



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ODON PEREIRA BRASILEIRO FILHO

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO

SOUSA - PB
2008

ODON PEREIRA BRASILEIRO FILHO

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

SOUSA - PB
2008

Odon Pereira Brasileiro Filho

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 08 /07 / 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Carla Pedrosa de Figueiredo
Orientadora

Carla Rocha Pordeus
Examinadora

Vanina Oliveira Ferreira de Sousa
Examinadora

Dedico este estudo, aos meus pais e irmãos que sempre acreditaram no meu potencial, à minha noiva, que contribuiu com muita paciência e atenção neste difícil percurso, aos meus colegas da turma, aos meus amigos, que nos momentos difíceis não deixaram que eu desistisse, e em especial aos meus colegas de trabalho, que supriram minha falta quando foi necessário.

"Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão saciados".

(Mateus 5:6)

RESUMO

Esta pesquisa científica procura abordar os aspectos gerais da execução penal, bem como o regime disciplinar diferenciado previsto pela Lei 10.792/2003. Tal regime foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o fim precípua de conter as ondas de criminalidade dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Para atingir essa finalidade, a aludida norma prevê um isolamento total do preso com o mundo exterior e, é aplicada nas seguintes hipóteses: prática de crime doloso que resulte em subversão da ordem ou disciplinas internas; presos que apresentem alto risco para a segurança do estabelecimento penal e para a sociedade; e, presos provisórios ou condenados quando recaírem sobre os mesmos, suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou quadrilhas. Contata-se, ainda, que a lei apresenta falhas que apontam para a sua inconstitucionalidade, pois fere princípios e garantias inseridos na Constituição Federal de 1988. Para a realização desse trabalho utilizará os métodos exegético-jurídico e o hipotético comparativo.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado; Inconstitucionalidade; Execução Penal.

ABSTRACT

This scientific research seek to address the general aspects of criminal enforcement, and the disciplinary system differently under the Law 10.792/2003. This scheme was inserted into the Brazilian legal system in order precipuo to contain the waves of crime within and outside prison. To this end, above the standard provides a complete isolation of the prison with the outside world, and is applied in the following cases: practice of rime doloso resulting in subversion of the order or internal disciplines; prisoners who present high risk to the safety of the establishment criminal and to society and, when convicted prisoners provisional or fall on them, suspected of involvement or participation in criminal organizations or gangs. Contact is also that the law shows flaws that point to its unconstitutional because violate principles and guarantees included in the Federal Constitution of 1988. To carry out this work will use the methods exegetic-legal and hypothetical comparison.

Keywords: Differential Disciplinary Board; Unconstitutionality; Criminal Enforcement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A EXECUÇÃO PENAL.....	11
1.1 Histórico.....	11
1.2 Objeto.....	12
1.3 Natureza Jurídica.....	14
1.4 Regras Internacionais de Proteção aos Direitos do Recluso.....	15
1.5 Direitos dos Presos.....	16
1.6 Órgãos da Execução Penal.....	21
CAPÍTULO 2 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	24
2.1 Origem.....	24
2.2 Hipóteses de Aplicação.....	27
2.3 Características.....	28
2.4 Procedimento.....	30
2.5 Casos Concretos.....	31
CAPÍTULO 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	33
3.1 Posicionamentos favoráveis à permanência do Regime Disciplinar Diferenciado.....	33
3.2 Da lesão do Regime Disciplinar Diferenciado aos Princípios e Garantias Constitucionais.....	35
3.3 Efeitos do Regime Disciplinar Diferenciado.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	45
ANEXOS.....	47
Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.....	48

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a discussão sobre a Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado tem se tornado bastante freqüente no cenário jurídico brasileiro, visto que os doutrinadores contrários ao referido instituto, questionam a real eficácia das medidas adotadas por ele.

É neste contexto que, a pesquisa científica intitulada por "A Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado" abordará fatos concretos que reforçam a idéia da inconstitucionalidade desse regime, utilizando-se, para isso de todos os meios admissíveis em direito.

Pretende-se mostrar ao mundo acadêmico, que o posicionamento do legislador, instituidor do Regime Disciplinar Diferenciado, pode não ser o mais adequado, pois poderá abranger até pessoas que ainda não foram condenadas, o que seria uma aberração jurídica.

A pesquisa desenvolver-se-á por meio da utilização do método exegético jurídico, para a análise das proposições legais e doutrinárias concernentes ao tema. Buscar-se-á, através do exame teórico de diferentes interpretações jurídicas e legais, demonstrar que o Regime Disciplinar Diferenciado fere diversos dispositivos constitucionais. Além disso, aplicará o método histórico-comparativo.

O capítulo inicial fará uma abordagem sobre os aspetos da execução penal. Logo, serão expostos detalhes do cumprimento da pena, desde suas primeiras formas, até a crise atual em que se encontra o sistema carcerário brasileiro. Também serão analisados, a obtenção dos primeiros direitos dos presos, em decorrência do estatuto jurídico dos presos e internados; o objeto da execução penal, disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal, que consiste em efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar as condições para uma harmônica integração social do condenado e do internado; a polêmica acerca da sua natureza jurídica; as Regras Internacionais de Proteção aos Direitos dos Reclusos, disciplinada pela Organização das Nações Unidas; a violação dos direitos dos reclusos; e os Órgãos da Execução Penal, incumbidos de fiscalizar o cumprimento da pena.

O capítulo seguinte dará uma visão geral do Regime Disciplinar Diferenciado. Verá que ele foi iniciado no Estado de São Paulo, por intermédio de

uma Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária, como provável solução para combater o aparecimento de rebeliões. Serão mencionadas as hipóteses de aplicação de tal regime, originadas devido à prática de crime doloso que resulte em subversão da ordem ou disciplinas internas; quando os presos oferecerem alto risco para a segurança do estabelecimento penal e da sociedade; quando recaírem sob o preso provisório ou condenado, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Também abordará as características do Regime Disciplinar Diferenciado e o procedimento adotado pelas autoridades policiais e judiciais referentes aos presos que estão sujeitos a tal medida.

Por fim, no último capítulo, será feita uma análise da Constituição Federal, mostrando a sua importância para todos os outros tipos de normativos, consistindo, então, na principal fonte de validade do ordenamento jurídico do Brasil. A respeito dos posicionamentos doutrinários, serão demonstrados os favoráveis e os contrários à permanência do Regime Disciplinar Diferenciado, mencionando os possíveis motivos que embasaram tal decisão. Os dispositivos constitucionais também serão abordados, para que através de um estudo mais detalhado, possa se chegar a conclusão de que foram realmente violados.

CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A EXECUÇÃO PENAL

Para que se desenvolva um estudo adequado sobre o Regime Disciplinar Diferenciado torna-se necessário analisar os aspectos legais e doutrinários que tratam da execução penal. No decorrer desse capítulo, serão analisadas as suas características, o seu histórico e a sua atual crise. Além disso, tratar-se-á no decorrer do referido capítulo acerca dos direitos dos presos e dos órgãos responsáveis pela execução penal.

Tem-se como finalidade maior deste estudo, verificar se o objeto da execução penal está sendo cumprido de modo satisfatório e se os direitos dos presos estão sendo violados. Tal estudo servirá de base para o tema proposto nesse trabalho monográfico.

1.1 Histórico

O estatuto jurídico dos presos e internados surgiu somente na segunda metade do século passado, em 1955, com as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos. Antes, a relação existente entre o Estado e as pessoas custodiadas era caracterizada pela alta discricionariedade, beirando o arbítrio. Tratava-se de uma relação de poder na qual os administrados não tinham direitos ou garantias individuais, lhes sendo impostos apenas deveres e obrigações. Da mencionada época em diante, a relação transformou-se, passando de arbitrária para jurídica, conferindo às partes, direitos e obrigações recíprocos.

No Brasil, a primeira tentativa de codificação a respeito das normas de execução penal foi o projeto de Código Penitenciário da República, de 1933, elaborado por Cândido Mendes e Lemos de Brito, que veio a ser publicado no Diário do Poder Legislativo. Desde esta época, a necessidade de uma Lei de Execução Penal no ordenamento jurídico pátrio foi discutida pela doutrina, por não possuírem o Código Penal e o Código de Processo Penal dispositivos adequados para um regulamento da execução das penas e medidas privativas de liberdade.

Em 1951, um projeto de autoria do deputado Carvalho Neto, resultou na

aprovação da Lei 3.274/57, que dispôs sobre normas gerais de direito penitenciário. Tal diploma legal, porém, carecia de eficácia, por não prever sanções para o descumprimento dos princípios e das regras contidas na lei, não sendo aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, em meados da década de 80, a Lei de Execução Penal, ultrapassada a crença histórica de que o direito da execução é de caráter predominantemente administrativo, assegurava ao condenado e ao internado, em seu artigo 3º, todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Neste contexto, vislumbra-se a existência do princípio da jurisdicionalidade. Dessa forma, percebe-se a figura do juiz da execução, com a declarada finalidade de afrontar a possível independência do poder administrativo.

