

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RAQUEL ÉRICA CINTRA

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Recife
2014

Raquel Érica Cintra

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof^o. Dr^o. Leonardo Siqueira.

Recife
2014

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Cintra, Raquel Érica.

O regime disciplinar diferenciado e sua (in)constitucionalidade /
Raquel Érica Cintra. - Recife, 2014.
62 f.

Orientador (a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2014.
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Princípio da legalidade. 3. Regime disciplinar
diferenciado. 4. Inconstitucionalidade. I. Siqueira, Leonardo Henrique
Gonçalves de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

TCC 2014-339

Raquel Érica Cintra

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

DEFESA PÚBLICA em Recife____, de_____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Profº. Dr.º Leonardo Siqueira.

1º Examinador: Profº. Dr.º: _____.

_____.

2º Examinador: Profº. Dr.º _____.

_____.

Recife
2014

À Santíssima Trindade, minha fé e esperança, sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Nosso Pai Divino, pela Sua presença ao meu lado em todos os momentos da minha vida, até os dias de hoje, sem nunca perder a fé.

À minha Família, pelo apoio e carinho. Amo vocês.

À Faculdade Damas da Instrução Cristã, pela capacitação para minha vida profissional.

Ao Orientador Professor Doutor Leonardo Siqueira, que, com seus ensinamentos valiosos, tornou possível a realização deste trabalho.

À Professora Doutora Simone de Sá, que me inspirou a pesquisa sobre o tema deste trabalho.

À Professora Doutora Cristiany Moraes, pela dedicada orientação.

Ao Corpo Docente da Faculdade Damas.

Ao Corpo Discente da Faculdade Damas.

Às Irmãs da Faculdade Damas, pelas palavras de conforto e fé em Cristo.

Aos Funcionários da Faculdade Damas.

E a todos que me ajudaram, de alguma forma, meus sinceros agradecimentos.

O homem é uma prisão em que a alma permanece livre.

Victor Hugo.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, previsto na Lei de Execução Penal, aplicado ao preso provisório ou definitivo, em razão de cometimento de falta disciplinar grave, por período de trezentos e sessenta dias de isolamento, em cela individual, podendo ser repetida a sanção em reincidência de falta grave, até um sexto da condenação. A metodologia utilizada deste trabalho é bibliográfica. O embasamento desta pesquisa é o Princípio da Legalidade e desdobramentos em Princípio da Anterioridade e do Devido Processo Legal, albergados pela Constituição Federal. É demonstrada a existência de aplicação de pena sem a descrição anterior da conduta penal delituosa.

Palavras-chaves: Princípio da Legalidade. O Regime Disciplinar Diferenciado. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the unconstitutionality of the Differentiated Disciplinary Regime, foreseen in Execution Law, applied to arrested individuals, in the ratio of committing grave disciplinary lack by period three hundred and sixty days of isolation, in individual cell and can be repeated the sanction them recurrence of grave fault, after sixth conviction. The methodology used in this work is bibliographic. The reason of this search is the Principle of Legality and the developments in Principle of Anteriority and the Due Process of Law, sheltered by the Federal Constitution. It's demonstrated the existence of the penalty application without a previous description of the criminal conduct.

Keywords: Principle of Legality. Differentiated Disciplinary Regime. Unconstitutional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E AS FALTAS DISCIPLINARES	13
1.1 Classificação das Faltas Estabelecidas Pela Lei de Execução Penal	13
1.2 Falta Leve e Média	14
1.3 Falta Grave	16
1.4 Do Procedimento para a Punição da Falta Grave	18
2. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E LEGAIS SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	29
2.1 Exame das Hipóteses Legais para a sua Aplicação	29
2.2 Características do Regime Disciplinar Diferenciado	37
3. UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	41
4. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade da sanção disciplinar denominada de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), prevista no art. 52 da Lei n.º 7.210/1984 – Lei de Execução Penal -, alterada pela Lei n.º 10.792/2003, aplicada ao preso provisório ou definitivo, quando do cometimento de falta grave.

Para o maior aprofundamento do tema Regime Disciplinar Diferenciado, pesquisa-se todos os aspectos que envolvem a aludida sanção disciplinar. No mesmo propósito, fala-se das faltas disciplinares, suas características, o procedimento de sua apuração e implicações legais, ao tempo em que, aponta-se que a falta disciplinar grave é a espécie que pode ensejar a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

No regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado é submetido ao isolamento, em cela individual, por período de até trezentos e sessenta dias, podendo ser repetida a punição até o limite de um sexto da pena aplicada. Daí porque, vislumbra-se a infringência de princípios albergados pela nossa Constituição Federal.

Ante o Princípio da Legalidade no Direito Penal, o qual se encontra insculpido na Constituição Federal, questiona-se a constitucionalidade da permanência do Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal.

Sendo assim, examina-se a questão sob o aspecto de sua inconstitucionalidade, com foco no Princípio da Legalidade no âmbito do Direito Penal brasileiro, sendo nessa seara traduzido no art. 1.º como “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. Aduzido princípio, também mencionado como Princípio da Anterioridade, encontra-se insculpido na Constituição da República, em seu art. 5.º, inciso XXXIX, o qual dispõe “não haverá crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. Sendo todo esse disciplinamento derivado da expressão *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.¹

¹ Não há crime nem pena sem lei prévia. (Traduzido pela autora).

Verifica-se a existência de aplicação de pena sem o tipo penal definido, sendo esta questão vedada pelo nosso direito, eis que a anterior descrição da conduta criminosa é imperativo legal, e possui *status* constitucional.

Conforme adentra-se no tema, verifica-se o procedimento para aplicação da sanção disciplinar, enfrentando o dificultoso campo da extensão do direito de isolar o preso provisório ou condenado, sob suspeita de encontrar-se o mesmo atentando, ou na iminência de atentar contra a segurança interna do sistema prisional ou da sociedade. Atina-se para o fato de que tal medida severa constitui uma pena sem o devido processo legal, mesmo considerando-se a obrigatoriedade de procedimento disciplinar de apuração de falta grave e submissão do assunto ao Juiz da execução penal.

A respeito das faltas disciplinares, previstas na Lei de Execução Penal como leves, médias e graves, conforme art. 49, aponta-se os conceitos e peculiaridades de cada uma delas, além de se demonstrar que a disciplina é *conditio sine qua non* para a boa administração dos presídios, pois procura evitar as ocorrências de agressões entre presos, desrespeito diversos aos funcionários da carceragem, fugas, motins, porte de objetos não permitidos, drogas e outros eventos.

As faltas disciplinares são apuradas com o intuito de aplicação das sanções previstas no art. 53 da Lei de Execução Penal, as quais são: advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, e inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Enfatiza-se as faltas graves e suas consequências, justamente por conta da importância das sanções aplicadas. Enfrenta-se a questão da real necessidade de isolamento do preso, aplicando ao mesmo o Regime Disciplinar Diferenciado, posto não pudermos deixar de lado o fato de que é notória as falhas na estrutura carcerária no Brasil.

Pontua-se que, bastaria que os legisladores lembrassem que o preso provisório ou condenado, como é óbvio, já se encontra privado de sua liberdade. O preso não deveria constituir um risco estando dentro da prisão, porque o mesmo houve encarcerado com o fim de que a sociedade ficasse protegida da ação do transgressor.

O legislador da Lei de Execução Penal, com a adição do Regime Disciplinar Diferenciado, deixou em evidência o lado obscuro da situação carcerária brasileira. No Brasil os presídios não dão segurança para a satisfação da dignidade da pessoa humana, por isso torna-se difícil dizer que a sociedade está protegida da criminalidade.

Ademais, a pena não pode ter apenas a razão única de impor sofrimento ao preso. É questão imperiosa a necessidade de ressocializar o preso. Nesse mister, sobressai a importância de permitir ao apenado que usufrua do direito de trabalhar dentro ou fora da prisão, a depender do exame de cada caso, pois, no exato teor do art. 28 da Lei 7.210/1984, *in verbis*: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

Portanto, deve deixar de existir a sanção disciplinar denominada Regime Disciplinar Diferenciado, por ser sua aplicação inconstitucional, por falta de previsão clara e objetiva da conduta que infringida constituiria crime suficiente para a sua aplicação, pois a mesma tem feição de pena sem o devido processo legal, o que é inconstitucional.

1. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E AS FALTAS DISCIPLINARES.

1.1 Classificação das Faltas Estabelecidas Pela Lei de Execução Penal.

A Lei n.º 7.210/1984 – Lei de Execução Penal (LEP) – alterada pela Lei n.º 10.792/2003, em seu artigo art. 49 classifica as faltas disciplinares em leves, médias e graves.

A sanção disciplinar é aplicada ao preso provisório ou definitivo. Ressalta-se que pune-se a tentativa de falta grave com a sanção correspondente à falta consumada.

Observa-se na própria Lei de Execução Penal as hipóteses de faltas disciplinares ditas como graves e que possam ser cometidas pelos presos provisórios ou definitivos.

A especificação das faltas leves ou médias, por previsão contida na Lei de Execução Penal, fica a cargo do legislador local, o qual procura catalogar essas faltas de acordo com as situações vivenciadas em cada localidade prisional e a depender dos tipos de criminosos custodiados.

Dessa forma, temos que há uma obrigatoriedade, como não poderia deixar de ser, de o preso obedecer às regras que lhes são impostas dentro da prisão. Sabe-se, no entanto, que as condições das unidades prisionais no Brasil tornam as regras de disciplina difíceis de serem fiscalizadas e algumas delas são até impossíveis de serem cumpridas. Contudo, mesmo diante de todas as dificuldades enfrentadas pelos presos e pela administração dos presídios, uma vez constatado o descumprimento das regras disciplinares, a desobediência é catalogada como falta leve, média ou grave. Essa especificação do peso leve, médio ou grave das faltas disciplinares vem da própria Lei de Execução Penal.

Enfatiza-se que, mesmo sendo o ambiente carcerário do Brasil impróprio para uma boa observação e apuração da conduta do preso, o certo é que o mesmo é submetido a um conjunto de regras indispensáveis para o cumprimento do regime disciplinar da unidade em que se encontra encarcerado, devendo obedecer fielmente a todas as regras impostas, pois, do contrário, poderá incidir no cometimento de falta disciplinar e, assim, ser enquadrado na

espécie de falta leve, média ou grave, sofrendo, em consequência, e após a devida apuração da falta, as sanções de advertência, repreensão, submissão ao isolamento na chamada “solitária” e, poderá ainda, ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado, nas circunstâncias que adiante será explicitada. A propósito, a Lei de Execução Penal resume o que vem a ser disciplina, conforme seu art. 44: “A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.”

A Lei de Execução Penal elencou as condutas dos presos provisórios ou definitivos que são passíveis de sujeição ao enquadramento de cometimento de falta grave. Porém, não especificou as condutas passíveis de sujeição ao enquadramento de cometimento de falta leve ou média. A lei deixou essa tarefa para o legislador local, ao qual incumbe cumprir o mister averiguando as condições de cada região, costumes, peculiaridades do sistema prisional local, entre outros aspectos.

Frise-se que o Decreto n.º 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, regulamentou o funcionamento dos presídios federais, administrados pela União, e expressamente disciplinou, nos art. 43 e 44, as condutas e as sanções em relação às faltas graves, médias e leves, estabelecendo regras claras e precisas sobre as aludidas espécies de faltas. Quanto aos presídios estaduais, continuou a existir a permissão de os Estados legislarem sobre as faltas médias e leves, pois assim está previsto na Lei de Execução Penal.

1.2 Falta Leve e Média.

A enumeração das faltas leves e médias, a critério do legislador local, por previsão do art. 49 da LEP, procura atender às particularidades de cada região, a incidência de determinados tipos de crimes, os meios e modos de execução e outros aspectos que interferem no tratamento disciplinar.

