, 2011, p. 59)

Dentro do princípio da legalidade encontra-se outras duas espécies: o princípio da reserva legal e o princípio da anterioridade da lei penal. O princípio da reserva legal dispõe que não há crime sem lei que o defina, nem pena sem comissão legal, considerando-se lei, ou seja é aquela concebida a partir dos tramites previstos na Constituição Federal. O princípio da anterioridade garante que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal, que indica desta forma que a previsão da pena deverá ser anterior ao fato delituoso (AVENA, 2014, p. 6-7).

Assim, segue-se o que diz o princípio da anterioridade da lei penal, para que o crime seja “valido” é preciso que a lei esteja em vigor na data do fato. Desta forma, é visto que as leis são criadas e projetadas para o futuro e não para o passado, é aí que se encontra o princípio da irretroatividade.

Ainda, as normas de execução penal não podem prejudicar o condenado, tornando o cumprimento da pena mais gravoso ou impedindo e acrescentando requisitos para a progressão de regime (CAPEZ, 2011, p. 65).

Portanto, observa-se que o princípio da legalidade não deve ser interpretado apenas com a apressada leitura de artigos dispostos em nossa legislação, vai além, entende-se que o princípio da legalidade demonstra essa interpretação de que não há crime sem lei, e essa lei deve ser anterior, estrita, certa e necessária, observando-se cada desdobramento, para que se traduza o real sentido de “Não há crime sem lei anterior que o defina”.

5 DA CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Por tanto, sustentando todo o exposto, é visto que o RDD é constitucional, pois sua implementação para um regime penitenciário mais rigoroso se deu para que organizações criminosas ou presos de alta periculosidade não consigam arquitetar nem liderar ações delituosas ou até terroristas de dentro de penitenciárias. Segundo o artigo 37 da CF/88, a sociedade tem o direito constitucional a uma administração pública eficiente, desta maneira o Estado tem o dever constitucional de proteger a sociedade e tutelar o bem jurídico com o mínimo de eficiência. Tendo em vista a grande instabilidade no sistema carcerário provocado pelo aumento do crime organizado, é obrigação do Poder Público tomar medidas no âmbito legislativo e estrutural, com o intuito capaz de garantir a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (CAPEZ, 2011, p. 410).

Assegurando o regime disciplinar diferenciado como constitucional, Nucci afirma que se o Poder Executivo, que é o responsável por constituir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, cumprisse fielmente todos os dispositivos do Código Penal e da LEP, irrefutavelmente o crime organizado não teria chegado a este ponto, assim não havendo necessidade de regimes como o RDD.

Atualmente a realidade distanciou-se da lei, dando assim, margem ao encadeamento organizacional do crime, em todos os níveis. Porém, o pior foi a estruturação da marginalidade dentro do cárcere, o que é uma situação inaceitável, diante do pensamento de que o preso deve estar em regime fechado, isolado em sua cela, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer e aprendizado.

Assim, o RDD foi criado, diante da realidade oposta ao ideal. Da mesma forma que a pena privativa de liberdade foi denominada como “mal necessário”, porém não se trata de uma pena cruel. Declarar a inconstitucionalidade do RDD, fingindo não ver

os imundos cárceres em que são lançados os presos no Brasil, é uma enorme contradição.

Se concebe situação pior, ser inserido em cela coletiva, cheia de condenados perigosos, com penas elevadas, e muitas vezes misturados com os presos provisórios, sem nenhum regramento e em situação completamente insalubre, do que ser posto em cela individual, fora do alcance da violência de qualquer espécie e com mais asseio, fora não ser sujeitado a nenhum tipo de assédio de outros apenados.

Ainda existe no Brasil, presídios onde o RDD não é aplicado, mas detentos matam outros, há rebeliões constantes, fugas ocorrem a toda hora, violência sexual não é controlada e presos contraem doenças gravíssimas. Essa é uma situação mais séria e penosa do que o próprio Regime Disciplinar Diferenciado.

É claro que um erro não pode ser justificado com outro, porém é importante lembrar que o erro essencial decorre, primordialmente, do descuido de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando assim, o aumento do crime organizados dentro das penitenciarias brasileiras. Tal situação precisa que controle imediato, sem falsa invenção de fiscalização (NUCCI, 2014, p. 960-961).