Em 2003, com a publicação da Lei 10.792, que alterou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal, atenuou-se o problema, visto que, com a dispensa do laudo criminológico, a análise dos pedidos passou a incluir apenas dois tópicos de índole objetiva, que correspondem ao decurso de fração temporal e a conduta do beneficiário.

Mesmo assim, os problemas persistem, pois os cartórios não absorvem o número de pleitos, os presos revoltam-se e provocam barbaridades de toda espécie dentro das prisões, devido à falta de informações e pelo não atendimento de suas legítimas pretensões.

1.2 Objeto

É garantido ao Estado, por ser o ente dotado de soberania, o direito exclusivo de punir, sendo este direito indelegável. Mesmo na ação penal de iniciativa privada, o particular possui apenas a prerrogativa de dar início ao processo, por meio da queixa. O direito de punir, porém, continua com o Estado, tanto que é possível a este conceder anistia em crime de ação privada.

Independente de vir a ser praticada a infração penal vislumbra-se a existência desse direito, devendo ser imposto a todos sem distinção. No momento em que um crime é praticado, esse direito abstrato e impessoal concretiza-se e volta-se especificamente contra o delinqüente. Nesse instante, o direito passa a ser

pretensão, que é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio.

O Estado passa a ter o interesse de submeter o direito de liberdade daquele criminoso ao seu direito de punição. Surge uma relação jurídico-punitiva com o delinqüente, pela qual o direito de punir sai do plano abstrato e se concretiza, voltando-se contra o autor da infração penal. Essa pretensão individual e concreta, na qual o direito abstrato se transformou, denomina-se punibilidade.

Conclui-se, portanto, que o direito de punir é uma manifestação da soberania do Estado, consistente na prerrogativa, de se impor coativamente a qualquer pessoa que venha a cometer alguma infração penal, desrespeitando a ordem jurídica vigente e colocando em perigo a paz social. A pretensão punitiva, disposição concreta que surge para o Estado, consiste em submeter alguém que efetivamente praticou uma infração penal a uma punição prevista em lei.

Visando punir o autor de um fato típico e ilícito, o Estado desenvolve uma atividade oficial denominada persecução penal. Essa atividade inicia-se com a instauração do inquérito policial; segue com a propositura da ação penal pelo Ministério Público; encerrando-se com a execução da pena, até a sua extinção, seja em face de seu cabal cumprimento, seja devido a qualquer causa extintiva da punibilidade.

A execução penal é a fase da persecução penal que tem como finalidade propiciar a satisfação efetiva e concreta da pretensão punitiva do Estado, agora denominada pretensão executória, tendo em vista uma sentença judicial transitada em julgado, proferida mediante o devido processo legal, a qual impõe uma sanção penal ao autor de um fato típico e ilícito.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, enuncia que são dois os propósitos a serem atingidos com o cumprimento da pena. O primeiro, é a correta efetivação dos dispositivos existentes na sentença criminal, destinados a prevenir e coibir os delitos. Quando afirma que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, o dispositivo reitera o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais medidas.

O segundo, é de propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, por meio da oferta de meios que garantam aos apenados e aos submetidos às medidas de segurança condições de colaborar com a construção de uma sociedade melhor. Desta forma, opina René Ariel Dotti (1985,p.

99):

O sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na lei de execução penal, compreende a assistência e ajuda na manutenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não se confundindo com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado.

Não contente em propiciar condições para a harmônica reintegração social do preso ou do internado, o dispositivo legal procura não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social, dando enfoque à Declaração Universal dos Direitos do Preso Comum, que é constituída pelas Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da Organização das Nações Unidas. Então, pode-se afirmar que a Lei de Execução Penal ao adotar os preceitos da defesa social acaba por inserir um caráter mais humanizado à sanção penal.

1.3 Natureza Jurídica

Logo que foi publicada a Lei de Execução Penal, houve divergência sobre a sua natureza jurídica, pois alguns a consideravam administrativa, enquanto outros diziam ter ela natureza jurisdicional. Tal controvérsia foi de fundamental importância em face da aplicação de seus dispositivos.

Quando a execução penal tem natureza administrativa, não existe processo e nem tampouco aplicação da jurisdição. Enquanto, quando tem natureza jurisdicional, existe jurisdição durante todo o procedimento executório, com a presença constante do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos de interesses surgidos entre o Ministério Público e o sentenciado. Essa última hipótese pressupõe, sempre, a existência do devido processo legal durante toda a execução da pena e a posterior aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No Brasil, predomina o entendimento de que a execução da pena tem natureza jurisdicional, existindo, em circunstâncias especiais, episódios administrativos. Porém, ainda nesses casos, respeita-se o acesso ao órgão jurisdicional. Nesse sentido afirma Ada Pellegrini Grinover (1987, p. 07) que:

A execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estatais: o judiciário e o executivo.

A execução penal tem caráter de processo judicial contraditório, devendo ser observados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, sendo vedado ao juiz deferir, denegar ou revogar benefícios, do mesmo modo que é impossível extinguir a pena sem ouvir, anteriormente, as partes interessadas.

Os direitos dos presos, neste caso, são garantidos pelo Poder Judiciário, e fiscalizados pelo Ministério Público. Assim, percebe-se que, a execução penal não é mero complemento ou fase do juízo de conhecimento, mas um processo penal executório autônomo, conforme dispõe o artigo 2º da Lei de Execução Penal. Para a instauração do referido processo penal executório há a necessidade, para iniciar-se, do título executivo, que consiste na sentença penal condenatória ou na absolutória imprópria, com trânsito em julgado.

1.4 Regras Internacionais de Proteção aos Direitos dos Reclusos

A Organização das Nações Unidas prevê regras mínimas para o tratamento de reclusos por meio da publicação do Centro de Direitos Humanos do Homem das Nações Unidas. Conforme especifica nas condições preliminares, as normas mínimas para tratamento de reclusos devem ser observadas de forma relativa, levando-se em conta a grande variedade das condições legais, sociais, econômicas e geográficas.

Devem, porém, servir de estímulo de esforços constantes para ultrapassar dificuldades práticas em sua aplicação. Além disso, o que se pretende é o estabelecimento de princípios básicos de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento de reclusos.

Como princípio básico no tratamento de reclusos, a Organização das Nações Unidas consagrou a igualdade, afirmando que as regras que se seguem devem ser aplicadas, imparcialmente. Não haverá nenhuma discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, meios

de fortuna, nascimento ou outra condição. Por outro lado, é necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos do grupo a que pertença o recluso.

As regras de aplicação geral prevêm as condições dos locais de reclusão e os direitos relacionados à higiene pessoal, vestuário e roupa de cama, exercício e desporto, serviços médicos, informação e direito de queixa dos reclusos, contatos com o mundo exterior, biblioteca, religião dentre outros.

Por fim, é estabelecido um sistema de disciplina e sanções, pois como afirma o instrumento normativo internacional, a ordem e a disciplina devem ser mantidas com firmeza, mas sem impor maiores restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária.

A legislação internacional básica do assunto compõe-se de: Regras para Tratamento de Reclusos da Comissão Internacional Penitenciária, de 1929, com alterações em 1933 e aprovação pela Liga das Nações em 1934; Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, no tocante à proibição de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante; Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, aprovadas em Genebra pela ONU, em 1955; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966; Recomendação do IV Congresso das Nações Unidas em Kioto, para aplicação das regras mínimas, de 1970; Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984; Convenção Americana dos Direitos do Homem, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

1.5 Direitos dos Presos

Durante a execução penal, o condenado é um dos sujeitos da relação jurídica processual, sendo assim, detentor de direitos. Nos termos do artigo 3º da Lei 7.210/84, são garantidos todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. O dever do Estado é de garantir os direitos do preso, pois mesmo depois da condenação, ainda existe uma relação jurídica entre ambos. Assim, o sentenciado tem todos os direitos compatíveis com o cumprimento da pena. Nesse sentido afirma Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 113) que:

A doutrina penitenciária moderna, com acertado critério, proclama a tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade. Com a condenação, cria-se especial relação de sujeição que se traduz em complexa relação jurídica entre o Estado e o condenado em que, ao lado dos direitos daquele, que constituem os deveres do preso, encontram-se os direitos deste, a serem respeitados pela administração. Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis específicas, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.