Em razão de as faltas leves e médias não estarem com suas características delimitadas na Lei de Execução Penal, pois esta tarefa coube ao legislador local, ou seja, ao legislador da unidade prisional, impõe-se enumerar essas espécies de faltas a partir de pesquisa em disciplinamentos de estabelecimentos prisionais, os quais elaboraram suas regras internas e,

assim, servem para demonstrar em que constitui essas espécies de faltas. Então, são consideradas faltas leves: transitar indevidamente pela unidade prisional; comunicar-se com visitantes sem a devida autorização; comunicar-se com sentenciados em regime de isolamento celular ou entregar-lhes quaisquer objetos sem autorização; adentrar cela alheia sem autorização; improvisar varais e cortinas na cela ou alojamento, comprometendo a vigilância, salvo em situações excepcionais autorizadas pelo diretor da unidade prisional; ter a posse de papéis, documentos, objetos ou valores não cedidos e não autorizados pela unidade prisional; estar indevidamente trajado; usar material de serviço para a finalidade diversa da que foi prevista; remeter correspondência sem registro regular pelo setor competente; mostrar displicência no cumprimento do sinal convencional de recolhimento ou formação.

Sendo assim, tendo por base o resultado de pesquisas, tem-se os seguintes exemplos de faltas médias: atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade perante autoridades, funcionários e sentenciados; portar material cuja posse seja proibida por portaria interna da direção da unidade; desviar ou ocultar objetos cuja guarda lhe tenha sido confiada; simular doença para eximir-se de dever legal ou regulamentar; induzir ou instigar a prática de falta disciplinar grave, média ou leve; dificultar a vigilância em qualquer dependência da unidade prisional; praticar autolesão, como ato de rebeldia.

A propósito, analisando as normas contidas na Lei de Execução Penal, relativamente às faltas disciplinares, verificamos nos incisos do art. 53, que as punições disciplinares impostas aos prisioneiros provisórios ou sentenciados são: I - advertência verbal; II – repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos; IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Nesse sentido, verifica-se que a advertência acontece de forma verbal, enquanto que a repreensão se concretiza na forma escrita. Então, deduzimos que as faltas leves e médias não de ser punidas com as penas disciplinares do art. 53, incisos I e II, ou seja, advertência verbal e repreensão, cabendo à legislação local definir a conduta e a pena disciplinar cabível, seja através de lei estadual, seja com base no regulamento interno de cada prisão, tanto aqueles

que cumprem pena privativa de liberdade ou restritivas de direitos. E, de acordo com o art. 57, parágrafo único², as faltas graves são punidas com as sanções dos incisos III a V do art. 53³. Se a falta é grave, o preso poderá ter a suspensão ou restrição de direitos, o isolamento celular ou ser incluído no regime disciplinar diferenciado, de conformidade com o tipo de falta grave cometida.

1.3 Falta Grave.

A Lei de Execução Penal elenca as condutas e respectivas sanções atinentes às faltas graves nos art. 50, incisos I a VII, parágrafo único, 51, incisos I a III e 52, incisos I a IV e §§ 1.º e 2.º.

Conforme já acentuado linhas acima, por força do contido no art. 57, parágrafo único, as faltas graves são punidas com as sanções disciplinares contidas nos incisos III a V do art. 53 da LEP, quais sejam: III - suspensão ou restrição de direitos; IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Observa-se que o art. 49, parágrafo único, da Lei de Execução Penal prevê punição para a tentativa de falta disciplinar grave com a mesma sanção aplicável à forma consumada. Não sendo o caso, porém, de aplicação do art. 14, parágrafo único do Código Penal, onde a tentativa é punida como crime consumado, diminuída a pena de um a dois terços. A razão do não emprego desse benefício no caso de falta grave é que a Lei de Execução Penal tem seu campo próprio e não pode, nesse caso, ser usada a lógica e a proporcionalidade para o emprego de outro instituto, na espécie, o Código Penal. Portanto, a tentativa de falta grave é punida com a sanção da falta consumada, sem nenhum abrandamento da punição em razão de não consumação da falta.

² Lei n.º 7.210/1984. Art. 57. Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei.

³ *Idem*. Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - *omissis*; II - *omissis*; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Em relação às faltas graves, é importante observar que o preso, durante o cumprimento da sua pena de prisão, cometerá falta grave caso venha a incentivar ou participar de manifestações no âmbito interno da prisão, com o fim de promover a subversão da ordem ou da disciplina; que levar a efeito plano de fuga para si ou para outrem; possuir quaisquer objetos não autorizados pela administração do presídio, e que possam comprometer a integridade de qualquer pessoa, seja outros presos ou agentes do Estado; que, deliberadamente, vier a provocar qualquer tipo de acidente prejudicial à integridade de pessoas ou danos ao patrimônio público; que deixar de cumprir as condições impostas pelo Juiz ou ter em seu poder como seu ou apenas guardando, qualquer tipo de aparelho de comunicação, desde que comprometa a segurança interna da unidade prisional. Cometerá falta grave, também, o preso condenado que, no cumprimento da pena restritiva de direitos, descumprir ou retardar, injustificadamente, a restrição imposta ou deixar de cumprir alguns deveres descritos na lei, assim, ensejará a fixação da sanção administrativa correspondente.

Frisa-se que, além da especificação de condutas que possam ser tidas como falta grave, é certo que a lei não contém todas as nuances de desvio de conduta que possa existir dentro de uma prisão e, assim, outras formas de comportamento podem ser legisladas e, portanto, catalogadas como transgressoras da disciplina e, desse modo, serão enquadradas como falta grave, recebendo o faltoso a respectiva punição, após o devido procedimento apuratório, a cargo do diretor do estabelecimento prisional.

A propósito, na linha do que foi posto acima, como o Direito está sempre em evolução, o avanço tecnológico tem sido um fator de motivação para novas normas que possam coibir os delitos advindos desse avanço. O exemplo mais atual de tecnologia ensejadora de discussões jurídicas tem sido sobre a possibilidade de utilização de aparelhos telefônicos móveis nas áreas internas dos estabelecimentos prisionais. Muitas discussões foram criadas em torno da questão de se punir aqueles que introduzem ou permitem a entrada de aparelhos celulares no ambiente carcerário, para serem utilizados pelos aprisionados.

A Lei n.º 11.466/2007, que entrou em vigor no dia 29 de março de 2007, resolveu a discussão a respeito da questão “entrada e utilização de celular nas prisões”, pois acrescentou o inciso VII ao art. 50 da Lei de Execução Penal, estabelecendo que constitui falta grave no

cumprimento de pena privativa de liberdade, ter o preso, em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. A Lei n.º 11.466, de 29 de março de 2007, introduziu o art. 319-A ao Código Penal Brasileiro, possibilitando punir com detenção, de três meses a um ano, o Diretor de Penitenciária e/ou agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Por fim, a Lei n.º 12.012, de 6 de agosto de 2009, introduziu o art. 349-A ao Código Penal Brasileiro e passou a punir com detenção, de três meses a um ano, "ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional".

1.4 Do Procedimento para a Punição da Falta Grave.

A Lei de Execução Penal trata do procedimento para apuração e punição das faltas disciplinares nos seus artigos 59, parágrafo único e 60, *caput*. Essa apuração ocorre com o procedimento administrativo do diretor do estabelecimento prisional e o Conselho Disciplinar da Unidade Carcerária.

Ressalte-se que, o procedimento para apuração de faltas leves e médias, em razão de suas sanções serem menos rigorosas, ocorre apenas no âmbito administrativo, sem obrigatoriedade de comunicação ao Juiz da execução. Somente no caso de haver solicitação dos documentos de apuração das faltas leves e médias é que o caso sairá do âmbito administrativo, pois, não sendo assim, resolve-se apenas com as respectivas anotações no prontuário do preso.

Quando da ocorrência de infração grave, impõe-se o procedimento de apuração de falta grave, levado a efeito pelo diretor responsável pela administração do estabelecimento prisional, além da obrigatória comunicação ao Juiz da execução quando infrações consideradas graves possam acarretar a regressão de regime, prevista no art. 118, perda de benefícios com a saída temporária, conforme art. 125 e a perda dos dias remidos, consoante art. 127, ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, constante do

art. 181. A razão da necessária comunicação ao Juiz da execução é que somente este poderá aplicar as sanções referidas nos artigos especificados, pois ultrapassam a competência administrativa da disciplina e adentram no controle jurisdicional do cumprimento da pena.

Sobre perda de dias remidos, o Supremo Tribunal Federal expediu a Súmula Vinculante n.º 9, a qual dispõe: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

Ainda sobre dias remidos, vejamos os seguintes arestos⁴:

Redação atual do artigo 127 da LEP e limite de perda de 1/3 dos dias remidos
"Ementa: (...) 2. Caso de concessão de *habeas corpus* de ofício, pois o reconhecimento da prática de falta grave pelo impetrante/paciente implicou a perda integral dos dias a serem remidos de sua pena, o que, à luz do novo ordenamento jurídico, não mais é permitido. 3. A nova redação conferida pela Lei nº 12.433/11 ao art. 127 da Lei de Execução Penal limita ao patamar máximo de 1/3 (um terço) a revogação do tempo a ser remido." HC 109.034, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 29.11.2011, *DJe* de 1.2.2012.

No mesmo sentido: RHC 114.967, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 22.10.2013, *DJe* de 6.11.2013; HC 110.462, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 9.4.2013, *DJe* de 30.4.2013.

Aplicação do limite temporal de 1/3 a benefícios da execução penal
"Ementa: (...) II - O art. 127 da LEP, com a redação conferida pela Lei 12.433/2011, impõe ao juízo da execução que, ao decretar a perda dos dias remidos, atenha-se ao limite de 1/3 do tempo remido e leve em conta, na aplicação dessa sanção, a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. III - Embora a impetrante postule a aplicação da referida norma ao caso sob exame, verifica-se que o juízo da execução não decretou a perda do tempo remido, o que impede a concessão da ordem para esse fim. IV - Da leitura do dispositivo legal, infere-se que o legislador pretendeu limitar somente a revogação dos dias remidos ao patamar de 1/3, razão pela qual não merece

⁴ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1212>>, acesso em 26.09.2014.

acolhida a pretensão de se estender o referido limite aos demais benefícios da execução." HC 112.178, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 22.5.2012, *DJe* de 5.6.2012.

No mesmo sentido: HC 114.370, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 17.9.2013, *DJe* de 4.10.2013.

Importante questão nos traz a primeira parte do art. 60 da Lei de Execução Penal, onde vemos que “a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias”. Esse permissivo legal deixa a critério do diretor do estabelecimento prisional a averiguação da real necessidade de isolamento do preso, mesmo que por dez dias. No rigor da lei, essa providência deve ocorrer somente nas situações em que o preso, pelo seu perfil criminológico, possa vir a prejudicar a apuração da falta que lhe é imputada. É medida preventiva, de urgência e de muita responsabilidade na sua aplicação. Isso porque, conforme tem-se colocado ao longo deste trabalho, as sanções disciplinares são aplicadas tanto para o preso já sentenciado, portanto definitivo, quanto para o preso provisório, que ainda não foi julgado e, sendo assim, poderá vir a ser absolvido das acusações que lhe são imputadas e, não obstante, além de ter sido encarcerado injustamente, sofreu a mais rigorosa sanção disciplinar prevista na lei, que é o isolamento em cela individual.

O prazo de 10 (dez) de isolamento preventivo do preso, a critério da análise da autoridade administrativa prisional, por medida preventiva e de urgência, tem a peculiaridade de não corresponder ao prazo dado ao Juiz da execução para decidir sobre o isolamento do preso, que é, no caso, de 15 (quinze) dias, mercê da Lei n.º 7.210/1984, art. 54, § 2º: “A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias”. Entende-se que, como a medida de segurança é indispensável, por conta do perfil perigoso do preso, seria adequado e até lógico que os prazos fossem os mesmos. O ideal, então, seria o Juiz da execução ter um prazo de 10 (dez) dias para decidir sobre o isolamento do preso, para fins de não haver uma possível solução de continuidade, já que, segundo o art. 60 da LEP, o isolamento do preso não poderia deixar de ocorrer.

Nos termos da Lei de Execução Penal, afora a necessidade de urgência de isolamento preventivo do preso, a sua colocação em regime disciplinar diferenciado deverá ser determinada por despacho do juiz da execução, mediante prévio e fundamentado parecer da autoridade administrativa prisional.

