

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Bárbara Vieira Nunes*

RESUMO

A criação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), como modalidade de sanção disciplinar, teve como objetivo solucionar a problemática do sistema carcerário e desarticular as organizações criminosas que comandavam delitos dentro e fora dos presídios. Aplica-se o RDD a presos definitivos e provisórios nos casos de faltas graves que ocasionem subversão da ordem interna, ponha em risco a segurança do presídio ou da sociedade ou quando o sujeito tenha envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. A medida acarretou divergências acerca da sua constitucionalidade. Para os defensores da constitucionalidade do instituto, o RDD é um meio necessário e eficaz para solucionar o problema das organizações criminosas, sendo uma medida proporcional à gravidade da infração cometida e amparada por princípios constitucionais, destacando-se a sua importância no combate ao crime organizado.

Palavras-chave: Crime Organizado. Regime Disciplinar Diferenciado. Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Em 2001, o Brasil encontrava-se em um momento de grande agitação social proveniente da insegurança gerada pelas atividades criminosas, as quais aterrorizavam a população através da atuação violenta do Primeiro Comando da Capital (PCC) e do Comando Vermelho (CV) nos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro. A criminalidade organizada detinha um forte poderio, atuando de forma livre e

* Advogada graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Aluna do curso de especialização em Direito Processual Civil e Gestão do Processo pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

E_mail : barbaravnunes@hotmail.com

desenfreada. A violência manifestava-se intramuros, através de rebeliões, e extramuros, pois os crimes que ocorriam fora dos presídios eram comandados pelos líderes presos do crime organizado.

As facções criminosas possuíam estruturação corporativa, conseguiam recursos financeiros através de atividades ilegais, existindo, inclusive, uma tesouraria para patrocinar os crimes, rebeliões, pagar advogados e ajudar os familiares dos presos. Infiltravam-se, ainda, em órgãos públicos por meio da corrupção dos agentes públicos e possuíam armamentos, computadores e aparelhagem de última geração.

Assim, o Estado Brasileiro, como resposta à sociedade aterrorizada diante da crescente criminalidade e do poder alcançado pelas organizações criminosas, implantou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) como forma de conter a crescente violência e desarticular as facções criminosas através do isolamento dos seus líderes.

Com o surgimento do RDD, instaurou-se uma polêmica acerca da sua constitucionalidade. A corrente contrária afirma que o instituto viola a finalidade ressocializadora da pena e os princípios da humanidade da pena, da proibição de imposição de penas cruéis e degradantes, da legalidade e da dignidade da pessoa humana, constituindo uma pena cruel e demasiadamente rígida. Já os defensores afirmam que, em vez de ferir os mandamentos constitucionais, concretiza e viabiliza os princípios da individualização da pena, do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade, pois a resposta penal aplicada é proporcional à gravidade da situação.

Tem-se, então, como objetivo analisar a implantação do RDD no Brasil como repressão ao crime organizado, apontar os casos em que se aplica o regime e suas características e demonstrar a constitucionalidade do instituto.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2.1 Conceito

Os presos provisórios e os condenados estão sujeitos à observância de alguns deveres para a manutenção da ordem interna do presídio. A Lei de Execução Penal (LEP) (Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984) enumerava quatro espécies de sanções disciplinares: advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela ou em local adequado. Com o advento da Lei nº 10792 de 1º de dezembro de 2003, a qual alterou alguns artigos da LEP, foi acrescentada mais uma espécie de sanção disciplinar, qual seja, a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.

De acordo com o artigo 53, I e II da LEP, ao preso que praticar falta leve e média, só poderá ser aplicada a sanção disciplinar de advertência verbal e repreensão, posto que as de suspensão ou restrição de direitos, isolamento e inclusão no RDD são cabíveis apenas no caso de cometimento de faltas graves (art. 57, parágrafo único, da LEP).

O RDD, portanto, é modalidade de sanção disciplinar prevista no art. 53, V, da LEP, e não uma quarta espécie de regime de cumprimento de pena como entendem alguns autores que o consideram como um regime fechadíssimo. Os regimes existentes no Brasil encontram-se previstos somente no artigo 33 do Código Penal Brasileiro. Sobre o tema, Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 149) explica que:

O RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior.