Podem ser mencionados como direitos dos presos, estabelecidos em diversos diplomas legais vigentes na ordem jurídica brasileira, a assistência à saúde, a preservação da integridade física e moral, a oportunidade de trabalho, a alimentação e o vestuário, os benefícios da previdência social, a entrevista com o seu advogado, dentre tantos outros.

O artigo 14 da Lei de Execução Penal prevê a assistência à saúde do preso, tendo direito ao tratamento odontológico, médico e ambulatorial. Se dentro do cárcere não existirem instalações adequadas, o tratamento deverá ser feito em outro lugar, desde que o diretor do estabelecimento penitenciário autorize, ou que o juiz supra a negativa do diretor. O artigo 43 dessa mesma lei permite que o preso possa contratar médico de sua responsabilidade.

A integridade física e moral dos presos devem ser preservadas, pois assim determina o artigo 40 da aludida lei. Porém, o que acontece na prática é o inverso, já que os presos são tratados de forma desumana, visto que os presídios brasileiros não separam pessoas com estados de saúde distintos, não proporcionam condições mínimas de higiene, nem tampouco dispõem de vagas suficientes para abrigar os reclusos. A respeito do tema entende César Barros Leal (2008, p. 04) que:

(...) de fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias; onde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arripio da lei 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos, sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são muito precários e a violência sexual atinge níveis desassossegantes? Como falar, insistimos, em integridade física e moral em prisões onde a oferta de trabalho inexistente ou é absolutamente insuficiente; onde os presos são obrigados a assumirem a paternidade de crimes que não cometeram, por imposição

dos mais fortes; onde um condenado cumpre a pena de outrem, por troca de prontuários; onde diretores determinam o recolhimento na mesma cela de desafetos, sob o falso pretexto de oferecer-lhes uma chance para tornarem-se amigos, numa atitude assumida de público e flagrantemente irresponsável e criminosa?

A saúde física e mental do preso deve ser objeto de preocupação daqueles que lidam com o sistema carcerário, posto que, o confinamento pode importar uma forma de agressão à personalidade do ser humano encarcerado, prejudicando, assim, a sua sanidade, alterando o mecanismo mental, cerebral, afetivo e comportamental dos detentos. Tal fator acaba contrariando os objetivos ressocializadores da pena.

Toda ação estatal deve-se inclinar para o bem comum, afastando, com isso, medidas que configurem a assimilação da vingança privada pelo ente público. A criação do Regime Disciplinar Diferenciado, nestas circunstâncias, leva a crer que há entre o preso e a administração penitenciária uma relação peculiar de sujeição de poder, embora a Constituição proceda à obrigatoriedade da proteção dos direitos fundamentais do preso tanto pela autoridade policial, quanto administrativa, implicando em direitos e deveres recíprocos, dos quais deriva para a administração, o importante dever de proporcionar ou criar condições para o real exercício de seus direitos.

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

O direito ao trabalho, que na legislação penal aparece como parte do tratamento ou dos programas de reabilitação do condenado, pode-se dizer que apenas existe no plano teórico, mesmo que o artigo 41 da Lei de Execução Penal, inciso II, como também o artigo 29, parágrafo 1º, do Código Penal, continuem afirmando que o sentenciado fica sujeito ao trabalho.

Entretanto, se ao condenado é reconhecido direito ao trabalho, dificilmente ele receberá salário justo. Isso acontece porque, apesar dos salários serem destinados pelos órgãos superiores de administração do sistema penitenciário, não chegam às mãos dos presidiários, pois geralmente são desviados quando passam pela administração dos presídios.

O preso tem direito à alimentação suficiente e vestuário, segundo afirma o artigo 41, inciso I, da Lei de Execução Penal. Trata-se de regra em que se desdobra o princípio geral de preservação da vida e saúde do preso, fundamental para a existência dos demais direitos. Deve a administração, assim, de um lado, proporcionar ao preso alimentação controlada, convenientemente preparada e que corresponda em quantidade e qualidade, tendo em conta o seu estado de saúde e, de outro, vestuário apropriado ao clima, para que não lhe seja prejudicada a saúde ou a dignidade.

Constitui também direito do preso a obtenção dos benefícios da Previdência Social, pois assim determina o artigo 41, inciso III, da Lei de Execução Penal. Sendo o trabalho um dever do preso e devendo ser ele similar ao tratamento livre, decorre também a necessidade de se dar ao condenado às condições para que possa gozar dos benefícios da Previdência Social.

Discute-se o direito do preso de valer-se dos benefícios da Previdência Social, em que se deve incluir o referente à aposentadoria, quando todos reconhecem que o Estado não está aparelhado materialmente sequer para assistir o homem livre que está desempregado.

Evidentemente, o direito do preso à aposentadoria está condicionado à regulamentação das leis pertinentes à Previdência Social, dado seu caráter peculiar, não sendo o dispositivo auto-aplicável nessa hipótese. Ademais, como a Lei de Execução Penal não prevê a possibilidade de descontar-se coativamente da remuneração do preso a contribuição previdenciária, tal direito somente poderá ser exercido pelo preso que, voluntariamente, contribuir para a previdência social, nos termos da legislação específica, no que se refere ao seu trabalho prisional.

Não se pode impedir, porém, que o preso dê andamento aos procedimentos judiciais e administrativos referentes à Previdência Social que estejam pendentes no momento em que ele foi privado de liberdade. Deve ser oferecida também a oportunidade para que possa propor novas ações, formular pedidos e tomar providências necessárias para conservar seus direitos às prestações previdenciárias adquiridas antes do ingresso na prisão.

Em consonância com o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê como direito do advogado comunicar-se com seus clientes pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração quando estes se achem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que

considerados incomunicáveis, dispõe o artigo 41, inciso IX, da Lei de Execução Penal, que é direito do preso a entrevista pessoal e reservada com o advogado. Trata-se de um direito que tem fundamento no âmbito da Constituição Federal garantindo aos acusados ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, assinalando ainda que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça à direito individual.

A proteção contra qualquer lesão de direito individual do preso e a ampla defesa no processo penal não estariam asseguradas se não fosse permitida a livre entrevista deste com seu advogado, mesmo na hipótese de se encontrar incomunicável. As comunicações do preso com seu advogado são bastante necessárias no meio penitenciário, pois tem grande importância para este a relação profissional, tanto no caso de estar respondendo a uma ação penal, como na hipótese de execução penal.

Assim, devem ser concedidas as maiores facilidades para essa comunicação pessoal que, por ser reservada, exige que lhe destine lugar apropriado e digno no estabelecimento penitenciário, garantindo, assim, o sigilo que deve presidir essas relações do cliente com seu procurador judicial. Não é indispensável que o advogado, para manter entrevista com o preso, já seja seu procurador constituído ou designado, pois o preso poderá decidir-se durante a comunicação pessoal por constituí-lo.

Caso estes direitos não sejam assegurados de forma concreta, é afastado o objetivo principal da integração social da pessoa do condenado, tornando inviável sua recuperação. Assim, a finalidade essencial da prisão está completamente esquecida. Ressocializar a pessoa presa, nestas condições, é impossível.

Nas palavras de Denise de Roure (1998, p. 15), falar em reabilitação é quase o mesmo que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social.

O aprisionamento do indivíduo resulta em destruição de sua privacidade e no rompimento da relação com a sua família e círculo social. Na prisão há que se moldar a uma outra realidade, passando a conviver em uma nova sociedade com regras próprias e peculiares, formada por pessoas de diversas faixas etárias, provenientes de diferentes situações sociais, com distintas concepções existenciais, familiares, comportamentais e religiosas.

Quem conhecer a problemática dos direitos do preso, verá que é mais crucial que a problemática da fome, do analfabetismo, do desemprego e de outras misérias crônicas que assolam os países periféricos e ameaçam a sobrevivência das camadas sociais de baixa renda.

1.6 Órgãos da Execução Penal

Segundo menciona o artigo 61 da Lei de Execução Penal, são competentes, durante a execução da pena, os seguintes órgãos: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, O Juízo da Execução Penal, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o Departamento Penitenciário, o Patronato e o Conselho da Comunidade.

Embora alguns acreditem que exista rivalidade entre esses órgãos, na verdade, eles exercem uma atividade conjunta durante o cumprimento da pena, com área de competência e atribuições bem definidas.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é um órgão subordinado ao Ministério da Justiça sendo constituído por treze membros, nomeados pelo Ministro da Justiça, dentre especialistas de notável saber e representantes da comunidade sem conhecimento específico na área, o que não deixa ser alvo de críticas já que esse é um órgão normativo e de fiscalização, com tarefas bastante especializadas. Segundo a lei o mandato é de dois anos, com renovação de 1/3 dos membros a cada ano. Tem como atribuições, dentre outras, propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas; contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo metas e prioridades da política criminal e penitenciária.