Em acórdão, o Ilustre Desembargador Federal Nefi Cordeiro, afirmar com certeza, em decisão monocrática:

O Regime Disciplinar Diferenciado é previsto, portanto, como modalidade de sanção disciplinar (hipótese disciplinada no caput do artigo 52, da LEP) e, também, como medida cautelar (hipóteses dos § 1º e 2º da LEP). Dessa forma, tenho como legítima a atuação estatal ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003 busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam tanto no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – quando fora, ou seja, em meio à sociedade civil. Por outro lado, cumpre salientar que o Regime Disciplinar Diferenciado não constitui uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes já existentes (fechado, semiaberto e aberto). Na verdade, o RDD nada mais é do que um regime de disciplina carcerária especial 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 as atuações desses líderes de organizações criminosas não podem ser contidas. [...] Trata-se de medida ínsita ao poder geral de jurisdição, para que sua efetividade exige do julgador por vezes medidas

inominadas garantidoras do resultado útil do processo e da ordem social ” (Decisão Monocrática, Relator Néfi Cordeiro, Classe: HC – Habeas Corpus, Processo HC processo 2006.04.00.034761-0, UF: RS, Data da Decisão: 30/10/2006, Órgão Julgador 7ª Turma. Fonte: DJU. Data: 7.11.2006, p. 428/429).

Com posição a favor a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, Mirabete dispõe que não é correto dar-se o entendimento do Regime Disciplinar Diferenciado como inconstitucional por provocar a violação de Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da humanidade das penas e da proporcionalidade, juntamente com a proibição da submissão do preso ao tratamento desumano e degradante, pois não há qualquer medida que ofenda os tais princípios constitucionais na disciplina legal do Regime Disciplinar Diferenciado. Essas medidas embasam-se tão somente a restrições temporárias a alguns direitos do preso, expressamente discriminados, que não implicam na submissão do apenado a tratamentos cruéis, desumanos ou humilhantes, respeitando sempre a integridade física e psíquica do detento, e também garantindo os demais direitos previstos em lei.

Desta forma a proporcionalidade está sendo atendida pela aplicação da sanção mais severa a faltas graves, seguindo os limites impostos a sua aplicação, para assim resguardar a ordem e a disciplina do sistema prisional (MIRABETE, 2014, p. 150).

Masson (2012, p. 597), também em concordância com a constitucionalidade do RDD, afirma que ouve alegações que tal regime seria inconstitucional, pois supostamente violaria a dignidade da pessoa humana por se tratar de pena cruel. Por ser mais favorável ao réu, este posicionamento acaba por ser adotado em concursos públicos da Defensoria Pública. Porém, não parece ser o caminho certo a ser adotado. O RDD é um regime severo, rígido, eficaz no combate ao crime organizado, mas não é desumano. Pelo contrário, o isolamento em cela individual, por exemplo, garante a integridade física e moral do preso, evita violências, ameaças, promiscuidade sexual e outros males do sistema penitenciário.

Este regime legal mais rígido está em sintonia com a maior periculosidade social do seu destinatário. Aqueles que tentar destruir o Estado, ao criar governos paralelos tendentes ao controle da sociedade, devem ser enfrentados de modo mais obtundente. Não podemos tratar de maneira igual um detento comum e um detento que é ligado a organizações criminosas. Além de que o interesse público clama pela proteção das pessoas de bem, mediante a efetiva apartação dos indivíduos

destemidos e incrédulos com a força dos poderes constituídos pelo Estado (MASSON. 2012, p. 597).

Como a sociedade tem o direito de segurança pública, os presos de alta periculosidade devem ser inseridos em um regime fechado ajustado, para assim manter a ordem social. Por certo o RDD é uma alternativa viável para combater o avanço da criminalidade, constituindo assim uma forma adequada para proteger a sociedade do atual momento sendo vivido. Ao invés de combater o RDD se dá por ser mais adequando defender o cumprimento das leis penais e de execução penal fielmente (NUCCI, 2016. p.384).

Afinal, o RDD trata-se de um regime disciplinar mais severo, porém não desumano, tendo em vista o respeito que se é garantido pela dignidade da pessoa humana, de forma que se defende a sua conformidade com os preceitos constitucionais, em virtude da sua concordância com os princípios da Isonomia, Dignidade Humana e Proporcionalidade.