É, deste modo, um conjunto de regras jurídicas que podem orientar o cumprimento da pena privativa de liberdade, RDD punitivo (art. 52, *caput* e incisos, da Lei 7.210/84), ou a custódia do preso provisório, RDD cautelar (art. 52, parágrafos 1º e 2º, do referido diploma legal), nos casos previstos na lei. Segundo Astério Pereira dos Santos (2009, *online*), Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro da época, o objetivo desse regime era:

Afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjagam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome [...]. Afastar essa liderança de opressores dos demais presos, quase sempre criminosos ocasionais e eventuais, de escassa ou nenhuma periculosidade é, sobretudo, um ato de humanidade.

Assim, o objetivo do instituto é conter a disseminação das ideias das facções criminosas por meio do isolamento dos seus líderes. É, portanto, uma tentativa de solucionar a problemática do sistema carcerário nacional e controlar a atuação das organizações criminosas que comandavam delitos dentro e fora dos presídios.

2.2 Hipóteses de aplicação do RDD

O RDD deverá ser decretado pelo juiz responsável pela execução penal, mediante requerimento da autoridade administrativa competente, a qual só poderá isolar o preso em caso de urgência por até dez dias enquanto é prolatada a decisão. O juiz decidirá motivadamente pela aplicação ou não do regime somente após a oitiva do Ministério Público e da defesa (art. 53, §), garantindo-se, assim, o princípio do contraditório.

As hipóteses de cabimento e as características do instituto encontram-se elencadas nos artigos 52 da Lei de Execução Penal, que dispõe, *in verbis*:

Art. 52. 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: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a

qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (BRASIL, 2003)

Dessa forma, será aplicado o regime para os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, em três situações: 1) quando praticar crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna; 2) quando cause risco para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; 3) ou ainda quando o sujeito tenha envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A Lei 9034/95 dispõe sobre crime organizado, porém não o define. Segundo preleciona o professor Fernando Capez (2008, p. 240), a definição do que seria organização criminosa foi definida pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, chamada de Convenção de Palermo:

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000, definiu, em seu art. 2º, o conceito de organização criminosa como todo 'grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral.

Quando o regime é aplicado pela primeira vez, só poderá ter duração máxima de um ano, contado de acordo com os prazos penais, ou seja, em dias. Caso ocorra nova falta grave de mesma espécie, a permanência no RDD poderá ser prorrogada, sendo o limite máximo de permanência no regime o de 1/6 da pena imposta.

O preso que estiver submetido ao RDD ficará em celas individuais, possuindo acompanhamento médico e psicológico. São observadas as proibições contidas no artigo 45, § 1º e 2º, da LEP, o qual prevê que as sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado, nem poderá haver o emprego de cela escura. Entretanto, não terão acesso aos meios de comunicação como rádio, televisão ou jornais, apenas os livros da biblioteca da penitenciária são permitidos.

De acordo com o artigo 4º da Lei nº 10.792/2003, o presídio designado para a implantação do RDD disporá, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares e radiotransmissores. A União é a responsável por definir os padrões mínimos a serem seguidos pelos presídios destinados ao cumprimento do RDD.

Vale ressaltar que a gravidade do crime cometido, por si só, não justifica a implantação do regime, devendo haver também alguma das três hipóteses de aplicação anteriormente mencionadas. Convém registrar, ainda, que para que seja decretado o RDD, não precisa ter sido praticado crime da Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 9034/95 e Lei nº 10217/01), bastando que ocorra uma das três referidas hipóteses previstas na LEP.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DO RDD:

O surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD no ordenamento jurídico brasileiro acarretou divergências acerca da sua constitucionalidade. Os defensores do instituto afirmam que a medida, em vez de ferir os mandamentos constitucionais, os concretiza e viabiliza. Afirmam também que o regime foi implantado por lei federal, atendendo ao critério constitucional formal para dispor sobre matéria penal.