No Juízo da Execução Penal são desempenhadas as atividades jurisdicionais e administrativas. A atividade jurisdicional consiste na tarefa pela qual o juiz soluciona o confronto entre duas ou mais pretensões, pondo-lhe fim, mediante imposição da vontade do direito sobre a vontade das partes, e pacificando as relações sociais conflitantes. No processo de execução, haverá atividade jurisdicional toda vez que, o sentenciado estiver ameaçado de sofrer qualquer

restrição ou pretender algum benefício em face do Estado, devendo o juiz verificar o que dispõe o ordenamento jurídico a respeito e solucionar o conflito de vontades e interesses. Na atividade administrativa, o magistrado não exerce apenas funções jurisdicionais, mas também algumas de natureza administrativa, como zelar pelo correto cumprimento da pena, inspecionar mensalmente os estabelecimentos carcerários, interditando-os se necessário, e, formar o Conselho da Comunidade.

O artigo 1º da Lei Orgânica do Ministério Público dispõe que, quando estiver em discussão matéria de ordem pública ou algum direito social ou individual indisponível, o Ministério Público deve intervir. O Ministério Público atua como fiscal da lei, do início até o final da execução, dele não podendo ser subtraído o conhecimento de nenhuma medida de natureza jurisdicional, o que significa a necessidade de ter a prévia ciência e oportunidade de manifestar-se, sob pena de nulidade.

Em razão disso, dispõe a Lei de Execução Penal, em seu artigo 67, que caberá ao órgão ministerial fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Se ao Ministério Público não for dada oportunidade de manifestação, ocorrerá nulidade, salvo nos casos elencados nos artigos 563, 565 e 566, do Código de Processo Penal.

A Lei 7.210/84 determina que nos procedimentos judiciais o representante do *Parquet* terá o prazo de três dias para se manifestar. Incumbe ao referido órgão, fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo. Por fim, cabe salientar que, o promotor deverá visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando sua presença em livro próprio, sob pena de incorrer em falta funcional.

O Conselho Penitenciário é um órgão colegiado de natureza consultiva, a quem incumbe fiscalizar e manifestar-se sobre os incidentes que afetem a execução da pena, seja agravando, seja atenuando a sua forma de cumprimento. O Conselho deve ser integrado por professores e profissionais das áreas de direito penal, processual penal, penitenciário e ciências correlatas, e representantes da comunidade. A composição do Conselho é determinada pela nomeação de seus membros pelo Governador do Estado e do Distrito Federal para mandato de quatro anos, com direito a recondução. Incumbe ao referido órgão executivo, inspecionar os

estabelecimentos penais e serviços penais; apresentar, no primeiro trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior; supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.

O artigo 71 da Lei de Execução Penal, com fulcro no artigo 24, I, da Constituição Federal prevê a assistência do Departamento Penitenciário Nacional. Trata-se de um órgão superior de controle, subordinado ao Ministério da Justiça, destinado a instrumentar a aplicação da Lei de Execução Penal bem como as diretrizes da política criminal adotadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

O artigo 72 elenca as seguintes funções a serem desempenhadas pelo referido Departamento, dentre as quais se destacam: acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o território nacional; inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais. É também função do mesmo, a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais, bem como toda e qualquer atividade administrativa de natureza executiva a ser desempenhada nesses locais.

O Patronato, seja público ou particular, destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos, e tem suas atividades confiadas à supervisão do Conselho Penitenciário. Sobre sua composição, a Lei Federal é omissa a respeito, ficando esta incumbência para os Estados. A atribuição primordial do Patronato é de prestar assistência aos albergados e aos egressos.

É necessário que, a comunidade se mobilize no sentido de cumprir a missão que a lei lhe impõe para assistir todo aquele que transgrediu a lei penal. Atuando dessa forma, a sociedade evitará o desconforto maior da reincidência, que advém muitas vezes do descaso com o preso e com o egresso.

Por fim, determina a Lei de Execução Penal que em cada comarca deverá existir um Conselho da Comunidade composto por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da OAB e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de assistentes sociais. Este conselho tem como atribuições, visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca; apresentar relatórios mensais ao Juiz da Execução e ao Conselho Penitenciário.

CAPÍTULO 2 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O regime de encarceramento diferenciado é bastante antigo, cuja origem já é apontada desde a Antiguidade. Segundo Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira (2005, p.03), a origem desse instituto encontra-se na Grécia. No Brasil, encontram-se registros da aplicabilidade do referido instituto no período Imperial, sendo denominado como “cárcere duro” sendo direcionado para os criminosos que desobedecessem o Imperador.

Com o objetivo de aprofundar o estudo sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, será analisada no decorrer desse capítulo a origem desse instituto bem como as principais características do mesmo, tendo em vista que tal exame é necessário para a compreensão do tema proposto nessa pesquisa científica.

2.1 Origem

No que se refere às circunstâncias que contribuíram para que houvesse esse tipo de isolamento, o instituto se espelhou nas celas individuais, que consistiam na separação de apenados, ficando os mesmos desprovidos de seus direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, a exemplo da exposição ao sol, à luz, ou o acesso a condições higiênicas básicas.

No Brasil, foram feitas pesquisas que demonstraram a ausência da adoção de aprisionamento solitário em suas instituições, devido à crise em que se encontrava (e ainda se encontra) o sistema prisional, motivada, principalmente, pela superlotação.

Mesmo assim, o modelo de encarceramento diferenciado evoluiu bastante, dependendo apenas de um determinado tempo para que fosse oficializado, em virtude da atividade legislativa em matéria penal, marcada pelo discurso de urgência e dada a respostas simbólicas.

O legislador não se preocupou, no entanto, em combater de forma efetiva a problemática da criminalidade, pois sabia que os instrumentos utilizados pelo direito penal eram ineficazes. Assim, discorreu de forma precipitada, comprometendo a

qualidade da medida.

Nesse sentido opina Winfried Hassemer (1993, p. 86):

(...) há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um direito penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados pelo direito penal não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo direito penal são ineptos para combater a criminalidade real. Por exemplo: aumentar as penas, não em nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de reação simbólica que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma reação puramente simbólica, que acaba se refletindo no próprio direito penal como meio de controle social.

Segundo Souza (2008, p. 18), em dezembro de 2000, devido a uma grande rebelião ocorrida na Casa de Custódia de Taubaté vários presos perderam suas vidas, ficando o local da tragédia totalmente destruído. No início de 2001, com a recuperação da Casa de Custódia os presos retornaram para a unidade, entretanto, os líderes das rebeliões foram isolados em outros presídios.

De acordo com Cunha (2008, p. 01), não satisfeitos com a rigorosidade do regime, pouco tempo depois os presos provocaram uma outra rebelião, envolvendo várias unidades prisionais ligadas à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

Como forma de conter o aparecimento das rebeliões, além de alegar a existência de grupos armados dentro dos presídios, o referido órgão, instalou presídios de segurança máxima, aumentou o poder dos diretores de penitenciárias e editou a resolução 26/2001, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no Estado de São Paulo.

A nível Federal foi introduzida pela medida provisória 28/02, com a mesma finalidade da resolução anteriormente exposta, porém teve pouca duração, pois não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Porém, a União, visando o melhoramento do sistema prisional brasileiro, para que tivesse condições mínimas de abrigar os presos reconhecidamente perigosos; diante do aumento das atividades do crime organizado, principalmente, dentro dos presídios e, tendo por base a violência dirigida contra autoridades judiciárias que culminou com a morte de dois juizes de execução penal, em breve

espaço de tempo adotou algumas medidas, tais como a construção de novos presídios federais, prestação de contribuição e auxílio aos Estados para manter penitenciárias de segurança máxima e a criação de um regime de encarceramento diferenciado.

Assim, o Governo Federal apresentou o Projeto de Lei 5.073/2001, o qual originou a Lei 10.792/2003, que alterou artigos da Lei de Execução Penal, introduzindo, o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico pátrio.

A forma como é aplicado o Regime Disciplinar Diferenciado, consistente em isolar totalmente o preso, faz com que uma parte da doutrina entenda que seja o instituto o quarto regime penitenciário do Brasil. Isso se deve ao fato do RDD ser considerado um regime fechadíssimo, situação que não acontece com os outros três tipos de cumprimento de pena, que admitem reclusão somente até o regime fechado. Segundo Luís Flávio Gomes (2004, p. 05):

O Regime Disciplinar Diferenciado é o quarto regime penitenciário do Brasil, consistente em um regime fechadíssimo, que vem com o objetivo de “tranqüilizar” a sociedade, acenando (ou iludindo) à população brasileira com a teórica eficiência dos Poderes Legislativo e Judiciário, elevando brados aos seus “poderes” de isolar um ser humano durante trezentos e sessenta dias por ele representar uma “grande ameaça à sociedade”.