6 CONCLUSÃO

Em nosso sistema carcerário pode-se perceber algumas situações em que os detentos comandam e participam de práticas criminosas de dentro dos próprios presídios. Assim, a sociedade acaba sofrendo diante do crescimento instável do crime organizado.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado como sendo uma medida viável diante da realidade enfrentada nos presídios brasileiros, realidade esta que decorre do descaso de décadas com o sistema penitenciário do nosso país, que deveria reabilitar o preso dando a ele condições para isso e não apenas tirá-los das ruas.

Existem alguns entendimentos divergentes sobre o Regime Disciplinar Diferenciado ser um regime inconstitucional por, supostamente, violar princípios como o da dignidade da pessoa humana e da proibição das penas cruéis, desumanas e degradantes, ou ainda, de que não haveria necessidade de um regime tão severo se o preso estivesse inserido em um sistema prisional ajustado à lei, bem como o regime disciplinar diferenciado não possui o condão de reabilitar o preso para o convívio em sociedade.

O fato, contudo, é que alguns detentos continuam praticando crimes mesmo estando presos e como uma medida urgente, de controle imediato, o regime disciplinar diferenciado se revela necessário e se mostra uma medida eficaz para conter tais práticas.

Verificou-se, portanto, que o RDD não viola os princípios da dignidade da pessoa humana, nem o princípio da proibição das penas cruéis, desumanas ou degradantes. Assim, verifica-se que os presos devem evitar, por seu comportamento carcerário adequado, ser inseridos no RDD, porque tem a ciência de que se trata de um regime eficaz, dificultando e até mesmo impedindo as atuações criminosas de dentro dos presídios.

Desta forma, a identificação de presos de alta periculosidade ou integrantes de facções criminosas autoriza o tratamento diferenciado, submetendo-os a um tratamento penitenciário mais rigoroso, mas nunca cruel ou desumano, atendendo-se os princípios da proporcionalidade e da individualização do cumprimento das penas.

Por fim, entende-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é um regime constitucional, caracterizado como uma sanção ou ainda uma medida de cautela que deve ser imposta quando houver necessidade e nas hipóteses previstas em lei, devendo a autoridade judiciária analisar o caso concreto com extrema cautela e aplicar o regime quando constatar o envolvimento do preso com o crime organizado, por cometer faltas disciplinares graves ou ainda pela periculosidade que ele representa para a ordem e a segurança da sociedade e do próprio estabelecimento penitenciário.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução penal: esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

BRASIL. **Lei de Execução Penal** (1984). Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

BRASIL. **Pacote Anticrime** (2019). Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus: 40.300 RJ (2004/0176564-4). Regime disciplinar diferenciado. art. 52 da lep. Constitucionalidade. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Nulidade do procedimento especial. Reexame de provas. Impropriedade do writ. Nulidade da sentença condenatória não reconhecida. Impetrante: Leandro De Oliveira Barboza - Defensor Público. Impetrado: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 22 de agosto de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Habeas Corpus Nº 5005564-27.2017.4.04.0000/PR. Art. 52 Da Lei De Execução Penal. Não há constrangimento ilegal na inclusão cautelar do preso em regime disciplinar diferenciado (RDD), quando demonstrada a presença de alguma das hipóteses dos §§ 1º e 2 do artigo 52 da Lei de Execuções Penais e mediante decisão fundamentada, com observância ao contraditório. Impetrante: Gelson Lima Carnauba. Impetrado: Juízo H Da Seção De Execução Penal De Catanduvas. Relator: Des. Federal Márcio Antônio Rocha. 29 de março de 2017. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/901264154/habeas-corpus-hc-50055642720174040000-5005564-2720174040000/inteiro-teor-901264275>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. **Leituras complementares de execução penal**. São Paulo: Juspodium, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019. Comentários e Alterações**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Forense: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI Guilherme Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13.ed. São Paulo: Forense, 2016.

NUNES, Adeildo, MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev., atual. e amplo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA. Beatriz Rocha. **A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado**. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/733/1/BEATRIZ%20ROCHA%20DA%20SILVAOS%20EFEITOS%20DA%20DECIS%C3%83O%20EM%20SEDE%20DE%20MANDADO%20DE%20INJUN%C3%87%C3%83O.pdf>.

TELES, Ney Moura. **Direito penal parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.