Posto isso, esclarece-se que, para que fique patenteada a prática de falta disciplinar, nos moldes da execução penal, faz-se necessária a abertura de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurando-se ao preso o direito à ampla defesa. Assim, é do diretor a incumbência de apurar as faltas disciplinares dos detentos a fim de submetê-las ao enquadramento como falta disciplinar leve, média ou grave, para a devida punição.

Frise-se que a defesa da qual se fala, é a defesa técnica, isto é, representado o preso por advogado constituído ou defensor nomeado no início do procedimento para assegurar a garantia do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5.º, LV, da Constituição.

Portanto, aos presos que cometem faltas graves são assegurados direitos e garantias relacionadas à ampla defesa constitucional, “a Constituição procurou assegurar ao preso, ao investigado e ao acusado outras garantias e outros direitos que servem para resguardá-lo como indivíduo e proporcionar-lhe no processo maior amplitude de defesa”.⁵

Assim, pode-se afirmar que são assegurados aos presos, apesar do cometimento de falta grave, os direitos à integridade física e psicológica; a não ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; à plenitude de defesa; a não ser incriminado sem lei anterior que defina a conduta tida como criminosa; a não ser apenado sem prévia cominação legal; a não ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; a ter

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 262. O autor enumera os seguintes direitos dos presos, investigados e acusados: a) direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III); b) direito a que seja respeitada a sua integridade física e moral (art. 5.º, XLIX); c) direito à identificação do responsável pela sua prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5.º, LXIV); d) direito à não identificação criminal quando identificado civilmente (art. 5.º, LVIII); e) direito à assistência da família (art. 5.º, LXIII); f) direito ao silêncio (art. 5.º, LXII); g) direito a que a sua prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente, à sua família ou a pessoa por ele indicada (art. 5.º, LXII); h) direito a não ser considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado (art. 5.º, LVII); i) direito a que a busca em seu domicílio, excluindo as hipóteses de flagrante delito, prestação de socorro à vítima e de desastre, seja precedida de mandado judicial (art. 5.º, XI).

assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo; à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; à entrevista pessoal e reservada com o advogado; à igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; à audiência especial com o diretor do estabelecimento prisional; à representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito.

Também, é de suma importância a aplicação do princípio da presunção de inocência, o qual, nos termos do inc. LVII do art. 5.º da CF/88 “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Porém, não se deve levar esse princípio ao extremo, ao ponto de a autoridade deixar de tomar providências de urgência para resguardar apuração de fatos delituosos. Não foi exatamente isso que o constituinte desejou. Na verdade, busca-se, com o princípio da inocência, uma maior cautela nas medidas preventivas impostas aos acusados, em razão da necessidade de se prevenir de uma possível averiguação de inocência das acusações imputadas, dado que o acusado é supostamente o autor do fato delituoso, mas a mera suposição não pode afastar a ideia da possível inocência do acusado. Com essas observações, tem-se que, quando da apuração de falta disciplinar, supostamente cometida por determinado preso, o diretor responsável pela administração do estabelecimento prisional há de se acautelar quanto às medidas preventivas, nomeadamente aquelas de maior rigor, como, v.g., o isolamento em cela individual, pois, faz-se necessário e inafastável o respeito aos direitos e garantias que são asseguradas aos encarcerados. Do contrário, não atendendo-se ao princípio da presunção de inocência, restará caracterizada a violação dos princípios que caracterizam um estado democrático de direito, indispensável para uma sociedade livre de injustiças.

Nessa linha dos cuidados com os direitos do preso de ampla defesa e atentando-se para a presunção de inocência dos acusados, torna-se justificável e salutar que o procedimento de apuração de falta disciplinar tenha um esmerado detalhamento, a fim de assegurar o bom desempenho da atuação administrativa prisional.

Colhem-se, assim, textos extraídos do Manual de Agentes Penitenciários do Estado de Pernambuco, a fim de servir de subsídio à explanação do passo a passo do procedimento de

apuração de falta disciplinar grave, conforme linhas adiante.⁶ E, ainda, tem-se como suporte, as instruções da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.⁷

Nesse contexto, temos que, uma vez ocorrida a falta disciplinar, será promovido o registro de ocorrência e, se for entendido como necessário, será determinado o imediato isolamento provisório do acusado por um prazo não superior a 10 dias, contados do dia do cometimento da falta, comunicando-se o fato ao Diretor, Gerente ou Chefe da Unidade, em documento interno contendo nome do preso que supostamente cometeu a falta disciplinar, prontuário, cela e pavilhão e detalhamento do ocorrido, com nome dos envolvidos ou das vítimas e testemunhas, com anexação das provas que ensejaram a comunicação, constando a assinatura do agente penitenciário comunicante. A comunicação deverá ser arquivada, caso o Diretor, Gerente ou Chefe da Unidade, entender que o fato seja de pouca gravidade ou, pode, se não constar indícios de autoria, desaconselhar a instauração do Procedimento ou, ainda, quando o fato não constituir infração disciplinar, com fundamentação obrigatória da sua decisão ou, deve decidir pela instauração do Procedimento Disciplinar, quando acatar a acusação.

Decidindo-se pela instauração do procedimento, será determinada a abertura do Procedimento Disciplinar para apuração da falta através de Portaria Administrativa, e, se necessário, será determinado o isolamento preventivo do acusado. Uma vez determinado o isolamento preventivo, é obrigatória a ciência ao preso acusado através de ofício, nos termos do art. 60 da Lei nº 7.210/84.

O Conselho Disciplinar, ao receber a Portaria Administrativa, dará continuidade ao procedimento com a Portaria de Abertura, instaurando o conselho, onde científica o preso acusado da falta disciplinar sobre a infração que lhe é atribuída e intima-o para oitiva, bem como os técnicos e advogado ou defensor para se reunirem em sala própria e horário indicado, com data não superior a 10 dias contados da data de recebimento da Portaria Administrativa.

⁶ Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/manual_agente_pen.pdf>, acesso em 13.11.2014.

⁷ Disponível em: <http://www.funap.sp.gov.br/legislacao/manual/Manual_de_proc_reg_interno.pdf>, acesso em: 13.11.2014.

O Conselho Disciplinar só aprecia e julga faltas administrativas, mas há falta administrativa que é fato definido como crime doloso e/ou crime culposos, ou seja, o conselho pode e deve apreciar e julgar essas faltas, sem prejuízo do processo penal. Portanto, após o preso ser autuado em flagrante delito por infração ao Código Penal, não há impedimento contra a instauração de um procedimento administrativo disciplinar. Quando o preso comete algum crime no interior da Unidade Prisional, por exemplo, o agente penitenciário deverá dar-lhe voz de prisão, sendo o acusado encaminhado à Delegacia de Polícia, a fim de que seja lavrado o Auto de Prisão em Flagrante e, ao retornar à Unidade, poderá ser encaminhado à Cella de Isolamento, caso essa providência tenha sido determinada pelo Diretor do estabelecimento. O Agente deve fazer comunicação do fato, isso para o caso de presos em regime fechado, já que quando o preso for do regime semiaberto, regime aberto ou esteja em livramento condicional, automaticamente será encaminhado pela autoridade a uma unidade prisional de regime fechado.

No Conselho Disciplinar, na data e hora prevista, em audiência, será lavrado o Termo de Declaração, com oitiva do acusado, da vítima e das testemunhas, se houver, e do comunicante do fato. Será feita defesa pelo Defensor ou Advogado particular. Segue-se à votação para decidir sobre a culpabilidade do acusado.

As decisões do Conselho Disciplinar serão tomadas por maioria, cabendo a seu presidente o voto de desempate. Sendo vedadas como sanções disciplinares os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e de qualquer forma de tortura, conforme art. 45, da LEP. A proibição de pena coletiva é princípio que decorre do preceito constitucional segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do delincente (art. 5º, XLV, da Constituição Federal – CF).

Nota-se que, muitas vezes, a manutenção da ordem e da disciplina tem servido como justificativa para que se inflijam aos presos sanções coletivas, quando é princípio básico de justiça que não se deve aplicar qualquer sanção em caso de simples dúvida ou suspeita. Sabendo-se que tem ocorrido comumente punição a todos os presos de uma cela ou pavilhão, quando a administração deseja castigar autores de uma infração disciplinar que não são conhecidos. Essa punição coletiva atinge o interno em sua liberdade e dignidade.

A aplicação da sanção disciplinar deve ser individualizada, em atendimento ao princípio da culpabilidade individual, levando-se em conta a autoria da falta, a natureza, os motivos, as circunstâncias, as consequências do fato, como também seu tempo de prisão, na fixação da punição e, inclusive, atentando-se para a pessoa do infrator.

A lei não prevê qualquer dispositivo a respeito do concurso de faltas disciplinares. Porém, somente poderá ser aplicada uma sanção, e, nesse caso a mais grave, se um fato constituir, em tese, duas faltas disciplinares. A isso obriga o princípio *non bis in idem*, que veda a punição múltipla por um só fato.

Quando o acusado for condenado, deverá cumprir a punição conforme a classificação da falta praticada, podendo ser em grau leve, médio ou grave. Quando o acusado for absolvido, deverá retornar às suas atividades cotidianas. Quando, por falta de provas que justifiquem uma punição, deve o procedimento ser arquivado.

Com a decisão do Conselho Disciplinar definida, será emitida Portaria de Encerramento que conterá a síntese dos fatos apurados, a tipificação das faltas apuradas, os elementos de convicção do Conselho e a responsabilidade do acusado no fato. Qualquer que seja a decisão, o preso tomará ciência através da Portaria de Encerramento do Procedimento Disciplinar.

A essa altura poderá ser interposto pedido de reconsideração das decisões do Conselho Disciplinar, diretamente pelo preso punido ou por advogado legalmente habilitado, através de requerimento ao Presidente do mesmo Conselho, no prazo de três dias, contados da intimação pessoal ao punido, quando a decisão não for unânime ou se apresentar contrária à prova produzida.

Poderá, ainda, ser feito pedido de revisão da decisão do Conselho Disciplinar, quando for indeferido pedido de reconsideração; quando a decisão estiver baseada em prova testemunhal ou documental falsa ou quando a decisão contrariar a prova produzida, sendo os autos remetidos, após despacho do presidente, ao Superintendente do Sistema Penitenciário, que remeterá o feito à Comissão Revisional, para apreciação e decisão da matéria no prazo de 10 dias. Compete ao Superintendente da SERES – Secretaria Executiva de Ressocialização –,

designar, através de Portaria, que será publicada no Diário Oficial do Estado, os dois membros que comporão a Comissão Revisional da SERES, que poderá ser permanente.

Os recursos e os pedidos de reconsideração e de revisão, serão obrigatoriamente instruídos com a cópia reprográfica do processo que deu origem à punição, que obrigatoriamente conterá cópia dos assentamentos carcerários do requerente. Julgados procedentes, total ou parcialmente, os pleitos do pedido de reconsideração ou revisão, supra, as punições já aplicadas serão, respectivamente, tornadas sem efeito ou atenuadas, de tudo ficando registro nos assentamentos carcerários do preso, com ciência ao Juiz das Execuções Penais e ao órgão do Ministério Público da mesma Vara.

A nulidade da decisão será reconhecida em qualquer época, quando houver sido inobservado o princípio da ampla defesa, do contraditório ou na ocorrência de irregularidades no procedimento de apuração da falta que venha a prejudicar os direitos do preso.

A execução da pena disciplinar será suspensa, se desaconselhada em parecer de médico da Unidade Prisional ou Hospitalar que acolher ou estiver acolhendo o preso, mas será executada quando cessar a causa impeditiva e mediante parecer médico.

Caso não haja pedido recursal, o Conselho Disciplinar finalizará o procedimento dando ciência ao preso da Portaria de Encerramento, e esta será encaminhada à Gerência de Segurança (para assegurar o cumprimento da sanção imposta), para a Gerência de Registro e Movimentação Carcerária (para ser arquivada a decisão na pasta e lançada nos assentamentos carcerários e Histórico Disciplinar), ao Juiz e Promotor das Execuções Penais (para decisões nas possíveis progressões ou regressões) e Corregedoria de Justiça (para ciência da ausência de envolvimento de agentes penitenciários nos fatos). Passado esses trâmites, finaliza-se o Conselho Disciplinar, e todo o procedimento ficará arquivado na Unidade Prisional.