Porém, outra parte da doutrina acredita que o Regime Disciplinar Diferenciado não constitui um novo regime penitenciário, pois não existem características tão peculiares para a sua implantação. O que acontece, na verdade, é o aumento da rigidez do encarceramento, circunstância justificada pelo mau comportamento do preso, que provocou a incompatibilidade com os demais regimes de cumprimento de pena. Dessa forma Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2004, p. 180) entendem que:

O Regime Disciplinar Diferenciado não se trata de um novo regime de cumprimento de pena, mas sim de uma sanção administrativa disciplinar do preso em determinadas circunstâncias previstas em lei. A gravidade da sanção administrativa, ante suas importantes restrições à liberdade do preso, fez com que o legislador a colocasse entre as decisões judiciais, cercadas das garantias necessárias do devido processo legal.

Entende-se com base nos ensinamentos supracitados que o RDD não é um quarto regime de cumprimento de pena, mas sim uma sanção disciplinar aplicável em algumas circunstâncias elencadas na legislação. Sendo considerada como

sanção disciplinar grave aplicável em última hipótese tendo em vista as maiores restrições que causam à liberdade do preso.

2.2 Hipóteses de Aplicação

Além de não se preocupar com as conseqüências maléficas que poderiam gerar a implementação do Regime Disciplinar Diferenciado, o legislador ainda previu três hipóteses de aplicação de tal regime, as quais não conseguem identificar claramente os presos que necessitam ser abrangidos pela medida.

As referidas hipóteses estão contidas na Lei 10.792/2003, que alterou vários artigos da Lei de Execução Penal, dentre eles, o artigo 52.

A primeira hipótese ocorre devido à prática de crime doloso que resulte em subversão da ordem ou disciplinas internas. Dentre as três, é a única que se parece mais com uma ação concreta e específica, capaz de ser provada e individualizada, caracterizando-se como sendo falta grave, de modo a autorizar a inclusão do condenado neste tipo de regime diferenciado.

A segunda refere-se a presos que ofereçam alto risco para a ordem e para a segurança do estabelecimento penal bem como para sociedade. Essa possibilidade não pode ser considerada justa, pois o legislador deixou margem para a interpretação, sujeitando-se a erro a autoridade responsável por determinar se o preso deve ser transferido para o encarceramento diferenciado. Assim, não mencionou critérios objetivos para que determinassem quais seriam os presos que apresentam alto risco para a segurança do estabelecimento prisional ou para a sociedade. Nesse sentido posicionam-se Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997, p. 117):

O sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se), seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar. Isso não significa que com a pena nada seja retribuído, mas apenas o estabelecimento de um limite à ação preventiva especial ressocializadora que se exerce sobre uma pessoa. De outra parte, a inclinação ao delito, além de não ser demonstrável, possui o sério inconveniente de, muito frequentemente, ser resultado da própria ação prévia do sistema penal,

com o que se iria cair na absurda conclusão de que o efeito aberrante da criminalização serve para agravar as próprias conseqüências, e, em razão disso, para aprofundar ainda mais a sua aberração.

A terceira acontece quando recaírem, sob o preso provisório ou condenado, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Nesse caso, o princípio do non bis in idem é desrespeitado, tendo em vista que a conduta descrita configura crime, devendo ser informada à autoridade policial, em vez de ser imposta diretamente ao apenado, outra sanção disciplinar. Desta forma afirma Rogério Tucci (2004, p. 21) que:

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

2.3 Características

O Regime Disciplinar Diferenciado é caracterizado, basicamente, pela duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias.

Dessa forma, o instituto procurou dificultar ao máximo o contato dos apenados com o mundo exterior, pois sabia que grande parte da criminalidade derivava de determinações emanadas de dentro dos próprios presídios. Conforme menciona Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 149):

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

Visando aumentar o número de vagas no sistema penitenciário brasileiro, para que se abriguem os presos que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, a Lei 10.792/03 previu que a União Federal, os Estados e os Territórios poderão construir penitenciárias exclusivamente para este fim. Porém, somente a União poderá definir os padrões mínimos destinado ao cumprimento do regime disciplinar.

Esta mesma lei dispõe ainda que os estabelecimentos penitenciários disponham de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Os Estados e o Distrito Federal também poderão regulamentar o Regime Disciplinar Diferenciado. Isso deve acontecer, dentre outros casos, para assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima; para disciplinar o cadastramento e o 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; para elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando, com isso, a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período da sanção disciplinar.

Essa regulamentação pode ocorrer, ainda, para estabelecer o sistema de rodízios entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados. Tal hipótese objetiva dificultar a aproximação entre o preso e o funcionário, que poderia ocasionar troca de favores entre ambos. Pode acontecer também, com o objetivo de restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação, pois quanto menor a comunicação dos presos, menores são as possibilidades deles praticarem novos crimes.

Por se tratar de regra referente à disciplina interna do presídio, o Regime Disciplinar Diferenciado tem caráter processual e, portanto, aplica-se aos fatos anteriores à lei 10.792/2003.

2.4 Procedimento

Somente o juiz da execução penal poderá decretar a transferência do preso para o Regime Disciplinar Diferenciado, após receber requerimento pormenorizado do diretor do estabelecimento penal ou de outra autoridade administrativa (por exemplo, o Secretário da Administração Penitenciária), propondo tal medida. Nesse caso, o Ministério Público e a defesa devem ser ouvidos previamente.

O juiz tem o prazo de quinze dias para decidir a respeito dessa transferência, porém, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até dez dias, até que se prolate a decisão judicial.

Os prazos concedidos aos juízes e às autoridades administrativas deveriam ser iguais. Baseado nesta hipótese, o juiz pode, alertado de que o preso já foi isolado, decidir em dez dias, evitando-se, assim a alegação de constrangimento ilegal. O tempo de isolamento será computado no período total do Regime Disciplinar Diferenciado, com uma autêntica detração.

Por se constituir em um regime altamente rigoroso, que não apresentou ainda os resultados desejados, o Regime Disciplinar Diferenciado não deveria ser adotado no Brasil. Porém, como existe previsão legal, além da existência de pessoas já encarceradas dentro desse regime, a atitude mais adequada seria atenuar o número de presos abrangidos por esta medida. Para que isso ocorra, se faz necessário o bom entendimento do magistrado, pois trata de poder geral de cautela que o mesmo possui dentro de qualquer processo. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 381):

Observa-se a severidade incontestada do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos. Por isso, é necessário que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente, no Regime Disciplinar Diferenciado.

O poder cautelar do juiz é bastante amplo, conforme disposições legais dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, e independe de pressupostos e

requisitos contidos em normas. Visando evitar o perecimento do direito, devido ao decurso do tempo, como também preservar a justiça, pode o juiz exercer prudentemente este poder, impondo medidas cautelares atípicas ou inominadas, que repute convenientes para afastar o perigo.

2.5 Casos Concretos

Nota-se que, a implantação do Regime Disciplinar Diferenciado aconteceu em virtude de alguns acontecimentos trágicos ocorridos no interior de prisões brasileiras, a exemplo da autorização, de dentro dos presídios, dos assassinatos dos juizes corregedores das varas de execuções penais Antônio José Machado Dias, de Presidente Prudente e Alexandre Martins de Castro Filho, do Espírito Santo, consoante Cunha (2008, p. 01), pois ambos eram conhecidos nos seus Estados pelo tratamento severo dispensado aos presos.

Também contribuíram para sua instituição, as rebeliões ocorridas nas penitenciárias brasileiras, as inúmeras mortes dentro do cárcere e a autorização de assaltos, seqüestros e tráfico de drogas, novamente de dentro das prisões.

Porém, o fator preponderante para a instauração desse regime carcerário ineficaz, foi a exigência da população e da mídia, que acreditavam ser essa a melhor solução para o problema.

O Regime Disciplinar Diferenciado trata-se evidentemente de uma política criminal equivocada e que não resulta em mais do que a reprodução e multiplicação da violência. Os dados obtidos em pesquisas realizadas por institutos especialistas no assunto comprovam isso. Porém, esses dados técnicos são relevados, dando lugar ao clamor popular.

Neste sentido, García-Pablos Molina (2005, p. 02) afirma que este tipo de atitude por parte do Estado, reflete uma política de gestos de encontro à platéia e à opinião pública.

Conforme o entendimento de Souza (2008, p. 19), o Regime Disciplinar Diferenciado foi posto em prática pela primeira vez, em decorrência de uma rebelião ocorrida no Estado de São Paulo, no ano de 2001, que envolveu várias unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária e cadeias públicas, sob a

responsabilidade da Secretaria de Segurança do Estado.