Acrescentam, ainda, que a permanência de presos perigosos junto com os demais é extremamente prejudicial ao sistema carcerário, já que alguns detentos são líderes violentos de exacerbada periculosidade, enquanto outros são de baixa periculosidade e fácil ressocialização. Sabe-se que a isonomia é tratar de forma equivalente os iguais e diferente os desiguais na medida de sua desigualdade. Logo, é evidente que os presos não podem receber tratamento igual, pois há nítida diferença entre eles, devendo suas diferenças ser consideradas na execução da pena.

Assim, o isolamento celular e o afastamento da categoria de presos perigosos são necessários para a preservação da vida e da dignidade dos outros detentos comuns que não terão que se submeter ao comando desumano dos líderes das facções criminosas, como ressaltou Astério Pereira dos Santos (2009, *online*):

Não se pode combater a escalada da criminalidade sem dar a essa maioria manipulada e oprimida a oportunidade de, ao menos durante o período de encarceramento, deixar de cumprir ordens do crime organizado. [...] Desse modo, aos criminosos que, mesmo aprisionados, pretendem continuar a exercer sua malévola liderança é imperioso que o Estado lhes imponha um regime de disciplina diferenciado que, sem ser desumano ou contrário à Constituição, possa limitar os direitos desses presos evitando que eles, ao arrepio da Lei e do Poder Constituído, acabem por restringir os direitos da grande massa carcerária [...]. Não se ignora que o Estado tem na dignidade da pessoa humana o centro de sua atuação e sua própria razão de ser. Nem se pretende com o RDD suprimir a dignidade da pessoa do apenado, ao contrário se quer garantir que aqueles presos que compõem a grande massa carcerária possam dignamente cumprir sua pena e buscar rumos que os afastem da criminalidade.

Convém destacar que a situação sub-humana e degradante a que estão expostos os presos nas penitenciárias comuns é periclitante, pois além de insalubres, escuras e sem ventilação, apresentam um número bem maior de detentos do que o que comporta a cela. Nem por isso há argumento sustentando liberar todos esses presos ou acabar com os presídios porque tal condição afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse caso dos presídios comuns, mostra-se evidente a violação ao princípio constitucional da humanidade das penas, e não no RDD, em que o preso encontra-se confortavelmente alojado em sua cela individual com atendimento psicológico e médico de alta qualidade. Resta, portanto, afastada a alegação de violação do princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas. Nesse sentido, explica Maria do Socorro Almeida de Carvalho (2008, p. 9):

É conhecida a situação dos nacionais encarcerados, em que é cristalina a ausência de dignidade humana: a alimentação é péssima; há revezamento para dormir *no chão*; vive-se amontoado em celas superlotadas, fétidas, com escassa iluminação e ventilação, onde é freqüente a violência física e sexual e a morte ronda os apenados desequilibrados emocionalmente. Enfim, é gritante a ausência de quase todos os direitos assegurados pela LEP. [...] Ser colocado em cela individual, com mais higiene e longe da violência de qualquer espécie por parte dos demais presos, constitui privilégio. [...] Longe está de ser cruel.

Esses são alguns dos argumentos que os adeptos da corrente favorável à aplicação do RDD utilizam para defender a aplicação do instituto e para demonstrar a sua constitucionalidade, vertente a qual se filia o presente trabalho.

3.1 A legalização do RDD (Lei 10.792/2003):

Em 2001, surgiram diversas rebeliões organizadas pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) em vários presídios do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro, e ocorreram vários assassinatos comandados pelos líderes das organizações criminosas de dentro dos presídios. Com os assassinatos atribuídos ao PCC, em março de 2003, de dois juízes de Varas de Execuções Penais que combatiam fortemente o crime organizado, o poder público passou a ser cobrado pela sociedade e pela imprensa para que adotasse uma medida eficaz de caráter legislativo para resolver o problema da criminalidade organizada cada vez mais crescente no país.