Observa-se que não há previsão de aplicação de prescrição para a decisão de sanção disciplinar. No entanto, deduz-se que a prescrição deva ser aplicada, isso a partir da disposição contida no Código Penal, art. 109, *caput*, “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo

máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”. Então, a prescrição é aplicável na proporção do tamanho da punição. Nessa linha, tem-se o aresto infra:

TJ-ES - Agravo de Execução Criminal : AGV 100110034491 ES 100110034491

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO - FUGA - FALTA GRAVE - PRESCRIÇÃO - PRAZO: 02 (DOIS) ANOS - OCORRÊNCIA - TERMO INICIAL PARA A APLICAÇÃO DE SANÇÃO DISCIPLINAR - RECAPTURA

AGRAVO PROVIDO. 1 - É sólida a lição de que a prescrição é instituto de direito material, cujo escopo, na visão de Pontes de Miranda, não se limita a penalizar a inércia da parte, mas sim resguardar a segurança jurídica, impedindo que o nascer de uma pretensão (actio nata), se perpetue de forma ad eterna, em relação a figura de seu titular. 2 - A jurisprudência firmou entendimento de que na omissão de instrumento normativo específico disciplinando o prazo prescricional para a sanção administrativa disciplinar na Lei de Execução Penal, aplica-se por analogia o menor prazo previsto no artigo 109, do Código Penal, que antes da vigência da Lei nº 12.234 de 05 de maio de 2010 era de 02 (dois) anos, mas que a partir da vigência da Lei nº 12.234 de 05 de maio de 2010, passou a ser de 03 (três) anos.³ ... Processo: AGV 100110034491 ES 100110034491. Relator: SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA. Julgamento: 01/02/2012. Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. Publicação: 13/02/2012.⁸

A apuração de falta grave serve, especialmente e também, para a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado. Contudo, o procedimento de apuração que se falou supra, representa o ideal. Na realidade mesmo, na maioria das vezes, o que existe é um sistema carcerário deficitário, desestruturado, com presídios superlotados, presos provisórios além da permissão legal e presos definitivos sem ocupação de ressocialização.

Além do que, a lei não definiu o que vem a ser “alto risco” para a ordem e segurança do estabelecimento e da sociedade. Também é contrário ao Estado democrático de direito o isolamento de presos sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. E é muito vaga a previsão de isolamento do preso que venha a praticar fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Todas essas circunstâncias podem levar a apuração de falta grave a uma série de arbitrariedades, com aplicação de sanções excessivamente rigorosas em dissonância com a falta praticada, além da possibilidade de inclusão indevida do preso no regime disciplinar diferenciado.

⁸ Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21272263/agravo-de-execucao-criminal-agv-100110034491-es-100110034491-tjes>>, acesso em 13.11.2014.

Impõe-se evitar injustiças. Quando as leis são claras e precisas, o dever do juiz limita-se à constatação do fato. Se são necessárias destreza e habilidades na investigação das provas de um delito, se se requerem clareza e precisão na maneira de apresentar o seu resultado, para julgar segundo esse mesmo resultado, basta o simples bom-senso; guia menos enganador do que todo o saber de um juiz acostumado a só procurar culpados por toda parte e levar tudo ao sistema que adotou segundo os seus estudos.⁹

Por conta da possibilidade de uma apuração de falta grave viciada, a confirmação dos motivos apresentados pela administração do presídio demandará um esforço de bom senso e responsabilidade do magistrado, que deverá realizar diligências para a comprovação da real necessidade de aplicação da medida. Pois, não existe uma definição clara e precisa das condutas que autorizam a inclusão do preso no regime em questão.

⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Cesare Beccaria. Coleção a obra-prima de cada autor. Título original: *Dei delitti e delle pene*. Ed. Martin Claret Ltda. - São Paulo: 10ª impres. – 2010, p. 16.

2. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E LEGAIS SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

2.1 Exame das Hipóteses Legais para a sua Aplicação.

Este regime de punição é aplicado ao preso provisório ou apenado, conforme art. 52 a 60 da Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, reformada pela Lei nº 10.792/2003. Constitui-se em um regime de agravamento da forma de cumprimento da pena, por ser em um sistema de isolamento em cela individual. O Regime Disciplinar Diferenciado, sistema de isolamento aplicado nos presídios de segurança máxima, difere das disposições do Código Penal Brasileiro, que prevê que os apenados podem cumprir pena em sistema fechado, semiaberto e aberto.

Complementa-se, pois, que o direito brasileiro possui como espécies de penas privativas de liberdade as de reclusão e detenção, que são cumpridas em estabelecimento próprio. Estando previstos no Código apenas e tão-somente três regimes de cumprimento de pena de reclusão: fechado, semiaberto e aberto. Para a detenção, dois são os regimes: semiaberto e aberto. Em contraste frontal com o regime “fechadíssimo” imposto pelo Regime Disciplinar Diferenciado.¹⁰

O Código Penal não chegou a definir, no art. 33, *caput*, o que entende por regime fechado, semiaberto e aberto. Limitou-se a explicitar, no art. 1.º, que o regime fechado é aquele em que a execução da pena se faz em estabelecimento de máxima segurança ou média. No regime semiaberto, dá-se a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Regime aberto, conforme a expressão normativa, é aquele em que a execução da pena se realiza em casa de albergado, ou estabelecimento adequado. Será o magistrado penal quem irá determinar, na sentença condenatória, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III, c/c o art. 33, § 3.º). Deverá, para tanto, atentar para a culpabilidade do réu, seus antecedentes e conduta social, sua

¹⁰ PRESOTTO, Lourenso. **Revista Jurídica Consulex**, ano XII, n. 284, de 15 de novembro de 2008, p. 61.

personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como para o comportamento da vítima.

Ocorre que, o indivíduo, uma vez estando encarcerado, poderá vir a cometer falta disciplinar e, assim, poderá ser enquadrado em uma das hipóteses da Lei n.º 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, e, em virtude de reforma efetuada pela Lei 10.792/2003, o preso poderá, ainda, ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado.

Para aplicação das sanções disciplinares, o condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, deverá ser cientificado das normas disciplinares (art. 46). Pois sabe-se que, as prisões são verdadeiros agrupamentos humanos, e que todos os grupos humanos necessitam de ordem e disciplina para que seja possível a convivência harmônica entre seus componentes, a LEP, nos art. 44 a 60, traz normas atinentes à disciplina do preso (definitivo ou provisório), fundamentando-se em um jogo equilibrado entre um sistema de recompensas que estimula a boa conduta dos internos e uma série de sanções para aqueles que realizam ações que ponham em perigo a convivência ordenada que se requer em um centro penitenciário. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho (art. 44).¹¹

Frise-se que, no Seminário Latino-Americano sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, em abril de 1953, ao serem enunciadas as regras mínimas para o tratamento do presidiário, recomendou-se aos países que participaram dos trabalhos adotar o sistema da legalidade na repressão das faltas, preconizando-se que a conduta integradora da infração disciplinar seja sempre determinada por lei ou regulamento, em dispositivos que fixem o caráter e a duração das sanções a serem aplicadas e designem a autoridade competente para impô-las.¹²

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia. **Direito penal – Legislação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 311.

¹² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. – (Série princípios fundamentais do direito penal moderno). Conteúdo: v. I. Projeções contemporâneas, p. 142.

Em busca de manter a ordem nos presídios, visou-se criar um sistema mais rigoroso no País, a ser aplicado aos condenados por delitos ligados ao crime organizado. Essa era a ideia original, tendo como objetivo principal dar amparo ao Regulamento Disciplinar Diferenciado (RDD), existente como norma administrativa em prisões de segurança máxima de São Paulo e Rio de Janeiro.

O Regime Disciplinar Diferenciado, elucida-se, teve sua origem história quando da rebelião, ocorrida no dia 18 de dezembro de 2000, na Casa de Custódia de Taubaté, unidade de segurança máxima em São Paulo, onde nove presos foram mortos. Os presos rebelados causaram grandes destruições na referida Unidade prisional e, especialmente, destruíram as celas de isolamento conhecida como o "Piranhão". Os encarcerados queriam, e a facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) previa, essa destruição. Por conta dessa rebelião, todos os presos foram transferidos para outros presídios, a fim de desarticular as lideranças criminosas.

A Casa de Custódia de Taubaté foi reconstruída, e já no mês de fevereiro de 2001, os presos transferidos para outras Unidades retornaram, com exceção de 10 presos que, por serem os líderes da rebelião, foram enviados para outras unidades prisionais. Os presos imediatamente tomaram conhecimento dessa medida da administração penitenciária, que desarticulou os seus líderes, e, revoltados e sem demora, ainda em fevereiro de 2001, procederam a uma megarebelião no Estado de São Paulo, envolvendo 28 mil presos de 04 cadeias públicas e 25 estabelecimentos prisionais. Toda a organização do evento foi capitaneada pela facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC).

Para conter a gigantesca rebelião, a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP), em maio de 2001, editou a Resolução SAP n.º 26, de iniciativa do então Secretário de Administração Penitenciária, Nagashi Furukawa, a qual disciplinou a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, quando fosse percebido ser o mesmo líder ou integrante de facções criminosas, incluindo os presos que demonstrassem comportamento perigoso e, pois, evidenciando a necessidade de ser tratado de forma específica. Pretendeu a

SAP endurecer o controle disciplinar dentro das seguintes prisões: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciárias de Iaras e Penitenciária I de Avaré.

Na ocasião da criação do Regime, o preso que se enquadrasse na previsão da Resolução SAP n.º 26, seria isolado em cela individual por 180 dias, na primeira inclusão, e por 360 dias, no caso de reincidência da falta disciplinar ou por possuir o perfil criminológico previsto na Resolução. Ficou previsto o direito a 2 horas semanais para visitas (artigo 5º, incisos II e IV da Resolução 26/01).

O Ato do Secretário de Estado, fundou-se na regra inserta no art. 24, I, da Constituição Federal, que concede legitimidade concorrente aos Estados para legislar sobre direito previdenciário. No entanto, tal regime “fechadíssimo”, é regime de cumprimento de pena não previsto no art. 33 do Código Penal. A competência concorrente diz respeito ao direito penitenciário, que compreende normas de organização prisional de cada ente federado, ao passo que o Regime Disciplinar Diferenciado constitui regra de execução penal e não mera disciplina prisional, motivo pelo qual deveria ter sido, desde o início, objeto de norma federal.¹³

Não obstante, é consenso que a Lei n.º. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, incluindo o Regime Disciplinar Diferenciado, veio ratificar a Resolução n.º 26, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

Porém, outras rebeliões ocorreram e serviram, também, para fortalecer a aplicação do RDD, como, por exemplo, o motim ocorrido no Rio de Janeiro, no dia 11 de setembro de 2002, que ajudou a convencer o legislador ordinário a instituir o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na Lei n.º. 7. 210 de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal (LEP).

¹³ PRESOTTO, Lourenso. *Op. cit.* p. 60.

Esse motim, ocorrido no Rio de Janeiro, teve forte repercussão na mídia, e consistiu em um evento no presídio de segurança máxima Bangu I, onde o chefe do Comando Vermelho, Luís Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar), com o apoio da facção criminosa Terceiro Comando, conseguiu o assassinato de Ernaldo Pinto de Medeiros, o “Uê”, que era o líder do Amigo dos Amigos (ADA), facção criminosa rival. Nas investidas foram mortos, ainda, Wanderley Soares, o “Orelha”; Carlos Alberto da Costa, o “Robertinho do Adeus”, cunhado de “Uê” e Elpídio Sabino, o “Robô”, todos integrantes do ADA. Na ocasião, mesmo de dentro dos presídios, os líderes das organizações criminosas, espalhando terror, determinaram o fechamento do comércio e de escolas. Quatro escolas, de Bonsucesso e Ramos, foram metralhadas.