Segundo Cunha (2008, p. 02), no final de 2002, o RDD foi experimentado no Estado do Rio de Janeiro, em decorrência de uma rebelião ocorrida no Presídio Bangu I, comandada por Luís Fernando da Costa, vulgo Fernandinho Beira-Mar. Com o fim da rebelião, os líderes do movimento foram isolados para impedir o contato com os demais apenados, e o restante dos participantes foram postos em regime disciplinar de segurança especial. Em 2003, a Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro reeditou o Regime Disciplinar Diferenciado especial em Bangu I, sendo propagado o modelo disciplinar para outras penitenciárias.

Além de Fernandinho Beira-Mar e tantos outros, também se encontra preso nesse regime, Marcos Willians Herbas Camacho, o Marcola, líder da organização criminosa do primeiro comando da capital – PCC, em virtude de diversas práticas criminosas, entre elas, a maior onda de violência da história recente do Estado de São Paulo, que resultou na morte de várias pessoas..

Diante do que foi exposto, percebe-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é ineficaz, pois a inclusão de vários presos neste regime, não vem sendo suficiente para proporcionar a diminuição de suas atividades criminosas.

CAPÍTULO 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A Constituição Federal é a principal fonte de validade do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, leis complementares, ordinárias, delegadas, atos normativos do Poder Executivo, enfim, todo e qualquer tipo de ato normativo, deve estar em consonância com os preceitos do texto constitucional.

Neste capítulo analisar-se-á a inconstitucionalidade da Lei 10.792/03 que implantou o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico pátrio. Para os que defendem o RDD entendem que o mesmo é necessário para o tratamento de presos considerados perigosos e, que de dentro do estabelecimento prisional acabam por organizarem várias barbáries. Além disso, para essa corrente o referido regime é o único meio que o Estado tem em suas mãos para evitar tal conduta praticada pelos presos.

Porém, os opositores do referido regime pregam que a Lei 10.792/03 é inconstitucional por violar vários preceitos constitucionais, e ainda assim há quem defenda a sua constitucionalidade.

3.1 Posicionamentos Favoráveis à Permanência do Regime Disciplinar Diferenciado

Os que defendem a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, certamente basearam-se nas idéias de Jackobs, idealizador do direito penal do inimigo, que afirmava ser o criminoso um inimigo nocivo à sociedade, devendo dela ser afastado. Assim afirma Paulo César Busato (2004, p. 145) que:

É necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matizes como os da lei 10.792/03 correspondem por um lado a uma política criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso, há a necessidade de cuidar-se com relação aos perigos que vêm tanto de um quanto de outro.

Da mesma forma, posicionou-se o juiz federal Vlamir Costa Magalhães (2007, p. 03), ao afirmar que, a severidade do regime se justificaria pelo fato de que

os presos submetidos a esse regime teriam demonstrado a sua periculosidade e a sua intenção de não se ressocializar. Disse ainda que, uma vez tendo mantido sua fidelidade ao crime mesmo estando preso, se deveria ignorar o caráter ressocializador da pena, ficando apenas com o caráter punitivista.

Segundo alguns doutrinadores, a rejeição ao instituto ocorre de forma precipitada e demasiada. Isso acontece porque, determinadas pessoas não reconhecem o perigo que os presos, líderes de organizações criminosas, representam à sociedade, ou acreditam que os direitos dos presos estão sendo usurpados. Afirmam, ainda, que o isolamento absoluto constitui a única ação promovida pelo ente estatal capaz de frear o crescente aumento da criminalidade, promovida, principalmente, pelos presos sujeitos ao Regime Disciplinar Diferenciado; e que se, os presos estão submetidos a esta medida, é porque não têm a intenção de se recuperar, ou de se ressocializar. Nesta linha entende Marcelo Lessa Bastos (2007, p. 06) que:

(...) Não se consegue compreender as críticas doutrinárias que são endereçadas ao isolamento absoluto de presos líderes de organizações criminosas, após se terem informações seguras de que continuam a comandar seus negócios. O isolamento é imperativo e é a única medida efetiva que se dispõe para neutralizar a ação dessas pessoas. Isto visa a enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para dispersar o seu comando. Não há que se opor ao isolamento argumentos no sentido da função educadora da pena, porque tais pessoas, ainda que não possam perder este status de pessoas, ao contrário do que crê Jakobs, demonstram cabalmente que não estão querendo se ressocializar. Resta, pois, como forma legítima de proteção dos cidadãos, que igual têm o direito constitucional à segurança pública, isolar essas pessoas, pelo tempo necessário para neutralizar sua influência na organização a que pertença, nem que isto leve todo o tempo restante de sua pena. Sinceramente, as críticas endereçadas ao regime disciplinar diferenciado são irracionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosa, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudino caso de desequilíbrio intelectual.

Há quem entenda também, como é o caso de Márcio Thomaz Barros (2004), antigo Ministro da Justiça, que o aludido regime pode não constituir o melhor método para o tratamento de presos, mas se faz necessário, pois, se não os recupera, pelo menos durante o tempo em que estiver preso, não estará comandando as suas atividades criminosas. Assim estão consubstanciadas as suas palavras: "Se ele recuperar, ótimo, se nunca se recuperar, pelo menos durante o tempo em que

estiver preso não terá condições de se conectar, de dar ordens, de comandar as suas atividades criminosas”.

3.2 Da Lesão do Regime Disciplinar Diferenciado aos Princípios e Garantias Constitucionais

Por outro lado, uma boa parte da doutrina acredita ser o Regime Disciplinar Diferenciado violador de dispositivos constitucionais, gerando acentuada ilegalidade. Neste diapasão afirma Carmem Silva de Moraes Barros (2008, p. 02) que:

Não é aceitável, pois, a convivência de magistrados, fiscais da lei, advogados, enfim, operadores do direito, com tamanha barbárie. Não se pode admitir que estes diante de tanta ilegalidade, quer por ação quer por omissão, se convertam em aparato legitimador da atuação abusiva da administração. O Regime Disciplinar Diferenciado é um desrespeito à Constituição, à lei, aos cidadãos deste país, enfim, à nossa inteligência.

A inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado justifica-se, dentre outros casos, por o referido instituto prever a possibilidade de atingir também os presos provisórios. Nesse caso, ocorre a violação do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, uma vez que, a importância do fato típico praticado é insuficiente para prever a personalidade do autor, sendo necessário dados que informem ser o preso uma ameaça à paz, a ordem e a segurança do estabelecimento prisional. Contraditório seria impor a punição a alguém por representar um risco, sem ao menos ter cometido um fato que sirva de base para classificar a sua periculosidade, não se devendo punir pela personalidade, mas sim pelo fato cometido.

Constitui também causa que justifica a decretação de tal regime, a existência de fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas. O que seria fundada suspeita? Afinal, a presunção constitucional não é de não-culpabilidade? E, o que seria mesmo uma organização criminosa? Como se sabe, não há no Brasil uma lei que forneça tal conceituação, ferindo-se, assim, o princípio da legalidade, também de índole constitucional.

A Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado é facilmente percebida à luz do princípio da legalidade, já que possibilita uma punição rígida ao

preso submetido ao regime em questão, por recair em sua pessoa uma suspeita de que seja um integrante de uma organização criminosa, bando ou quadrilha. A respeito do assunto, o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal assegura que não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

As condutas tipificadas como crime, devem ter uma descrição clara e objetiva, de maneira que, diante do caso concreto afaste interpretações arbitrárias e equivocadas. Aplicando esta definição ao Regime Disciplinar Diferenciado percebe-se que, o legislador criou tipos penais genéricos e vazios na redação dos §1º e §2º do artigo 52 da Lei de Execução Penal.

Ao permitir tipos penais genéricos e subjetivos, o legislador infraconstitucional deixa margem para aplicações arbitrárias por parte da administração penitenciária, visto que, se o administrador apenas suspeitar que alguém faça parte ou comanda uma organização criminosa, poderá transferi-lo para o Regime Disciplinar Diferenciado.

Também merece destaque, a expressão alto risco para segurança do estabelecimento e da sociedade. Quais os critérios utilizados para aferir se alguém ameaça a vida em grupo? Que tipo de condutas caracterizaria este alto risco? Em que tipo de condutas levariam a suspeitas de participação em quadrilha ou organização criminosa?

Houve novamente a violação do princípio da legalidade e da tipicidade em matéria penal, ao deixar margem para a aplicação de uma sanção severa, sem que, na maioria das vezes, exista uma conduta típica perfeita, promovendo, com isso, a transferência arbitrária do preso para o isolamento, em uma cela individual por até 360 dias. Isso acontece, não por terem cometido uma infração disciplinar, mas pela simples suspeita de pertencerem a organizações criminosas ou supostamente apresentarem uma ameaça, um alto risco para a ordem, a paz do estabelecimento prisional ou da sociedade.