Diante dessa situação, foi implantado o Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido como *RDD*, em meio a um caos social vivido em virtude de atentados e assassinatos comandados de dentro de presídios pelas facções criminosas. Assim, a criação do instituto deu-se com o escopo de reavivar o domínio do Poder Público sobre as unidades prisionais e amenizar as críticas da opinião pública, dando uma resposta à violência urbana e buscando conter as organizações criminosas para garantir segurança à sociedade amedrontada. Argumentando a favor da instituição do RDD, expõe Fernando Capez (2009, *online*):

Entendemos não existir nenhuma inconstitucionalidade em implementar regime penitenciário mais rigoroso para membros de organizações criminosas ou de alta periculosidade, os quais, de dentro dos presídios arquitetam ações delituosas e até terroristas. [...] Diante da situação de instabilidade institucional provocada pelo crescimento do crime organizado, fortemente infiltrado no sistema carcerário brasileiro, de onde parte grande parte de crimes contra a vida, a liberdade e o patrimônio de uma sociedade cada vez mais acuada, o Poder Público tem a obrigação de tomar medidas, no âmbito legislativo e estrutural, capazes de garantir a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Compartilhando de semelhante posicionamento, acrescenta Marcelo Lessa Bastos (2007, *online*):

[...] Não se consegue compreender as críticas doutrinárias que são endereçadas ao isolamento absoluto de presos líderes de organizações criminosas, após se terem informações seguras de que continuam a comandar seus negócios. O isolamento é imperativo e é a única medida efetiva que se dispõe para neutralizar a ação dessas pessoas. Isto visa a enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para dispersar o seu comando. [...] Resta, pois, como forma legítima de proteção dos cidadãos, que igual têm o direito constitucional à segurança pública, isolar essas pessoas, pelo tempo necessário para neutralizar sua influência na organização a que pertença, nem que isto leve todo o tempo restante de sua pena. Sinceramente, as críticas endereçadas ao 'RDD' não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosa, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudino caso de desequilíbrio intelectual.

Inicialmente, o RDD foi criado pela resolução administrativa da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, a SAP.26/2001, de 04.05.2001, sendo depois ratificada pela Medida provisória nº 28/2002. Nesse período, o nascimento do regime foi alvo de severas críticas que apontavam um vício de inconstitucional formal, pois foi elaborada pelo Secretário da Administração Penitenciária de São Paulo, afrontando a competência privativa da União para legislar sobre matéria penal.

Posteriormente, foi publicada a Lei nº 10.792/2003 que alterou a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941), incluindo o RDD como nova modalidade de sanção disciplinar no artigo 53 da citada lei. A partir de então foi sanado o erro formal que maculava a SAP. 26/2001 e MP nº28/02. Nesse sentido, discorre Anna Paula de Freitas Maciel, (2008, *online*):

A CF/88, reservou a matéria de execução penal à competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, I. Assim, obedecendo ao procedimento estabelecido pela Carta Magna, portanto, o RDD - Regime Disciplinar Diferenciado foi disciplinado pela Lei 10.792/2003 e inserido na Lei de Execuções Penais (Lei 7.219/84 que é lei ordinária (7.210/84),

recepção pela CF/88 como tal. Portanto, é possível estabelecer o RDD via lei ordinária federal, sendo este o meio jurídico adequado. Desta forma, o requisito formal que criou o RDD encontra-se constitucional (Lei 10.792/03 – lei ordinária), uma vez que o atual Regime Disciplinar Diferenciado, antigo Regulamento Disciplinar Diferenciado, legalizou condutas disciplinares até então questionáveis de constitucionalidade, por razões formais, pois criadas por meros atos administrativos.

Assim, lei federal é o instrumento apropriado para a criação do RDD, pois a CF/88 não reservou à emenda constitucional ou mesmo lei complementar a disciplina da matéria de Execução Penal. Portanto, é possível estabelecer o RDD via lei ordinária federal, sendo este o meio jurídico mais adequado. Dessa forma, a Lei nº 10.792/2003 veio para acabar com a discussão sobre a inconstitucionalidade formal da criação do RDD, tendo em vista que foram atendidas as exigências constitucionais para a sua instituição.

3.2 Atendimento aos princípios constitucionais

Os partidários da corrente a favor do RDD afirmam que a medida, em vez de ferir a constituição, concretiza e viabiliza os princípios constitucionais, como, por exemplo, o da individualização da pena, pois a punição deve ser individualizada para cada detento levando-se em conta suas características peculiares, e da proporcionalidade, tendo em vista que a resposta penal aplicada é proporcional à gravidade do crime e à periculosidade do agente. Destacam que, da mesma forma, atende ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, pois somente é aplicado mediante contraditório, ampla defesa e controle judicial, não havendo, portanto, afronta a princípios constitucionais.

3.2.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade busca a aplicação da pena justa, devendo existir um equilíbrio entre a gravidade do delito e a sanção a ele imposta. Na cominação da pena, deve o legislador atentar para a relação que existe entre o fato a ser criminalizado e o dano efetivamente causado, e, também, o bem jurídico que se quer proteger com a norma penal. Apesar de não estar previsto expressamente, nem por isso perdem sua condição de garantia fundamental, face o que preceitua os § 1º e 2º, do artigo 5º, CF.

Referido princípio, desdobra-se na proibição do excesso, evitando-se a hipertrofia da punição, e na proibição da insuficiência da intervenção penal, evitando-se a punição insignificante e, conseqüentemente, a impunidade. Portanto, deverá haver uma punição adequada para reprimir suficientemente o crime, de acordo com a sua gravidade. Sobre o tema, discorre Ingo Wolfgang Sarlet (2009, *online*):

O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação. Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que - como contraponto à assim designada proibição de excesso - expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

As normas constitucionais estão articuladas em um sistema, havendo valores constitucionais que se sobrepõem a outros em matéria de importância. O direito à vida é o mais importante e, mesmo assim, pode ser sacrificado em casos expressamente previstos em lei, como ocorre, por exemplo, com a legítima defesa e o estado de necessidade.

Partindo dessa premissa, com a ponderação dos valores em confronto e havendo adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valor.

Por conseguinte, se, por um lado, devem ser preservadas as garantias constitucionais dos presos, por outro, eles não podem se valer desses direitos para colocar em risco a ordem do sistema prisional e a própria sociedade, a qual é diretamente afetada pelas fugas, atentados, assassinatos e diversos outros crimes que são comandados pelas facções criminosas de dentro do presídio. Não é dado, portanto, a qualquer pessoa valer-se de direitos e garantias constitucionais para a salvaguarda de práticas ilícitas.

Dessa forma, nosso sistema jurídico não contempla direitos absolutos. Por mais importante que seja um direito, ele pode ser suprimido ou restringido quando conflitar com outro direito de igual ou superior valor. Logo, diante de uma situação de afronta a direitos e princípios, deverá haver uma ponderação dos valores e das garantias constitucionais que estão sendo afetadas para se chegar à conclusão de qual deles deverá prevalecer. Nesse sentido, vale observar o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, referente ao Habeas Corpus nº 40.300/RJ, que teve como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima:

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. 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 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. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal. 5. Ordem denegada. (STJ - HC 40300 / RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 07.06.2005, publicado no DJ 22.08.2005, p. 312) (Grifo nosso).

Assim, não é mais possível aceitar que detentos continuem colocando em risco o sistema prisional e a sociedade mesmo depois de presos. Diante disso, o RDD veio justamente para acabar com o comando das organizações criminosas dentro da prisão separando os líderes mais perigosos. Portanto, obedece claramente ao princípio da proporcionalidade, pois pune com maior rigor aqueles que possuem uma maior periculosidade e que colocaram ou possam colocar em risco todo o sistema penitenciário e a própria sociedade. Sobre o assunto, enfatiza Astério Pereira dos Santos (2009, *online*):

Talvez o isolamento de 30 dias seja medida suficiente para impor disciplina ao apenado que possui um estilete com o fito de ofender a integridade física de seu desafeto que se encontre numa cela vizinha, mas certamente não se revelará eficaz contra aqueles que, dentro de uma mesma cela, conseguem armazenar fuzis, pistolas e mais de 2.000 munições, conforme apreensão ocorrida em 05/08/03, em Bangu IV.

Dessa forma, resta demonstrado que o RDD atende ao princípio constitucional da proporcionalidade, pois é medida adequada à gravidade do crime e à periculosidade do agente, evitando a insuficiência da intervenção penal.

3.2.2 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena encontra-se previsto no artigo 5º XLVI da Constituição Federal e no artigo 5º, caput, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84). O referido princípio diz respeito à exigência de se tratar individualmente a situação de cada preso, de acordo com as suas próprias características e peculiaridades.

A individualização da pena ocorre no âmbito legislativo, judicial e executório. O legislador é responsável pela individualização ao cominar a pena em abstrato para os crimes. Já o juiz, o faz ao condenar o acusado, fixando a pena e o regime inicial de

cumprimento, de acordo com o caso concreto e com as suas características pessoais, observados os preceitos do artigo 59 do CP:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Na fase de execução da pena, o juiz irá individualizar a execução penal de cada preso, analisando a sua periculosidade, seu poder de influência negativa sobre os demais detentos, sua personalidade e o seu comportamento. Sobre as fases de individualização da pena, comenta o doutrinador Luiz Luisi (2003, p. 52):

O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório. Na primeira etapa através da lei, que fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Não se trata de penas com quantitativos certos e fixos. Trazendo também as espécies de penas e muitas vezes, as prevê de forma alternativa, e em outras ocasiões, dispõe sobre a sua aplicação de forma cumulada. Todavia, a lei penal não se limita as previsões normativas mencionadas mas, também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações. O segundo momento é o da individualização judiciária. 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 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, sendo esse o momento em que a sanção penal começa atuar verdadeiramente sobre o delinqüente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação. Esta fase da individualização da pena denomina-se individualização executória.

Assim, considerar que a execução penal seja aplicada da mesma forma para todos os tipos de presos é ignorar que os homens são diferentes. Um castigo não tem a mesma eficácia para todos os detentos, devendo ser individualizada a punição de cada um. É isso o que ocorre com a aplicação do RDD, o qual é imposto à

determinada categoria perigosa de detentos que põem em risco a segurança do estabelecimento penitenciário e da sociedade. Para essa classe de presos, as regras da prisão normal não são suficientes para conter as suas ações criminosas dentro e fora dos presídios, mostrando-se imprescindível um tratamento diferenciado. Nesse sentido, acrescenta Gilmar Bortolotto (2009, *online*):

Os denominados “regimes disciplinares diferenciados” não devem ser entendidos como uma forma de sancionamento, mas sim como um conjunto de regras aplicáveis a indivíduos cuja conduta criminosa contumaz e reiterada, além da liderança negativa exercida após o encarceramento, exigem tratamento penal diferente do atribuído aos demais presos. Consistem no exercício de um maior controle por parte do Estado. Não podem suprimir direitos, o que os tornaria inconstitucionais ou ilegais, mas podem disciplinar o exercício dos direitos previstos, tornando-o compatível com o perigo social representado pelo preso que a ele deve submeter-se. Sua implementação supre, em parte, omissão histórica do Estado no atendimento aos princípios da igualdade e da individualização na execução da pena privativa de liberdade. [...]Na execução das penas privativas de liberdade, a existência de regras de convívio diferenciadas para indivíduos com personalidades, características pessoais e antecedentes distintos e que representam perigo social expressivo e potencialidade elevada para a prática de crimes mesmo depois de encarcerados, é imperativa.

Dessa forma, como o sistema de execução penal determina que sejam respeitadas as diferenças de caráter individual dos detentos, o Estado deve estabelecer um regramento diferenciado para indivíduos que possuam um potencial agressivo acima do comum e que não se submetem ao controle normal existente nos estabelecimentos carcerários. O RDD, portanto, concretiza o princípio da igualdade e da individualização da pena na medida em que atribui regras diferentes para indivíduos com potencial agressivo diferenciado.

3.2.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram-se previstos expressamente no artigo 5º, V da Constituição Federal, o qual dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Do mesmo modo, está disposto no § 2º do art. 54 e no art. 59 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Referidos princípios são caracterizados pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em direito admitidos. Portanto, são inerentes ao direito de defesa e decorrentes da bilateralidade do processo, ou seja, quando uma das partes alega alguma coisa, deverá ser dada oportunidade de conhecimento e resposta para a outra parte, sendo garantida, assim, a igualdade das partes no processo, pois equipara o direito da acusação com o direito da defesa. Caso não sejam observados, o processo será declarado nulo. Sobre tais princípios, explicam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 165):

Por ampla defesa entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua auto-incriminação. Por contraditório entende-se o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (*par conditio*), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se [...]. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o postulado da ampla defesa e do contraditório inclui: a) direito de as partes obterem informação de todos os atos praticados no processo; b) direito de manifestação, oral ou escrita, das partes acerca dos elementos fáticos e jurídicos constantes no processo; c) direito das partes de ver seus argumentos considerados.

A inclusão no RDD dar-se-á mediante requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. Apresentado o requerimento, o juiz intimará o Ministério Público e a defesa para se manifestarem sobre o pedido, sendo a decisão judicial amplamente fundamentada e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

Assim, o preso possui o direito, previsto pela própria lei, de impugnar a sua inclusão no RDD, sendo assegurada a sua defesa técnica, sob pena de nulidade do procedimento. Sobre a matéria, explica José Paulo Baltazar Junior (2006, p. 112-115):

A garantia do devido processo legal é obedecida, pois a inclusão no regime disciplinar diferenciado dá-se, após a oitiva do Ministério Público (LEP, art. 54, §2º), que tem função fiscalizadora na execução penal; por decisão judicial, devidamente fundamentada, como toda decisão judicial (CF, art. 93, IX), garantia reforçada pelo art. 54, caput, da LEP. [...] Sendo o regime aplicável a situações determinadas, mediante aplicação do devido processo, com garantia de ampla defesa e controle judicial, não há, tampouco, violação da Constituição em qualquer desses aspectos. [...].

Dessa forma, resta claramente demonstrado que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório encontram-se respeitados, pois é assegurado o pleno conhecimento dos atos praticados e a manifestação prévia da defesa quando houver requerimento para inclusão no RDD, não havendo o que se falar em inconstitucionalidade por afronta a esses princípios.

4 CONCLUSÃO

A criação do referido instituto, portanto, ocorreu como uma resposta à crescente evolução do crime organizado dentro e fora dos presídios, buscando-se conter a disseminação das idéias das facções criminosas por meio do isolamento dos seus líderes.

Dessa forma, resta demonstrada a constitucionalidade do RDD, mostrando-se que ele não afronta os mandamentos constitucionais, como afirmam os opositores ao regime, e sim atende os princípios da individualização da pena, pois a punição deve ser individualizada para cada detento levando-se em conta suas características peculiares; da proporcionalidade, tendo em vista que a resposta penal aplicada é proporcional à gravidade do crime e à periculosidade do agente; e do contraditório e da ampla defesa, pois somente é aplicado mediante contraditório, ampla defesa e controle judicial.

A implantação do Regime Disciplinar Diferenciado, portanto, é medida constitucional necessária e adequada para assegurar a ordem e disciplina interna dos estabelecimentos penitenciários e para preservar a segurança da sociedade, revelando-se eficaz para desarticular as organizações criminosas responsáveis pela

violência que afeta o país. Com a sua aplicação, é possível a segregação dos presos perigosos e dos líderes das facções que desestabilizam o sistema prisional comandando, mesmo encarcerados, tanto os demais detentos quanto os seus comparsas que estão em liberdade.

Vale ressaltar que é a própria lei que determina quais os presos e em que situação deverão ser inseridos no regime por decisão fundamentada do juiz, mediante prévia oitiva do Ministério Público e da defesa. Não se trata, portanto, de ato discricionário ou arbitrário da unidade prisional ou do Magistrado, mas de decisão judicial devidamente fundamentada.

Entretanto, o RDD sozinho não é meio eficaz pra acabar com a criminalidade do país, pois a sua origem está na desigualdade social e na falta de investimentos na educação. Porém, o Estado não pode ficar de braços cruzados para a situação de insegurança que vive a sociedade enquanto vários inocentes diariamente são vítimas do terror implantado pelo crime organizado. A resolução por essa vertente, que seria a ideal, necessita de bastante tempo, não podendo a sociedade continuar vivenciando essa violência enquanto o estado não evolui socialmente, proporcionando iguais condições de vida e educação para todos.

Destaca-se que um fator de grande importância no surgimento das principais organizações criminosas no Brasil foram os contatos feitos entre os detentos nos presídios, onde foram difundindo suas idéias e ganhando aliados. Vale salientar que todas nasceram dentro das prisões e só ganharam força e espaço em virtude da ausência de uma política por parte do Estado no sistema penitenciário capaz de combatê-las.

Atualmente, o Comando Vermelho domina o Rio de Janeiro, possuindo o monopólio dos sequestros, do comércio de carros roubados, do contrabando de armas pesadas e do tráfico de drogas. Exercem nos morros funções de governo por meio do terror alternado com políticas paternalistas, sendo hoje uma organização mais equipada do que a polícia ou mesmo do que as guarnições locais do Exército.

Destarte, diante de toda essa estrutura que foi organizada e difundida dentro dos presídios, revela-se imprescindível o isolamento dos integrantes de organizações criminosas para conter a sua disseminação. Diante dessa situação, a aplicação do RDD mostra-se necessária para impedir e prevenir a quebra da disciplina e da ordem nas unidades prisionais, revelando-se uma medida constitucional eficaz

para desarticular as organizações criminosas por meio do isolamento dos seus líderes.

ASPECTS OF CONSTITUTIONAL DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME

ABSTRACT

The creation of the Differentiated Disciplinary Regime - Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), as a form of disciplinary action, aimed to solve the problem of the prison system and dismantle criminal organizations that ran offense inside and outside prisons. RDD applies to prisoners in the final and provisional cases of misconduct giving rise to subvert the internal order, endanger the security of the prison or society, or when the subject has or involvement in organized crime, gang or gang. The measure led to disagreements about its constitutionality. For the defenders of the constitutionality of the institute, the RDD is a necessary and effective means to solve the problem of criminal organizations, being a measure commensurate with the seriousness of the offense committed and supported by constitutional principles, highlighting its importance in combating organized crime.

Keywords: Organized Crime. Differentiated Disciplinary Regime. Constitutionality

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. rev. e atu. São Paulo: Método, 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal. **Revista Jurídica**, v.54, n.344, p. 101-116, jun. 2006.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo**, jan. de 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9481>>. Acesso em: 28 out. 2009

BORTOLOTTI, Gilmar. **Regimes Diferenciados, igualdade e individualização**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/gilmar_bortolotto.pdf>. Acesso em: 31 out. 2009.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em HC n.º 40.300-RJ. 5ª turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ, 22 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=art+52+da+LEP&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 29 out. 2009.

_____. Lei nº 9.034/95, de 3 de maio de 1995. **Lei das Organizações Criminosas**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

_____. Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

_____. Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. **Altera a Lei nº 9034/95, de 03 de maio de 1995 - Lei das organizações Criminosas**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

_____. Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003. **Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, v. 4.

_____. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: <<http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=1552>>. Acesso em: 16 set. 2009.

CARVALHO, Maria do Socorro Almeida. Pontos Controvertidos do regime Disciplinar Diferenciado. **Revista Jurídica Consulex**, v.12, n. 285, p. 6-9, nov. 2008.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 327.

MACIEL, ANNA PAULA DE FREITAS. **A (in) constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado**, 12 de Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22411>>. Acesso em: 28 out. 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

SANTOS, Astério Pereira dos. **Regime Disciplinar Especial: Legalidade e Legitimidade.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/Depen/publicacoes/asterio_santos.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53>. Acesso em: 29 out. 2009.