As ações criminosas continuaram a aumentar e o nível de violência também. Os criminosos desprezaram todo o aparato punitivo e passaram a investir até contra juízes, chegando a serem assassinados os juízes Antônio Machado José Dias, da Vara de Execuções Penais, no Estado de São Paulo, e Alexandre Martins de Castro Filho, do Espírito Santo.

Foi nesse cenário de caos e deficiência do sistema carcerário que se criou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), e como ficou relatado, teve origem no Estado de São Paulo, a partir da Res.26/2001, da Secretaria de Administração Penitenciária. E, posteriormente, a Lei 10.792/2003 o incluiu na Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal (LEP).

O art. 52 da Lei de Execução Penal, dispõe que será submetido ao regime disciplinar diferenciado os presos que, porventura, pratiquem fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; presos sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Não se quer negar que existem presos com graves problemas de regeneração e, pois, ressocialização. Mesmo assim, existem doutrinadores indignados com a criação do aludido

regime por entender que “o condenado considerado “perigoso” é completamente isolado dos demais em cela forte, e com direitos de visitação e informação restringidos. A submissão a este tratamento pode causar problemas de ordem psicológica”¹⁴. Se antes da prisão o indivíduo já era um degenerado, o seu isolamento em cela individual, não o torna de melhor índole, pelo contrário, o preso tem agravado o seu estado de insensibilidade, em razão do comprometimento de sua sanidade mental.

As regras existem para serem obedecidas. Sendo assim, é natural que todas elas procurem uma forma de assegurar o seu cumprimento, daí porque existe a previsão de aplicação de uma sanção para o caso de descumprimento, para que não fiquem no papel, como mera pretensão ou promessas. As sanções servem, então, para garantir ou tentar garantir o cumprimento das regras disciplinares.

Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção.¹⁵

O regime disciplinar diferenciado, segundo o novo diploma legal (Lei n.10.792/2003) não se destina, propriamente, a fatos, mas a determinados autores, impondo isolamento celular de até um 1/6 (um sexto) de sua pena, nem sempre em decorrência da prática de determinado delito, mas porque, na avaliação subjetiva de determinados dirigentes, o acusado representa “alto risco” social ou carcerário, ou então porque há “suspeitas” de participação em quadrilha ou bando. Nota-se que, muitas vezes, não importa o que fez o acusado, mas sim, quem é o acusado. Entende-se que não se pune a prática de um fato independentemente de

¹⁴ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. Alexis Couto de Brito. – 3. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2013, p. 132.

¹⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do direito**. Hans Kelsen, 2.^a ed. – São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1987, p. 38.

quem o praticou, mas pune-se o preso por ele ser considerado, subjetivamente, de “alto risco”. Importa a personalidade e o caráter do acusado.

Nessa tendência de catalogar o perfil pessoal, a Lei de Execução Penal, no art. 96, criou o Centro de Observação criminológico, para realização de exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação, dispondo, no parágrafo único, que no Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.

Ademais, a Lei n.º 12.654, de 2012, acrescentou ao art. 9.º¹⁶ da Lei de Execução Penal a obrigatoriedade de o preso ser submetido a exame de DNA, para identificação do perfil genético, nos casos de crimes dolosos, com violência de natureza grave contra pessoas, veja-se, *verbis*:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

Espera-se que esses estudos de perfis genéticos criminológicos cheguem à conclusão de que a saúde mental é bem precioso do ser humano, tanto quanto sua própria vida, pois um demenciado não possui qualidade de vida. Daí o perigo de infligir tratamento desumano a presos, os quais poderão se tornar loucos e, portanto, mais insensíveis com a sua própria vida e com a dos demais seres humanos.

Nota-se, então, que são deveras absurdas as hipóteses que autorizam a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, a mais severa sanção, pois a simples suspeita de o preso participar de bandos ou organizações criminosas é suficiente para submetê-lo ao regime. Mesmo sendo apenas suspeita, o preso será castigado com a mais severa das sanções disciplinares. A mera suposição não deveria ser motivo suficiente para enquadrar o preso na punição de falta grave sujeita a um regime que não é próprio de Estado Democrático de Direito.

¹⁶ Lei n.º 12.654/2012.

A previsão de presos que “*apresentem alto risco para a ordem e a segurança*” do estabelecimento penal “*ou*” da sociedade, disciplinada no § 1º do art. 52, contempla duas situações, alternadamente, e não cumulativamente: o elevado risco pode ser tanto para o estabelecimento penal quanto para a sociedade, ou para um ou para outra. Entende-se que, na verdade, essa previsão do § 1º é absolutamente contraditória, pois o *caput* do art. 52 institui o RDD para presos (provisórios ou condenados) que pratiquem crime doloso no interior do estabelecimento prisional. A prática do crime doloso é um dos fundamentos da aplicação do referido regime, que é a mais grave sanção “disciplinar-penal” de que se tem notícia, pois é uma verdadeira pena cruel, desumana e degradante.¹⁷

Não obstante, as faltas disciplinares existem e, por isso, ressalta-se a importância do Procedimento de Apuração de Falta Disciplinar, a fim de aplicação da respectiva sanção, conforme averiguamos na Lei de Execução Penal, existindo jurisprudência sobre o aspecto, a exemplo do aresto que passamos a transcrever¹⁸:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APLICAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR AO PRESO. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

O acusado tem assegurado direito de pedir a nulidade do procedimento e das medidas punitivas, caso não seja cumprida a previsão da lei, quanto à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. No caso, o acusado poderá se utilizar de todos os meios de defesa permitidos no direito, conforme art. 5.º, inciso LV, *verbis*: “LV – 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”.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol. 1. Cezar Roberto Bitencourt. – 11. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 469-470.

¹⁸ Disponível em: < <http://portalcarreirajuridica.com.br/noticias/stj-pad-e-indispensavel-para-aplicacao-de-falta-disciplinar-ao-presos>>, acesso em 1.º.09.2014.

Nesse quadro, sobressai o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da aplicação do regime disciplinar diferenciado. Por ser um regime desumano e cruel, viola a Constituição Brasileira. Porque, a despeito de não ser condenação penal, é a aplicação de uma pena sem o devido processo legal, e infringindo a proibição de penas cruéis. Tudo em razão de o Estado se colocar na posição de querer corrigir as falhas administrativas dos estabelecimentos prisionais, os quais não têm conseguido, por falta de estrutura, cumprir o seu papel de guardião do indivíduo subtraído da sociedade até o cumprimento de sua pena.

2.2 Características do Regime Disciplinar Diferenciado.

Previne-se que as características do regime disciplinar diferenciado são extraídas do bojo da Lei de Execução Penal n. 7.210/1984, com redação dada pela Lei 10.792, de 2003.

Então, tem-se que, são características do Regimento Disciplinar Diferenciado, a 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; o recolhimento do preso em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol; 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; 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.

A cela de isolamento para cumprimento do Regime Disciplinar Diferenciado, seguindo como modelo exemplificativo a área interna da Penitenciária de Segurança Máxima de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, tem cama, mesa, banco de sentar, pia e bacia sanitária, tudo com pintura branca. O colchão é à prova de fogo e a água do banho higiênico sai morna de um cano colado no teto. Câmeras de segurança servem para os funcionários do presídio monitorarem a cela e servem, também, para o monitoramento em Brasília da área externa do presídio.

A expressão “sem contar as crianças” é motivo de interpretações diversas. De um lado, há aqueles que entendem que o número de crianças não é computado no limite de duas pessoas. De outro lado, há os que entendem que as crianças não deveriam ter acesso ao ambiente de cumprimento de pena no RDD, pois às crianças são asseguradas garantias advindas do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que se deve mantê-las distantes dessas visitas. Os termos do referido Estatuto desaconselha essas visitas.

As visitas são realizadas sem nenhum contato do preso com o visitante. Há apenas o contato visual através de uma placa de fibra transparente, sem possibilidade de passar nada de um lado para o outro. A conversa acontece via telefone. O “banho de sol” costuma ocorrer em área próxima à cela de isolamento. Quando da época de chuvas, o preso vai usufruir esse seu direito no pátio, mas sem a presença de qualquer outro preso.

O tempo de isolamento provisório ou inclusão preventiva será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar, como detração, ou seja, redução do tempo de cumprimento da sanção disciplinar que será determinada pelo Juiz da Execução Penal.

O representante do Ministério Público não poderá pleitear a inclusão do preso no RDD e nem o Juiz poderá fazê-lo de ofício. Somente será feita a inclusão do preso no regime se for solicitado, com fundamento, pela administração do presídio.

O art. 57 da LEP diz que na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. Razão pela qual, deve o Juiz individualizar a sanção disciplinar, ou seja, na aplicação da sanção, importa o perfil criminológico de cada preso, sendo proibida a decretação de sanções disciplinares coletivas.

A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao Regime Disciplinar Diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei (art. 87, § único). No sentido de que poderão ser criadas penitenciárias com aparato exclusivo de segurança máxima, para isolamento de preso em cela individual.

Dispõe o art. 5º da Lei 10.792/2003 que nos termos do disposto no inc. I do art. 24 da CF/1988, observados os art. 44 a 60 da LEP, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o RDD, em especial para:

- a) estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;
- b) assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;
- c) restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;
- d) disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;
- e) elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-os pelo bom comportamento durante o período de sanção disciplinar.

Ressalte-se que há de ser entendido que a conduta a ser punida com a sanção disciplinar mais severa, é a conduta dolosa e, também os casos de avaliação do perfil criminológico do preso, para saber se o encarcerado é de alto risco ou se seria pertencente a bandos ou quadrilha de criminosos. Isso porque, a aplicação do regime disciplinar diferenciado costuma envolver direitos importantes do preso. Sendo assim, para proteger o preso que comete falta grave, minimizando as consequências negativas do regime, foi editada a Súmula 441, do Superior Tribunal de Justiça¹⁹ “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.

Prossegue-se, colocando-se que, constitui falta grave, para efeito de aplicação de sanção disciplinar, *no cumprimento de pena restritiva de direitos* (art. 51 da LEP): I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do 39 desta lei. Acresce-se que, a prática de fato previsto como crime doloso também configura falta grave no cumprimento de pena restritiva de direitos (art. 52, *caput*, primeira parte).

¹⁹ Súmula 441 – STJ – Superior Tribunal de Justiça, DJe de 13 de maio de 2010.

Percebe-se, da análise das colocações supra, que as características do Regime Disciplinar Diferenciado encontram-se no bojo das normas pertinentes, no caso a Lei n.º 7.210/1984 – Lei de Execução Penal -, com a explicitação de suas peculiaridades enumeradas pela referida lei, donde se vê tratar-se de sanção disciplinar rigorosa o bastante para sobressair a noção de violação aos princípios legais e constitucionais que devem ser respeitados por um Estado Democrático de Direito, a despeito da necessidade de regras disciplinares a serem cumpridas pelos presos e da necessidade de punição pelas faltas cometidas.

3. UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

Encontra-se previsto no art. 52 e seguintes da Lei de Execução Penal, com redação determinada pela Lei n. 10.792, de 1.º de dezembro de 2003, o chamado regime disciplinar diferenciado, que constitui-se no isolamento do preso provisório ou definitivo, por até trezentos e sessenta dias, podendo a punição ser repetidas todas as vezes que o preso cometer falta grave, até o limite de 1/6 (um sexto) de sua condenação penal. Ficou assente na lei que a sanção de inclusão do preso no aludido regime deve ocorrer quando o mesmo cometer crime doloso capaz de ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas.

A discussão sobre a constitucionalidade ou não do Regime Disciplinar Diferenciado é oportunidade ímpar para que se possa averiguar o grau de maturidade do Poder Judiciário, na denominada concretização do Estado Democrático de Direito. Aclamado por alguns como solução para o controle do crime organizado dentro das prisões, o isolamento absoluto das lideranças acaba provocando consequências contrárias ao desejado pelas autoridades. Estudos mostram que a segregação sob segurança máxima é contraproducente, causa violência e contribui para a reincidência após a soltura.²⁰

Daí, existem posicionamentos no sentido da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, por confrontar-se com a Constituição Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, prevista nos instrumentos citados.

A prática de crime doloso e a consequente subversão da ordem ou disciplina não bastam para impor o regime disciplinar diferenciado, que é, em última instância, uma sanção cruel, degradante e violadora do princípio da humanidade da pena. Com efeito, em cada caso concreto, o juiz deverá examinar, num segundo momento, isto é, superadas as questões de

²⁰ PRESOTTO, Lourenso. *Ibidem. Op. cit.* p. 60.

adequação típica, a real necessidade da adoção dessa monstruosidade, própria de um direito penal do autor, proscrito nos Estados Democráticos de Direito.²¹

É que existem muitas dúvidas quanto a questão de se definir as hipóteses contidas na Lei de Execução Penal, como, por exemplo, a interpretação do que vem a ser subversão da ordem ou disciplina internas. Essas dificuldades de conceituação influem na aplicação da sanção, dando margem a sérios equívocos e injustiças. Subversão da ordem ou disciplina interna pode significar a instalação de um verdadeiro caos dentro do estabelecimento prisional, no sentido de que as circunstâncias de desordem sejam de tal monta que não se possa, facilmente, controlar os detentos e reassumir o controle do presídio. Isso seria uma situação excepcional e que poderia justificar a aplicação do regime disciplinar diferenciado.

Mesmo com a decisão de inclusão no regime disciplinar diferenciado sendo levado à apreciação e conclusão do Poder Judiciário, assegurando-se ao acusado o benefício do contraditório e da ampla defesa, a sanção é excessivamente severa e cruel o bastante para a sua completa revogação, porque, mesmo com a observância de todas as garantias da ampla defesa, não afasta a natureza de punição que atinge a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, esclarece-se que a *subversão da ordem* envolve qualquer movimento interno que tenha por finalidade interromper a tranquilidade carcerária por meio de condutas não permitidas. Rebeliões com a danificação do aparelhamento, incêndio, deterioração da alimentação, restrição da liberdade de visitantes, são considerados meios ilegítimos de reivindicação, e algumas condutas podem ser tipificadas como criminosas(...). A *fuga* também constitui infração grave, pois o recluso está obrigado ao cumprimento de sua pena.²²

Frise-se que há aqueles que não vislumbram, na criação do regime em exame, graves violações aos princípios constitucionais. A sanção disciplinar de isolamento do preso, numa visão que denota aceitação da legalidade do regime, teria por base coibir o crescimento desenfreado do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. Cezar Roberto Bitencourt. – 11. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 471-472.

²² BRITO, Alexis Couto de. *Ibidem. Op. cit. p.* 165-166.

nos grandes e médios presídios de São Paulo. A Resolução n. 26, que criou no Estado de São Paulo o Regime Disciplinar Diferenciado, permitiu isolar os líderes e integrantes de facções criminosas e todos os quantos o comportamento carcerário exigisse um tratamento específico. Em razão de ter sido questionada a constitucionalidade da Resolução, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, com arrimo no art. 24, I, CF/88.²³

Os defensores do Regime Disciplinar Diferenciado fazem as seguintes alegações: o regime é para determinado tipo de preso, aquele sem freios, sem controle; os presos, sabedores da existência do RDD, procuram obedecer às regras e não cometem falta grave; a retirada do RDD enfraqueceria a instituição penitenciária, já tão carente de meios de conter a rebeldia dos presos; sem o RDD, os infratores vão entender que fazer desordem e que a impunidade sempre sai vitoriosa.

Diz-se, para ilustrar, que não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fosse fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não haveria necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal. O regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas não se trata de uma pena cruel. Proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. Seria pior a inserção do preso em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. Pensa-se ser essa situação mais séria e penosa do que o regime disciplinar diferenciado. Ademais, não há direito absoluto, como defende-se em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental.²⁴

²³ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. Renato Marcão. – 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n 12.654/2012 (identificação compulsória do perfil genético) – São Paulo: Saraiva, 2013, 71-72.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Guilherme de Souza Nucci. – 5. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1022-1023.

Por outro lado, o Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 4162, em razão da criação do Regime Disciplinar Diferenciado. A OAB alegou que os aspectos formais da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado afrontaria os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, porquanto a incidência de tal medida constituiria penalidade com natureza de “uma sobre-condenação criminal”.

A OAB alegou, ainda, que o tratamento é desumano e degradante porque leva ao isolamento, à suspensão e à restrição de direitos por tempo prolongado (a pessoa fica até 360 dias no regime, e o prazo pode ser prorrogado em casos de reincidência). A aplicação do regime, que inclui isolamento, incomunicabilidade e severas restrições no recebimento de visitas, entre outras medidas, aviltam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e agride as garantias fundamentais de vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, e de vedação de penas cruéis, diz a ADI. (...) Argumenta inconstitucionalidade do regime porque a única distinção prevista na Lei Maior de diferenciação para cumprimento da pena é feita para beneficiar o réu, por causa de sua idade, sexo ou natureza do delito cometido nunca para penalizar ou castigar.²⁵ A ADI 4162 encontra-se em andamento no STF.

Note-se que o governo, com a reforma da Lei de Execução Penal, não pretendia tornar exequíveis os preceitos contidos na lei a ser alterada e modernizá-los, como alguns incautos imaginavam, mas ao contrário, desejava, ardorosamente, suprimir determinados direitos e garantias, que a linguagem oficial chama de “benefícios penitenciários”, ou seja, era uma reforma para piorá-la, pois, assim, o Poder Público não seria mais criticado por descumprir os direitos do cidadão condenado. Então, ao invés de o governo melhorar a sua política penitenciária para atender às previsões da Lei de Execução Penal, muda referida lei – piorando-a, isto é, suprimindo aqueles preceitos que já vinha descumprindo – para, assim, adequá-la à sua péssima administração penitenciária, caótica, desumana e altamente criminógena, ou seja, uma verdadeira fábrica de delinquentes.²⁶

²⁵ Disponível em: < <http://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/147154/oab-quer-fim-do-regime-diferencia-do-para-presos-infratores>> acesso em: 16 de outubro de 2014.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. Cezar Roberto Bitencourt. – 11. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 466-467;

Assim, uma vez que a previsão da pena disciplinar não respeita os direitos dos presos de ter sua integridade física e psicológica garantida, vê-se, em consequência, violado o princípio da legalidade ou princípio da reserva legal, originado da fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade garante proteção do indivíduo perante o poder estatal e demarca este mesmo poder com o espaço exclusivo da coerção penal. Daí, o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo²⁷.

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.²⁸

A atual lei brasileira que disciplina a execução das penas, a Lei n.º 7.210, de 11 de setembro de 1984, fez constar na sua exposição de motivos que o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito da lei, de forma a impedir que o excesso ou desvio de execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

Para punir é preciso limitar-se à lei, porque é o Estado o titular do direito de punir. O crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba a vida comunitária. Pertence ao Estado a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o impulsiona na consecução dessa tarefa. Mas esse poder-dever do Estado não é ilimitado. Nas sociedades civilizadas vigora o princípio da reserva legal – *Nullum crimen, nulla poena sine lege* – que limita o direito de punir. O conjunto das normas incriminadoras constitui, então, o direito objetivo, que circunscreve ou delimita o *jus puniendi*. É o Estado que incrimina um fato, mas declara que não poderá punir quem não o praticar. Uma vez cometido o crime, a pena ou consequência do crime, só poderá ser aplicada mediante processo

²⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 9ª edição, setembro de 2004, p. 65.

²⁸ BATISTA, Nilo. *Ibidem*. *Op. cit.* p 67.

e julgamento, pois a ação punitiva estatal atinge o *status libertatis* do indivíduo, donde a necessidade de obediência a outro princípio liberal: *Nulla poena sine iudicio*. Daí, o Estado, possui o *jus puniendi* e o *jus perseguendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*.²⁹

A indispensabilidade do processo judicial surge da necessidade de punir uma conduta devidamente tipificada. A pretensão do Estado em punir, deve ser resistida. Queira ou não, o acusado é obrigado a defender-se. Nada impede que ele reconheça a sua culpa (*pleas guilty* – submissão) ou abdique dos seus direitos, como na transação. A punição somente ocorrerá mediante o devido processo. Porque, da mesma forma que não haveria equilíbrio estável no meio social se se permitisse, no campo extrapenal, às próprias partes litigantes decidirem, pelo uso da força, seus litígios, também e principalmente no campo penal, na esfera repressiva, os abusos indescritíveis se multiplicariam em número sempre crescente, em virtude dos desmandos que o Estado, titular do direito de punir, cego e desenfreado, passaria a cometer. Apesar de o Estado deter o direito de punir, ele próprio não pode executá-lo. Submete-se, assim, ao império da lei. O Estado reconheceu, portanto, que o *processo*, mesmo para as relações jurídico-penais, é fator indispensável, pois visa a proteger os cidadãos contra os abusos do Poder Público. É porque todo o manejo do poder envolve a possibilidade de abusos, que o próprio Estado reconheceu a necessidade de que a pena seja aplicada mediante um processo.³⁰

Esse direito de punir (ou poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade como um todo. Seria, aliás, de todo inconstitucional a criação de uma regra, unicamente para autorizar a punição de determinada pessoa. Trata-se, portanto, de um poder abstrato de punir qualquer um que venha a praticar fato definido como infração penal.³¹

²⁹ Noronha, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. E. Magalhães Noronha. – 19. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. Fernando da Costa Tourinho Filho. – 33. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30-31.

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Fernando Capez. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 01-02.

Vê-se que no estado democrático de direito o poder estatal há de ser limitado, a fim de cumprir o princípio da legalidade, através do uso do devido processo legal. Somente desse modo, poderá o Estado exercer o seu direito de punir.

Assim, pelo respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais (*nullum crimen nulla poena sine lege*), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas em lei, e sempre por meios dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio*). O princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* se complementa com os princípios do *nulla poena sine iudice* e *nulla poena sine iudicio*, o que significa que as leis materiais, o processo e o órgão jurisdicional são fatores indispensáveis nas relações jurídico-penais³².

Ademais, tem-se leis penais e leis processuais penais. As primeiras, representando o direito positivo, trazem a parte material necessária para orientar o aplicador do direito. As segundas, representando o direito instrumental, dizem como as leis devem ser aplicadas. No caso, as leis dão as especificações das condutas que possam ser tidas como delituosas, de acordo com o elenco de proibições, bem como, as respectivas punições e a forma de aplicá-las. Cabe ao juiz aplicar as leis. Nessa função, o juiz estará exercendo o seu poder soberano de declarar o direito, como se fosse o próprio Estado personificado.

A circunstância de o Estado dizer o direito através da figura do Juiz e, ao dizer o direito, dizê-lo nos exatos ditames da lei, é o que faz com que a função estatal permaneça dentro dos limites constitucionais.

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem anterior previsão legal, e a ninguém é dado o direito de punir, senão ao Estado através da figura do juiz. Nesse sentido, é o contido no inc. XXXIX do art. 5.º da Constituição Federal, cujo conteúdo dá início às

³² TOURINHO FILHO, *Op. cit.* p. 32-33.

disposições do Código Penal Brasileiro, conforme podemos constatar no seu art. 1.º que, dessa forma, e apropriadamente, abraçou, assim, o princípio da reserva legal.

Quando se diz que nenhuma pena poderá ser imposta senão pelo Juiz, está-se fazendo menção ao disposto no inc. XXXV do art. 5.º da Constituição Federal “A lei não excluíra da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com efeito, é através do Judiciário que o Estado faz valer o seu direito de decidir a lide e, se for o caso, de punir o culpado pelo delito, e o faz utilizando o devido processo legal, traduzido na expressão *Due Process of Law*.

Ainda na seara constitucional, observa-se no inc. LIV do art. 5.º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Razão pela qual, há de se punir o suposto criminoso utilizando-se de um processo regular e comandado por um juiz, que é a figura investida no poder de aplicar a lei, num verdadeiro impedimento a que as partes litigantes exerçam seus direitos utilizando-se de suas próprias forças, o que levaria o litígio a ser decidido pela lei dos mais fortes. Isso não pode existir mais.

O Princípio da legalidade ou da reserva legal representa a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e fundamentais da pessoa, e a razão que esta intervenção deve ter é a necessária imposição de buscar um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda a arbitrariedade e excesso do poder punitivo. O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma *efetiva* limitação ao poder punitivo estatal.³³

Enfatiza-se, então, que somente o Estado, exclusivamente, pode elaborar leis que digam, de forma discriminada e precisa, quais as condutas que constituem crimes, e diante dessas condutas, quais as penas que devem ser aplicadas a cada caso. Mercê do art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, que determina “*não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Ou seja, a lei, de elaboração estatal, diz as condutas que são consideradas criminosas e o indivíduo, antes de cometer o delito, já sabe ou teria que saber, que a sua conduta constitui crime e que, se assim mesmo quiser proceder de forma a se

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. Cezar Roberto Bitencourt. – 11. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11.

enquadrar na conduta, deve ser processado e se for averiguada a sua culpa, será condenado e punido, quando assim o declarar o juiz que presidir o devido processo legal.

Arremata-se que o rigor da limitação estatal e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do Direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definido e sancionado, seja julgado e punido como crime. Esse princípio, tradicionalmente expresso na regra *nullum crimen nulla poena sine lege* e geralmente consagrado nos dispositivos de abertura dos Códigos penais modernos, tem raízes na Magna Carta, da Inglaterra (1215), e nas *Petitions of Rights*, norte-americanas, mas foi formulado em termos precisos na *Declaração dos Direitos dos Homens*, da Revolução Francesa: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada” (art. 8.º).³⁴

A regra do art. 1.º do Código Penal traduz o princípio da legalidade, impondo a existência de lei anterior à existência do fato delituoso, com a enumeração criteriosa e exaustiva dos tipos penais, apontando a pena correspondente ao delito que venha a ocorrer após o advento da lei que, somente assim, poderá infligir ao agente a merecida punição, com a finalidade de regenerar e ressocializar o infrator.

A função estatal de elaboração de regras que, caso descumpridas, darão ao Estado o direito de repor a ordem social, punindo o transgressor, exige do legislador o cuidado de apenas considerar como criminosa a conduta que atente contra a sociedade como um todo, não sendo permitido ao legislador emitir leis que não sejam protetivas da coletividade, ou que venham a ferir a dignidade da pessoa humana.

O Princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: 1.ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 2.º) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3.º) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum*

³⁴ OLIVEIRA FIRMO, Aníbal Bruno de. **Direito penal: parte geral, tomo 1.º Introdução – Norma penal – Fato punível**. Aníbal Bruno de Oliveira Firmo. – 3.ª ed. Ed. Forense. – Rio de Janeiro, 1967, p. 206-207.

crimen nulla poena sine lege stricta); 4.º) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).³⁵

A determinação de taxatividade dos tipos penais, impõe ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade da norma legal.³⁶

Entende-se que o princípio da legalidade é exigência insubstituível tanto de certeza ou de segurança jurídica em matéria penal, como de garantia de liberdade do cidadão, proibindo, também, como efeitos seus, a analogia no campo penal e estabelece, por outra parte, sob outro aspecto importante, que tipos penais em sua definição, a sua incriminação seja determinada, certa e não vaga ou indeterminada do fato punível. A conduta delituosa tem de ser clara, precisa, formulada restritamente.³⁷

A máxima “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, constante no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, representa um “divisor de águas” no Direito Penal. Porque existiu um Direito Penal antes e outro depois do Princípio da Legalidade. Cabe ao Direito Penal exercer a forma mais agressiva de interferência do Estado na conduta humana, porque o Estado tem o poder de impor uma pena. O Direito Penal já foi utilizado, no passado, como um instrumento de arbítrio, prestando-se a garantir os desmandos do Estado através de sua consequência, isto é, da pena.³⁸

Dentro do contexto de obediência ao princípio da legalidade, situa-se a questão da previsão do Regime Disciplinar Diferenciado, que, como dito alhures, encontra-se previsto no art. 52 da Lei n.º 7.210/1984, com a nova redação dada pela Lei n.º 10.792/2003.

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rogério Greco. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 96-97.

³⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal – introdução crítica**. *Op. cit.* p. 23-24.

³⁷ ALVES, Roque de Brito. **Direito penal, parte geral**: Roque de Brito Alves. Recife, ed. do autor, 2010, p. 163.

³⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Cláudio Brandão. – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09-10.

Dita previsão legal tem suscitado opiniões dos doutrinadores sobre a constitucionalidade da permanência do regime na multicitada Lei 7.210/1984, por existir evidências robustas de não se coadunar com as características imperativas do Princípio da Legalidade.

É que o regime disciplinar diferenciado foi criado como se fora, simplesmente, uma sanção penal em razão de cometimento de falta grave do preso provisório ou definitivo. Na verdade, o regime traz todas as características de sanção penal sem tipo penal previsto hipoteticamente, de forma objetiva e de discriminação precisa. A ausência de definição objetiva, por exemplo, do que venha a ser indivíduo de “alto risco”, que possa comprometer a segurança interna do sistema prisional, que possa pertencer a bando ou quadrilha, ou que venha a subverter a ordem, são casos de previsão subjetiva de conduta que leva à inclusão no regime disciplinar diferenciado.

O Regime Disciplinar Diferenciado, inquestionavelmente, ofende o Princípio da Legalidade, eis que a sanção disciplinar é punição caracterizada como pena sem tipo penal definido, ou seja, sem tipicidade do crime. Daí, não pode mais permanecer em nosso ordenamento jurídico por ser um instituto inconstitucional. O legislador não se acautelou das medidas de legalidades ao incluir o regime na Lei de Execução Penal. O legislador não atinou para a flagrante ausência de tipicidade da medida violadora do princípio da legalidade. Sendo assim, é óbvio, conclui-se que o regime disciplinar diferenciado é inconstitucional.

Nesse contexto, observamos flagrante violação ao princípio da legalidade, pois o regime disciplinar diferenciado é aplicado ao preso provisório ou definitivo, após o cometimento de falta grave, ou melhor dizendo, após apuração subjetiva e, talvez, parcial apuração de suposto cometimento de falta grave. É importante observar que o preso provisório poderá ser punido com a pena cruel de isolamento e ainda sequer ter sido sentenciado, podendo, no final das contas, ser inocente das acusações que lhes foram imputadas.

O regime disciplinar diferenciado fere o princípio da legalidade porque para a sua aplicação não há a garantia de que o preso terá o seu direito à ampla defesa respeitado, nem de

que não será simplesmente castigado com a pena de isolamento por não agradar aos interesses de outros presos e até da própria administração do presídio.

As condutas elencadas para fins de caracterizar a falta grave que permite a inserção do preso no aludido regime, não são enumeradas com objetividade, ferindo o princípio da taxatividade e da anterioridade. E por serem as sanções aplicadas apenas após um procedimento de apuração da falta, sem as formalidades processuais, fere o princípio do devido processo legal.

Ademais, a imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “Direito penal de inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”. Entretanto, a exemplo de outras tantas iniciativas legislativas que tem o claro objetivo de diminuir garantias dos autores de delito, evidentemente esta lei não pode alcançar a pretendida diminuição de índices de delinquência, uma vez que a raiz do fenômeno criminológico brasileiro se encontra muito mais nas graves distorções sociais e econômicas do que no regime interno do cárcere, que além do mais, costuma ser brutal e estar em descompasso com a própria disposição legislativa.³⁹

Entende-se, a essa altura, que a necessidade de extrema cautela na inclusão do preso no regime de isolamento não se deve ao fato de que estamos negando a existência de presos deveras perigosos, mas sim, deve-se ao fato de que os nossos estabelecimentos prisionais são vulneráveis a infiltrações de armas, drogas, objetos de comunicação e outros meios de contato com a parte externa das penitenciárias. Esse fato não pode ser corrigido com a inserção do preso em um regime desumano, cruel e, portanto, inconstitucional, pois é uma

³⁹ BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo.** Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br.>>, acesso em 27.10.2014.

questão de deficiência na administração dos presídios, os quais, quase sempre, não possuem estrutura adequada de vigilância e acompanhamento dos custodiados.

Além do mais, devemos atinar para o fato da insegurança causada ao preso quando da apuração da falta grave. Isso foi previsto pela Lei de Execução Penal, pois na Exposição de Motivos a mesma teve a preocupação de dispor sobre a necessidade de submissão de todos os atos e termos da execução aos rigores do princípio da legalidade. Sobre esse aspecto, enfatiza-se que *os direitos e deveres correspectivos do preso e da administração carcerária não poderão afastar-se da sombra protetora do princípio da legalidade e do controle jurisdicional do magistrado.*⁴⁰

O corpo político não deve se entregar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente em por um freio nos particulares, não deve exercer crueldades inúteis e nem empregar o instrumento do furor e do fanatismo. O sofrimento dos infelizes não pode retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida. Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.⁴¹

O Regime Disciplinar Diferenciado, além de ser punição cruel, por manter o preso isolado para resolver a deficiência do sistema prisional, retira do preso a possibilidade de pleitear a remição da pena através do trabalho dentro do cárcere.

O Direito declara que o trabalho é um dever social e é condição da dignidade humana, por isso, não é compatível com a finalidade da pena, o ócio, o qual, não promovendo a dita dignidade humana, torna ainda mais difícil a volta do preso ao convívio com os valores

⁴⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal - curso completo**. Paulo José da Costa Jr. – 6. ed. rev. v.. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138.

⁴¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Cesare Beccaria. Coleção a obra-prima de cada autor. Título original: *Dei delitti e delle pene*. Ed. Martin Claret Ltda. – São Paulo: 10ª impres. – 2010, p. 30.

decorrentes dos deveres sociais de que trata a lei. Por isso, o preso não pode deixar de cumprir o trabalho que lhe foi destinado, sendo sua inexecução considerada como *falta grave*, pela Lei de Execução Penal (art. 50, VI, da Lei n. 7.210/84). De outro lado, o trabalho é um direito do preso. A Lei de Execução Penal, quando elenca os direitos do preso, estabelece que estão entre eles, pode-se citar a *atribuição* de um trabalho e sua remuneração; a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; a constituição de pecúlio; e a previdência social.⁴²

Atualmente, após os primórdios do Direito, onde era permitida a vingança privada, a lei dos mais fortes, as penas cruéis, a prisão com intuito apenas de castigar, vigora o Estado Democrático de Direito, não mais devendo ser permitido o tratamento desumano e cruel aos presos. Há uma intervenção estatal, com o intuito de impor a pena na proporção do delito, para fins de regeneração do indivíduo, buscando a sua ressocialização, para que, após o cumprimento da pena, possa o mesmo ser reinserido na sociedade.

Sabe-se que, aqui no Brasil, não se tem um sistema carcerário que permita a implementação, em todos os presídios, de programas de ressocialização através do trabalho. Exemplo dessa realidade mostrou o Coordenador Nacional da Pastoral Carcerária, em entrevista à Revista FORUM, que, ao ser perguntado sobre o significado da expressão “sistema prisional” no Brasil, nos falou sobre a sua visão de um quadro caótico das prisões: “É o local de aniquilamento da pessoa. Local da destruição da privacidade. É o local de moer pessoas, moer os pobres. Local de aniquilamento do corpo, do psíquico e do espírito”.⁴³ Torna-se evidente que os presídios, pela sua deficitária estrutura, já sacrifica por demais os presos. Por isso, o maior rigor no cumprimento da pena agrava ainda mais o processo de violação dos princípios legais contidos na Constituição Federal e albergado pelo Direito Penal.

⁴² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral** – 2. ed. Cláudio Brandão – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 334.

⁴³ SILVEIRA, Pe. Valdir João. **Revista FORUM**. Ed. Publisher Brasil, 114 ano, 11 de setembro 2012, p.11.

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo que restou exposto neste trabalho, chega-se à conclusão de que o Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional, por desrespeito às garantias constantes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as quais amparam os cidadãos contra uma intervenção estatal desmedida.

A Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, alterada pela Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003, em seu art. 52 ratificou os termos da Resolução n.º 26 da Secretaria de Administração Penitenciária, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado no Estado de São Paulo, acolhendo uma medida emergencial, que visou estabilizar as desordens nos presídios.

Deduz-se que a inclusão do aludido regime deu-se em represália, vinda do Estado, contra os líderes de facções criminosas responsáveis pelas rebeliões e motins ocorridos nos presídios e cadeias de São Paulo e do Rio de Janeiro e, sobretudo, uma demonstração de força do Estado para suprimir a ineficiência no controle penitenciário, implantando um regime excessivamente severo, para satisfazer a opinião pública que, a princípio, aprovou as providências, por entender que isso resolveria o caos nas prisões.

Após a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, as rebeliões e motins continuaram a ocorrer, provando a falência do sistema carcerário e a ineficácia da punição disciplinar de isolamento do preso em celas individuais minúsculas, por 360 (trezentos e sessenta) dias, durante 22 (vinte e duas) horas por dia, pois o preso tem direito, nem sempre respeitado, a 02 (duas) horas de “banho de sol”.

O Estado Democrático de Direito não pode agir de forma a denotar o exercício da vingança, infringindo os direitos dos cidadãos, que esperam do Estado a proteção da sociedade a que pertencem e não a insegurança de se depararem com leis injustas e dissonantes com o princípio da legalidade, que espelha outros princípios de direito, tais como, o princípio da anterioridade das leis, da taxatividade, da ampla defesa e do contraditório, da individualização da pena, do devido processo legal e da proibição de penas cruéis.

Todos esses princípios constitucionais são flagrantemente violados com a manutenção e, conseqüentemente, aplicação da sanção disciplinar de isolamento do preso definitivo ou provisório, por 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo ser repetida a punição, limitada até um 1/6 (um sexto) da pena a cumprir, justamente porque a punição é aplicada com o parecer de autoridade administrativa, que, apesar de haver previsão de apuração de falta grave e de decisão do Juiz da Execução, muitos equívocos e falhas, intencionais ou não, podem ocorrer nessa apuração de falta grave, levando o preso a cumprir uma pena de isolamento na conhecida “solitária”, por quase um ano, podendo ser repetida e, afinal, não haver cometido a falta grave de que foi acusado. Ainda, o preso poderá ser isolado, sem haver cometido qualquer falta disciplinar, mas apenas com base no perfil de sua pessoa, considerada, subjetivamente, de “alto risco”, ou por “suspeita” de pertencer a quadrilha ou bando de criminosos. É punição cruel, com previsão de hipóteses vagas, imprecisas, genéricas.

Essa falta de previsão legal de forma clara, precisa e sem a descrição hipotética do ilícito com a obediência aos princípios da anterioridade da lei, da taxatividade, da individualização da pena, da humanidade e do devido processo legal, informadores do princípio da legalidade, enseja insegurança jurídica, arbítrio do Estado, violação dos direitos dos presos em terem uma pena que regenere e ressocialize.

Atente-se, também, para o fato de que, a lei, ao incluir o preso provisório, transgride o princípio da inocência e da falta de culpabilidade. E, caso venha o mesmo a ser absolvido das acusações que lhe são imputadas, o prejuízo em sua dignidade como pessoa humana nunca será devidamente reparado, dadas as sequelas irreversíveis.

O Regime Disciplinar Diferenciado, por ser uma punição com isolamento do preso definitivo ou provisório, impede a ideal reinserção do indivíduo no seio da sociedade, pois quem passa por essa punição disciplinar costuma sofrer danos físicos e psíquicos e, ao invés de se tornarem pessoas melhores, o contrário acontece, ou seja, viram loucos ou monstros com desejo de serem pior do que antes do encarceramento degradante e cruel. Porque, na “solitária” nada de virtuoso aprendem com o castigo, na verdade, tomam consciência de que a

sociedade realmente merece os ataques da delinquência, por aclamar a intervenção estatal de castigar com requintes de desumanidade.

A constatação de prisões superlotadas, insalubres e causadoras de sofrimentos dignos da era medieval, não justifica a imposição de sanção disciplinar que tortura psicologicamente o preso. Seria o caso de política carcerária de melhor estruturação das prisões, a fim de que o Estado pudesse exercer o seu poder-dever de punir com eficiência e não de forma desastrosa, como vem ocorrendo, em que os presos são maltratados pelos demais presos, sofrem com estupros, falta de acomodação, de higiene, de saúde, e de cursos de profissionalização.

A medida não é proporcional e nem eficaz, em razão de ter seu suporte no perfil criminológico do preso, e, o que é mais grave, por se arrimar em meras suposições de ser o indivíduo de “alto risco”, sem dizer, precisamente, o que isso significa; de ser o indivíduo, supostamente, e não comprovadamente, pertencente a bando ou quadrilha de criminosos, além do exagero de submeter o preso ao Regime Disciplinar Diferenciado, ao argumento de o mesmo haver subvertido a ordem interna e a segurança do sistema prisional, quando é dever do Estado ter estrutura suficiente para manter a ordem e evitar rebeliões e motins.

Já existe lei disciplinando a circulação de meios de comunicação nas prisões, o que leva ao raciocínio de que a falta não seria, em tese, do encarcerado, mas sim, dos responsáveis pelo cárcere. São os administradores dos presídios que devem manter a ordem sem, por óbvio, ter de escolher este ou aquele preso, aleatoriamente e subjetivamente considerado de “alto risco”, para ser isolado em cela individual.

No Regime Disciplinar Diferenciado, não há respeito à dignidade da pessoa humana, restando violadas garantias constitucionais, insertas no art. 5º, XLVII, e, proibitiva de instituição de penas cruéis, art. 5º, XLIX, que proíbe o desrespeito à integridade física e moral dos presos. Pois, reforça-se que o regime de isolamento tem feições de pena de tortura, onde o Estado, representando a sociedade, coloca-se no lugar de vítima, e o preso é o inimigo e não um indivíduo a ser regenerado e ressocializado.

Quando se pergunta o que significam as expressões “subversão da ordem ou disciplina internas” (art. 52, caput da LEP), “alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, § 1º da LEP) ou o que são “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas” (art. 52, § 2º da LEP), as respostas são dedutivas e imprecisas, como o princípio da legalidade exige. E, não obstante, a punição continua a ser aplicada, mas, como vê-se, dependente do arbítrio e bom senso dos aplicadores do direito.

É certo que o Poder Judiciário tem decidido pela constitucionalidade da sanção disciplinar denominada Regime Disciplinar Diferenciado, em razão de não ver um caminho para solucionar os graves problemas que afetam o sistema penitenciário brasileiro que, aliás, é motivo de severas críticas de juristas, psicólogos, psiquiatras e até daquela parte da sociedade que se interessa pelos detalhes sórdidos da aplicação da sanção disciplinar em tela. No sentido de que, nem todos os seguimentos do Estado e da população, são favoráveis a esse regime, aplicado como solução simplista para problemas que competem ao Estado resolver.

O Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional, por violar o princípio da legalidade, pois não existe descrição legal, de forma clara, precisa e objetiva das hipóteses de ilícitos ensejadores da sanção e, por ser assim, a medida torna-se aplicação de pena sem anterioridade do tipo penal; não existe, na Lei de Execução Penal, o rol de condutas que permita ao cidadão compreender o que realmente vem a ser aquelas expressões ditas de “subversão da ordem e da segurança do sistema prisional”, nem o que seria, realmente, indivíduo de “alto risco”. Ademais, fere o princípio da legalidade a aplicação de pena sem a prova da culpabilidade, eis que, para o agravamento da pena e inclusão no regime disciplinar diferenciado, basta a “suspeita” de pertencer a quadrilha ou bandos de criminosos.

Cabe ao Estado, abandonar o acolhimento de soluções imediatistas para aplacar a comoção popular e investir pesadamente na reestruturação das prisões, evitando a superlotação, as condições indignas e degradantes, as quais são consideradas “fabricas de fazer loucos e monstros”; investir na ressocialização dos presos, com trabalho dentro ou fora das prisões, a depender do tipo de condenação; disponibilizar cursos de capacitação profissional, a fim de permitir aos presos que pagaram sua pena o retorno à sociedade como

uma pessoa melhor e não de forma muito piorada, conforme vem ocorrendo, pois, diz-se que a prisão é a “escola do crime”.

Enfim, entende-se que o Estado Democrático de Direito não deve deixar de corrigir a afronta ao princípio da legalidade e, reconhecendo que o isolamento do preso tem sido longo e cruel, e muitas vezes determinado de forma inconsequente, com danos físicos e psíquicos irreversíveis, tomar a salutar iniciativa de declarar inconstitucional o Regime Disciplinar Diferenciado, e adotar providências eficientes para solucionar o descalabro do sistema penitenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. Direito penal, parte geral: Roque de Brito Alves. Recife, ed. do autor, 2010, p. 163.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 9ª edição, setembro de 2004, p. 65.

BATISTA, Nilo. Op. cit. p 67.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas/Cesare Beccaria. Coleção a obra-prima de cada autor. Título original: *Dei delitti e delle pene*. Ed. Martin Claret Ltda. - São Paulo: 10ª impres. - 2010, p. 16.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas/Cesare Beccaria. Coleção a obra-prima de cada autor. Título original: *Dei delitti e delle pene*. Ed. Martin Claret Ltda. - São Paulo: 10ª impres. - 2010, p. 30.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt. - 11. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 469-470.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt. - 11. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 471-472.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt. - 11. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 466-467;

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt. - 11. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao direito penal : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade / Cláudio Brandão. - Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 09-10.

BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral - 2. ed./ Cláudio Brandão - Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 334.

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal / Alexis Couto de Brito. - 3. Ed. rev. Ampl. E atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 132.

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal / Alexis Couto de Brito. - 3. Ed. rev. Ampl. E atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 165-166.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acesso em 27.10.2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 01-02.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal; curso completo / Paulo José da Costa Jr. – 6. ed. rev. E consolidada em um único volume. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional/Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 262.

GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia. Direito penal – Legislação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 311.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal / Rogério Greco. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 96-97.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. Hans Kelsen, 2.^a ed. – São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1987, p. 38.

MARCÃO, RENATO; Curso de execução penal/ Renato Marcão. – 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n 12.654/2012 (identificação compulsória do perfil genético) – São Paulo : Saraiva, 2013, 71-72.

NOROINHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal / E. Magalhães Noronha. – 19. ed. / atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 5. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1022-1023.

OLIVEIRA FIRMO, Aníbal Bruno de. Direito penal: parte geral, tomo 1.º Introdução – Norma penal – Fato punível. / Anibal Bruno de Oliveira Firmo. – 3.^a ed. Ed. Forense. – Rio de Janeiro, 1967, p. 206-207.

PRESOTTO, Lourenso. Revista Jurídica Consulex, ano XII, n.º 284, de 15 de novembro/2008, p. 60-61.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal – introdução crítica. Ob. cit. p. 23-24.

SILVEIRA, Pe. Valdir João. Revista FORUM. Ed. Publisher Brasil, 114 ano 11, setembro 2012, edição 10.09 a 9.10.2012, p. 11.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928 - \Processo penal, volume 1 / Fernando da Costa Tourinho Filho. - 33. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30-31.

TOURINHO FILHO, Ob. cit. p. 32-33.

< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1212>>, acesso em 26.09.2014.

<<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21272263/agravo-de-execucao-criminal-agv-100110034491-es-100110034491-tjes>>, acesso 13.11.2014.

< <http://portalcarreirajuridica.com.br/noticias/stj-pad-e-indispensavel-para-aplicacao-de-falta-disciplinar-ao-presos>>, acesso em 1.º.09.2014.

< <http://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/147154/oab-quer-fim-do-regime-diferencia-do-para-presos-infratores>>, acesso em 13.11.2014.

< http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/manual_agente_pen.pdf>, acesso em 13.11.2014.

<http://www.funap.sp.gov.br/legislacao/manual/Manual_de_proc_reg_interno.pdf>, acesso em 13.11.2014.