Vale ressaltar, ainda, que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, visto como fundamental pela ordem constitucional, foi à dignidade da pessoa humana, que impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que, as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam direcionados para lhes proporcionar uma vida mais digna.

O professor Cristiano Chaves Farias (2005, p. 99) opinou sobre o tema afirmando que, a dignidade da pessoa humana, nessa ordem de idéias, expressa uma gama de valores humanizadores e civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares. A restrição provisória da liberdade do ser humano deve ser ordenada pelo Estado, com o intuito de aproveitar este tempo em que a pessoa é afastada do convívio em sociedade para se alcançar meios de reinseri-la nesta, constituindo um dos fundamentos que a legislação aplicável à prisão destaca.

O isolamento é um castigo que não é proibido, porém, o mesmo deve ter natureza excepcional, quando aplicado deve assegurar ao preso um acompanhamento médico, para que se avalie seu estado físico e mental, garantindo, com isso, a sua integridade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos limites que deve pautar o direito punitivo do Estado, ao tentar assegurar ou garantir a restauração da paz social. O ente estatal não pode se afastar dos limites impostos pela condição humana do acusado, por mais que sua conduta tenha sido reprovável e desonesta, devendo ter no mínimo um tratamento digno.

A Lei 10.792/2003, no seu artigo 60, destaca que, a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de dez dias. A inclusão do preso em Regime Disciplinar Diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho fundamentado do juiz competente. Assim, nota-se a violação do princípio do devido processo legal, pois confere a autoridade administrativa o direito de decretar o isolamento do preso, mesmo preventivamente, sem que este tenha conhecimento pleno do que está sendo acusado, mitigando princípios como o do contraditório e o da ampla defesa. Verifica-se, ainda, a infringência ao princípio do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual afirma que, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Outra aberração imposta pela lei foi à restrição ao direito que o preso mantém de relacionar-se ou contatar-se com o seu advogado. Ao limitar as visitas semanais, limita-se também o direito de comunicar-se com o seu defensor. É isso fere também preceito Constitucional do artigo 133, que afirma ser o advogado indispensável para a Administração da Justiça. Além de violar esse dispositivo constitucional, acaba por ferir o artigo 7º da Lei 8.906/94, que destaca os seguintes

direitos dos advogados:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; II - ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB; III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; (...) VI - ingressar livremente: a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados; b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado; d) em qualquer assembléia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais; (...)

Merece ser destacado, ainda, que a Lei 10.792/2003, no artigo 5º, inciso IV, afirma que, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o Regime Disciplinar Diferenciado, em especial para disciplinar o cadastramento e o agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com os seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal conforme o caso.

Tal dispositivo exige um cadastramento e um agendamento prévio para que os advogados possam visitar seus clientes. A atividade do advogado terá que ser agendada, tendo ainda que, esperar pelo prazo de dez dias, sendo que, somente através de documentação, provando a urgência do encontro é que a reunião poderá ocorrer de forma imediata. Assim, há um cerceamento de defesa do preso.

Depois de toda a aludida discussão, necessário se faz descrever a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, reforçando a idéia da Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista ser a referida decisão muito citada pela doutrina ou pelos estudiosos do Direito Penal e do Direito Penitenciário.

Pois bem, torna-se necessário fazer um breve histórico sobre o HC no processo nº. 978.305.3/0-00. O referido remédio constitucional foi impetrado com

pedido liminar pela advogada Maria Cristina de Souza Rachado em benefício de Marcos Willians Herbas Camacho, *vulgo* Marcola, sendo apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito Corregedor da Vara das Execuções Criminais da Capital de São Paulo. O HC foi impetrado nos autos do pedido de desinternação em Regime Disciplinar Diferenciado (processo nº C-127/2006) os quais determinaram a internação cautelar do paciente pelo prazo de noventa dias em Regime Disciplinar Diferenciado.

A impetrante utilizou-se de vários argumentos, mas somente serão citados os que tiverem relação com a pesquisa científica. A ilustre advogada entendeu que, o ato judicial impugnado pecou por ilegalidade e abuso, vez que a decisão foi proferida sem qualquer manifestação do Ministério Público ou da Defesa. Insurge-se contra as notícias juntadas aos autos, alegando que, as mesmas não possuem qualquer valor probante.

Afirmou ainda, que a imposição de qualquer restrição de direitos ao paciente, mesmo que cautelar, por imputar-se a ele a autoria intelectual de atos criminosos praticados fora do estabelecimento prisional, constituiu verdadeiro arrepio aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, representando, com isso, inafastável abuso de autoridade.

Aduziu sofrer o paciente constrangimento ilegal traduzido em sua inclusão no RDD sem a comprovação de prática de delito ou falta grave, nos termos da lei, sendo necessária a concessão do *writ*, a fim de que se garanta ao paciente sua permanência em estabelecimento penal destituído de regime mais gravoso.

Por fim, no pedido da medida liminar requereu a transferência do paciente para outro presídio da sede estatal, destituído do gravoso RDD. Ao julgar o referido remédio constitucional, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela inconstitucionalidade de tal medida por entender que a mesma é uma afronta à ordem constitucional e segundo tal órgão jurisdicional a referida medida já nasceu com vício de inconstitucionalidade, pelo simples fato de que a Resolução 026/01 do Estado de São Paulo foi a medida que o Poder Executivo encontrou para inserir em seu regime penitenciário o RDD. Assim é o teor do referido julgado citado pela Revista Consultor Jurídico do dia 16 de agosto de 2006:

HABEAS CORPUS nº. 978.305.3/0-00 Relator, Desembargador Borges Pereira - Voto nº. 5714:
(...) Com efeito, toda afronta aos direitos individuais dos cidadãos

brasileiros, independentemente de raça, credo, condição financeira etc, desde que cause constrangimento ilegal, é, e sempre deverá ser passível de habeas corpus. É de se observar, inclusive, que a impetrante questiona não só a ilegalidade do regime disciplinar diferenciado, como também pleiteia a transferência do detento para outro presídio da rede estatal. No que pertine ao mérito do pedido, razão assiste à impetrante. É de se observar inicialmente não se poder deixar de considerar o grave momento vivido pelas instituições públicas, fruto de dezenas de anos de descaso para com as causas sociais, originando o nascimento de verdadeiro Estado Paralelo, que a medida ora questionada visa enfrentar.

(...) Trata-se, no entanto, de medida inconstitucional, como se sustenta a seguir: o regime disciplinar diferenciado, é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor. Já no seu nascimento, a medida ofende mortalmente a Constituição Federal, desde que a resolução 026/01, que cria o regime disciplinar diferenciado, é ato de secretário de Estado, membro do poder executivo, a quem não cabe legislar sobre matéria penal, nem tampouco penitenciária, segundo a Constituição Federal (arts. 22, I e 24, I). Assim, a inexistência de procedimento legislativo e da necessária edição de lei federal, é que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade de sua efetivação, configurando evidente constrangimento ilegal. Destarte, não cabe a ninguém, nem mesmo ao juiz da execução, determinar ou legitimar regressão (ou transferência) a regime penitenciário inexistente em lei.

É necessário destacar, ainda, a posição contrária do Conselho Nacional de Política Criminal (2008) à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, entendendo que esta medida não seria responsável por propiciar à segurança objetivada pelos presídios brasileiros, diminuindo, com isso, a prática de crimes dentro ou fora desses estabelecimentos.

Relatado o tema, a comissão reuniu-se e entendeu, na esteira da manifestação contida no MEMO/MJ/CNPCN/ 021/2003, que a instituição do chamado Regime Disciplinar Diferenciado de segurança máxima, é desnecessário para a garantia da segurança dos estabelecimentos penitenciários nacionais e dos que ali trabalham, circulam e estão custodiados, a teor do que já prevê a lei 7210/84.

Diante do parecer desfavorável deste Conselho, órgão administrativo envolvido diretamente com a realidade carcerária do Brasil, que recomenda a não adoção do regime carcerário diferenciado, questionando a real eficácia da medida no que diz respeito com os fins a que se propõe a pena chega à conclusão de que, o Regime Disciplinar Diferenciado não se constitui em uma boa opção para abrigar os presos provisórios ou definitivos. Posicionar-se em sentido contrário, pode ser considerada uma atitude bastante ousada, pois não existe no Brasil outro órgão que entenda tanto do assunto como o referido Conselho.

3.3 Efeitos do Regime Disciplinar Diferenciado

Ninguém diz ser boa a vida no cárcere, nem se espera que de fato fosse. A prisão não é um ambiente sadio, mas um lugar criado pelo Estado para castigar indivíduos que atentaram contra a ordem pública. No entanto, acima disto, está o caráter educativo, a intenção de demonstrar ou comprovar ao reeducando o erro que este cometeu e incentivá-lo a não mais transgredir.

O regime de isolamento imposto pelo Regime Disciplinar Diferenciado é desumano e cruel, principalmente, pelos transtornos que causa ao psicológico do preso submetido a ele, por isso, é inconstitucional já que viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Para que, surtisse o efeito desejado pela ressocialização seria necessário que, aliado ao isolamento, houvesse também acompanhamento psicológico constante, com o objetivo de ajudar o preso a superar os efeitos do cárcere individual e repensar a sua posição bem como as suas condutas criminosas.

Entretanto, não é o que acontece em grande parte dos estabelecimentos penitenciários do Brasil. Os presos em regime diferenciado apresentam agressividade ainda maior do que os outros. A falta de contato com o mundo exterior causa efeitos inimagináveis àquelas pessoas, que são privadas até mesmo da luz do sol. Por isso, é inconstitucional por ser considerada pena cruel, a qual é vedada pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e".

A realidade do crime é preocupante, mas também o é a vida dentro do cárcere. O Poder Público, ao invés de buscar meios para que as pessoas não cheguem a ir à prisão, para que não cometam tantos crimes, por meio da aplicação de medidas públicas que visem a diminuição das desigualdades sociais, a oferta de educação, saúde, emprego etc, prefere aumentar as penas e os regimes de cumprimento, como se somente tal política fosse suficiente para resolver os males.

Não é recente o esquecimento do significado do termo ressocialização. O indivíduo, mesmo quando deixa o cárcere, permanece preso; refém de seu próprio passado, pois será eternamente julgado por um crime que cometeu, e pelo qual já respondeu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem deste trabalho teve como objetivo demonstrar a importância de ser discutido o Regime Disciplinar Diferenciado frente à realidade jurídica e social do Brasil, mostrando que não foi o referido instituto competente para minimizar os graves problemas enfrentados pelo sistema prisional brasileiro, pelo contrário, contribuiu significativamente para o aumento da revolta dos presos, culminando com diversas rebeliões.

No Brasil, a execução penal se tornou importante com a publicação da lei 7.210/84. Nesta lei foram dispostos o objeto e aplicação da referida lei; os direitos dos presos; bem como os órgãos que cuidam da execução penal.

No que diz respeito ao objeto da execução penal, viu-se que não foi cumprido de maneira satisfatória, pois não houve a efetivação dos dispositivos da sentença criminal, nem tampouco foram propiciadas as condições para o retorno do preso à sociedade. Dessa forma, não foi alcançado o sentido essencial da reinserção social, conforme o estabelecido na Lei de Execução Penal, que compreendia a assistência e a ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua integração.

A Lei 7.210.84 previu, ainda, os direitos dos presos. Porém, muitos desses direitos, alcançados com muitos esforços, foram usurpados com a implantação da lei 10.792, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto a esses direitos não existe muita discussão, pois se sabe que são violados constantemente, devido à falência do sistema prisional brasileiro. Como se não bastasse, quando conseguem se livrar do cárcere, os presos ainda têm que superar a discriminação de grande parcela da sociedade, missão talvez mais difícil do que a própria reclusão. Logo, fica quase impossibilitado de conseguir trabalho, tornando comprometida, com isso, a sua ressocialização.

Deve o Estado, agir não somente no momento em que o indivíduo comete o delito, aplicando-lhe a sanção, mas, principalmente, em propiciar meios para que este não infrinja a lei, e isto acontecendo, auxiliar na sua recuperação. Investir em educação, alimentação, moradia, segurança, etc., é bem mais interessante do que tratar das pessoas que já delinqüiram, visto que os custos são bem menores.

Os órgãos da execução penal poderiam constituir num meio bastante significativo para atenuar os problemas existentes dentro da execução da pena, mas ficam impossibilitados, muitas vezes, pela falta de estrutura.

A rigorosidade atual dispensada aos presos reconhecidamente perigosos, acontece principalmente em virtude do apelo da população, que se vê amedrontada com os altos índices de criminalidade. Como o Estado não tem suporte para punir todos aqueles que cometem crimes, nem muito menos para tratá-los, a sanção é aplicada somente a uma pequena parte deles, ferindo, dessa forma, o princípio da isonomia.

Ficou bem claro que vários dispositivos constitucionais foram infringidos, como também vários doutrinadores e autoridades judiciárias foram contra a permanência de tal regime.

O princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, foi absolutamente infringido, pois pode ser provada a inocência do preso provisório durante a instrução processual. A sanção aplica-se somente depois do cometimento de um fato que afirme ser o preso reconhecidamente muito perigoso.

Outro princípio violado foi o da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal também foi violado. Isso porque, essa modalidade de cumprimento de pena submete o ser humano a tratamento indigno e deveras cruel, uma vez que, além de atingir as condições físicas do preso, também incide sobre o aspecto psíquico, diante do isolamento prolongado. O Regime Disciplinar Diferenciado agride o corpo e a alma do apenado, não tendo o menor respeito com a dignidade pessoal.

O advogado, figura indispensável para que haja a aplicação da justiça, também teve alguns de seus direitos cerceados, dentre eles, ficou impedido de dispor do tempo necessário para manter contatos com seus clientes. Dessa forma, houve agressão ao artigo 133 da Constituição Federal, como também à lei específica que trata dos direitos dos advogados.

Diante do exposto, deve haver uma reforma no pensamento daqueles que editam as leis, pois se a situação continuar desse jeito, o Estado não terá como punir nem os presos mais perigosos, porque não terá mecanismos para isso. A responsabilidade por essa situação crítica em que se encontra a execução penal, deve ser imposta, além do Estado, a toda à população brasileira, pois foi ela que

escolheu os seus representantes.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmem Silva Moraes. *O Regime Disciplinar Diferenciado é um acinte*. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>. Acesso em 17 jun. 2008.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Alternativas do direito penal do inimigo*. Jus Navegandi. Teresina, ano 11, n. 1.319, 10 fev. 2007. Acesso em 20 jun. 2008.

BRASIL. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 1 ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2002.

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

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

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

BRASIL. Resolução SAP n. 26 de 04/05/2001.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 10 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

CUNHA, Rogério de Vidal. *O Regime Disciplinar Diferenciado, o simbolismo penal e o princípio da humanidade das penas*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>. Acesso em 16/06/2008.

DOTTI, René Ariel. *O novo sistema de penas. Reforma Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional?* Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 26 mai. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Natureza jurídica da execução penal* in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Execução Penal: mesas de processo penal jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *Breves notas sobre o Regime Disciplinar Diferenciado*. Jus Navegandi, ano 11, n. 1.400, 2 maio 2007. Acesso em 20 jun. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de; SMANIO. *Legislação penal especial*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Revista **Consultor Jurídico**. Edição do dia 16 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 30 mai. 2008.

ROURE, Denise de. *Panorama dos processos de reabilitação dos presos*. Revista CONSULEX. Ano III, n. 2, ago. 1998.

SOUZA, Cyliane Rodrigues de. *Regime Disciplinar Diferenciado: uma análise crítica voltada para os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.viannair.edu.br/revista/dir/down.asp>. Acesso em 15/06/2008.

TUCCI, Rogerio. In: *Boletim Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 140, julho/2007.

ZAFFARONI e PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANEXOS

LEI Nº 10.792, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2003.

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

"Art. 34.

§ 1º (parágrafo único renumerado)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios." (NR)

"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório

ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando." (NR)

"Art. 53.

.....
V - inclusão no regime disciplinar diferenciado." (NR)

"Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 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." (NR)

"Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei." (NR)

"Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado." " (NR)

"Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar." (NR)

"Art. 70.

I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; " (NR)

"Art. 72.

VI – estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar.

....." (NR)

"Art. 86.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

.....

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos." (NR)

"Art. 87.

Parágrafo único. 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." (NR)

"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes." (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do

processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor." (NR)

"Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (NR)

"Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

- I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;
- II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;
- III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;
- IV - as provas já apuradas;
- V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;
- VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;
- VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa." (NR)

"Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." (NR)

"Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas." (NR)

"Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam." (NR)

"Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente." (NR)

"Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo." (NR)

"Art. 193 Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete." (NR)

"Art. 194. (revogado)"

"Art. 195. Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo." (NR)

"Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes." (NR)

"Art. 261.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada." (NR)

"Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado." (NR)

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 5º Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

- I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;
- II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;
- III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;
- IV - 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;
- V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar." (NR)

Art. 6º No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-a ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas.

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

Art. 8º A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 Revoga-se o art. 194 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Brasília, 1º de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos