É melhor chamar de Regime Diferenciado da Desesperança

Recentemente, foi promulgada uma lei que alterou o Código de Processo Penal e, de quebra, modificando também a Lei de Execução Penal, instituiu entre nós o chamado RDD — Regime Disciplinar Diferenciado. Como outras tantas leis no Brasil, esta também foi ditada no afã de satisfazer a opinião pública e como uma resposta à violência urbana (ao menos no que concerne à alteração produzida na Lei de Execução Penal)[1].

Mais uma vez, utiliza-se de um meio absolutamente ineficaz para combater a criminalidade, cujas raízes, sabemos todos, está na desigualdade social que ainda reina no Brasil (apesar da esperança que ainda também nos resta). Efetivamente, nos últimos anos, temos visto várias leis criminais serem apresentadas como um bálsamo para a questão da violência urbana e da segurança pública, muitas delas com vícios formais graves e, principalmente, outros de natureza substancial, inclusive com mácula escancarada à Constituição Federal[2].

Como afirma Paulo César Busato, “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.”[3]

Efetivamente, há entre nós um mau vezo em se interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, ao invés do contrário, ou seja, procurar-se uma interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição Federal. O resultado, por óbvio, é desastroso, apesar de agradar a alguns (ora por ignorância, ora por conveniência). Pois bem: temos agora a Lei 10.792/2003 que, a par de trazer interessantes modificações na disciplina do interrogatório (como a exigência de defensor para o interrogando e a possibilidade de participação efetiva das partes), alterou a Lei de Execução Penal que, aliás, está fazendo aniversário de 20 anos (sem motivos, aliás, para comemorações).

Pela norma, estabelece-se que a “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol”.

Também por força da referida lei, o RDD “poderá abrigar presos provisórios (leia-se: aqueles ainda sem uma condenação definitiva e, portanto, presumivelmente não culpados, segundo a nossa carta magna) ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, bem como “o preso provisório (idem) ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”. O que seriam mesmo fundadas suspeitas? Afinal, a presunção constitucional não é a de não-culpabilidade? E o que seria mesmo uma organização criminosa? Como se

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

sabe, não há no Brasil uma lei que traga tal definição, ferindo-se, destarte, o princípio da legalidade, também de índole constitucional.

A inclusão no RDD será determinada por “prévio e fundamentado despacho do juiz competente”, a partir de “requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa”, sendo imprescindível a “manifestação do Ministério Público e da defesa”, devendo ser “prolatada no prazo máximo de 15 dias”. Pergunta-se: quem seria esta outra autoridade administrativa? O secretário de Estado da Justiça? O governador do estado? Estariam eles então, agora, a figurar como partes ou sujeitos do procedimento jurisdicional de execução penal?

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

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

Como afirma José Antonio Paganella Boschi, “a potestade punitiva encontra limites na aspiração ética do Direito (…), inclusive quanto ao processo destinado à imposição, quantificação e posterior execução das penas, matéria do CPP e da LEP.”[4]

O saudoso Norberto Bobbio afirmava que os “direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.”[5]

Por outro lado, continua o filósofo italiano, “(…) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”[6]

Mas, não é só.

Entendemos que o RDD também afronta a Constituição, agora o seu artigo 5º, XLVI, que trata da individualização da pena. Não se olvide que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com a garantia, por exemplo, da progressão de regime. Observa-se que o artigo 59 do Código Penal, que estabelece as

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

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

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

E conclui o autor: “De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.”[7] (grifos nossos).

Segundo o profesor peruano, Luis Miguel Reyna Alfaro, “*la individualización judicial de la pena a imponer, es uno de los más importantes aspectos que deben ser establecidos por los tribunales al momento de expedir sentencia. Sostienen por ello con absoluta razón ZAFFARONI/ ALAGIA/ SLOKAR que la individualización judicial de la pena debe servir para ´contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo`. Este proceso de individualización judicial de la pena es ciertamente un proceso distinto y posterior al de determinación legal de la misma que es realizado por el legislador al momento de establecer normativamente la consecuencia jurídica. Esta distinción es importante porque nos permite marcar la diferencia –a la que recurriremos posteriormente- entre ´pena abstracta` y ´pena concreta`. La primera está relacionada a la pena determinada legalmente por el legislador en el proceso de criminalización primaria, mientras la segunda se refiere a la pena ya individualizada por el operador de justicia penal, dentro del proceso de criminalización secundaria. Adicionalmente, ésta distinción ´pena abstracta- pena concreta` sirve para comprender que el proceso de individualización judicial de la pena es un mecanismo secuencial que pasa, en primer lugar, por establecer cuál es la pena establecida por el legislador para, en segundo lugar y sobre esos márgenes, establecer la aplicable al caso concreto y la forma en que la misma será impuesta. (…) Como se indicó anteriormente, el proceso de individualización judicial de la pena debe necesariamente encontrarse vinculado a los fines de la pena, lo que obliga a introducirnos al inacabable debate sobre el fin de la pena.*”[8]

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(grifo nosso).

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

Comentando o assunto, o mestre Tucci afirma que o RDD, “mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal, constituindo um autêntico **bis in idem**, uma vez tida a imposição da pena como ajustada à natureza do crime praticado – considerados todos os seus elementos constitutivos e os respectivos motivos, circunstâncias e conseqüências -, e à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente.”[9]

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

Como afirma Jose Luis de la Cuesta, “o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode–se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.” (grifo nosso, na tradução de Consuelo Rauen)[10].

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

Urge, pois, que encontremos uma solução intermediária que não privilegie o cárcere (muito menos a desumanidade no cumprimento da pena), nem espalhe a idéia da impunidade. Parece-nos que esta solução se encontra exatamente nas penas alternativas. É induvidoso que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma via crucis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de uma tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado.

Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

Em sessão realizada no dia 15 de agosto do ano de 2006, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, decidiu que o Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional. O julgamento foi proferido nos autos de um Habeas Corpus interposto pela defesa de Marcos Willians Herbas Camacho, o Marcola, apontado como líder da facção criminosa PCC — Primeiro Comando da Capital. Segundo o relator, desembargador Borges Pereira, o RDD “desrespeita os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.”[11]

Já no século XVIII, Beccaria, autor italiano, em obra clássica, já afirmava que “entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado” (Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 43).

Jean Paul Marat, em 1790, advertia que “*es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.*” (Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78). A preocupação, vê-se, é antiga.[12]

A propósito, e para ilustrar, transcrevemos um parecer exarado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária:

“*PARECER – RDD*

***1 – OBJETO**.*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Conforme deliberação tomada na 295ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, ficou decidido que o órgão deveria produzir um parecer, com o objetivo de perscrutar eventuais incongruências entre dispositivos da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003 e os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, no que diz respeito à instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, doravante denominado simplesmente RDD.

***2 – A SISTEMÁTICA DO RDD**.*

Conforme dispõe a Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, podem ser objeto de sujeição ao RDD todos os maiores de dezoito anos, privados legalmente da liberdade em razão de prática criminal, sendo indiferente tratar-se de preso provisório ou definitivo, nacional ou estrangeiro, exceção feita aos recolhidos em razão de medida de segurança.

São três suas hipóteses de aplicação: cometimento pelo preso de crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; Oferecimento, pelo preso, de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou; no caso de recair, sobre o preso, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A sanção decorrente será o recolhimento, em cela individual, por até 360 dias, com direito a visita semanal de dois adultos e número indeterminado de crianças, por duas horas e igual período diário de banho de sol. A sanção poderá ser renovada, em caso de nova infração, por igual período, até o limite de um sexto da pena do preso.

Sua aplicação dependerá de decisão judicial, garantido o contraditório entre Ministério Público e Defesa, mediante provocação de autoridade administrativa, notadamente de diretor de estabelecimento penitenciário. É permitida a inclusão cautelar em RDD por dez dias, por decisão administrativa.

3 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA:

3.1 – ANTECEDENTES

*O RDD, ora instituído por lei, descende daquele criado no âmbito da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo**[13]**, cuja violação ao que prevêem os incisos II e XXXIX do artigo 5º da Lei Maior já se mostrava flagrante.**[14]***

Na realidade, o Governo Federal vinha encetando tentativas de " legalizar" o RDD, tendo buscado fazê-lo por meio da Medida Provisória n. 28, de 04.02.2002, já sepultada.

O RDD atual, embora resulte das experiências anteriores e com elas guarde semelhança, é fruto de amplo debate parlamentar, ao qual acorreram diversos setores da sociedade civil, tendo a Comissão de Constituição de Justiça promovido várias audiências públicas para aquele fim, nas quais o CNPCP se fez representar.

Do ponto de vista formal, portanto, o novo instituto não parece padecer de vício, cabendo verificar, porém, se suas previsões esbarram nos direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal e por tratados que compõem o

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3.2 – DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Desde o surgimento do Estado moderno, encontra-se constitucionalizado o lineamento das regras pelas quais se admite a supressão da natural liberdade de locomoção da pessoa, pari passu à correspondente consolidação dos direitos e garantias do cidadão, tendentes a evitar o abuso do poder estatal em matéria tão delicada.

*No caso brasileiro, o artigo 5º da Constituição da República, nos incisos II, III, XXXV, XXXIX, XLVI, XLVII (alínea "e") e XLIX**[15]**, entre outros, cuida de estabelecer os padrões mínimos fora dos quais a privação da liberdade deve ser tida como ilegal, em face dos quais deve o RDD ser analisado.*

*No entanto, foi além a Lei Maior. Afinando-se com a crescente universalização das regras de direitos humanos, inovou ao introduzir os parágrafos 1º e 2º ao rol de direitos fundamentais, garantindo a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais e abrindo a possibilidade de incremento daquele rol, especialmente por força de dispositivos contidos em tratados do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.**[16]***

*Embora se trate de inovação em nosso país, a iniciativa seguiu o exemplo do artigo 16º, 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976**[17]**, mediante a qual ao elenco de direitos fundamentais adicionou-se uma "cláusula aberta", através da qual surgiu a possibilidade de buscar, fora do texto constitucional, formalmente considerado, outras previsões de direitos humanos.*

*Comentando o tema, o consagrado constitucionalista JORGE MIRANDA enfatiza que a citada norma da Constituição Portuguesa "aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material". Como conclusão, aponta para a "não tipicidade de direitos fundamentais". **[18]***

*É o que, mutatis mutandi, J.J. GOMES CANOTILHO**[19]** chama de "fundamentalidade material" das normas de direitos fundamentais, a significar que "o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade". Só a noção de que os direitos humanos são em essência constitucionais fornece suporte à abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, "direitos materialmente fundamentais, mas não formalmente".*

*Isso porque, como já evidenciava KARL LOEWENSTEIN, em seu clássico Teoría de la Constitución, os direitos humanos, em especial as liberdades individuais (direitos civis e políticos), formam o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional, encarnando a dignidade do homem. São, então, princípios de regência, superiores à ordem jurídico-positiva, mesmo quando não estejam formulados em normas constitucionais expressas.**[20]***

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

De seu pensamento decorre que a função do Estado de proteger e promover a dignidade humana, indica a impossibilidade de lhes conferir hierarquia outra que não a constitucional, mesmo quando provenham de tratados internacionais ratificados pelo país. Neste caso, verifica-se que o § 2º do artigo 5º reconheceu como fontes de normas de direitos humanos os princípios constitucionais e os tratados internacionais. Estes, se não se integram formalmente à Constituição, materialmente devem ser tratados como de hierarquia superior às leis ordinárias e equivalentes às previsões da Carta Política.

Graças a essa nova e abrangente concepção dos direitos fundamentais faz-se possível encontrar, para além dos dispositivos formalmente constitucionais, outros, com a mesma natureza jurídica – no aspecto material – dos primeiros, direitos esses dos quais pode o jurista lançar mão para verificar a constitucionalidade de dispositivos introduzidos por lei ordinária, como é o caso em apreço.

*Por fim, ainda que não se reconhecesse a natureza constitucional das normas decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil**[21]**, é inegável que a abertura introduzida pelo § 2º do artigo 5º serve, ao menos, para conferir maior clareza e precisão a dispositivos da Constituição Federal que não encontrem, no direito interno, a necessária complementação.*

É precisamente, o caso do inciso III da Carta de Direitos brasileira, eis que não se enxerga, na legislação complementar, definição do que seja "tratamento desumano ou degradante", sendo possível e necessário buscar alhures elementos que sirvam para dar a exigida "aplicação imediata" à norma constitucional, tal como determinado pelo § 1º do mesmo quinto artigo.

Portanto, para o que ora nos interessa, resta estabelecido que as eventuais incompatibilidades do RDD com a Constituição Federal também devem ser analisadas à luz do que dizem os tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, no âmbito das Nações Unidas, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, no da Organização dos Estados Americanos.

*Além daqueles, também servem para o mesmo propósito as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas**[22]**, que, embora não possam ser denominadas de "tratado internacional" no sentido estrito do termo, vêm sendo reconhecidas como meio de interpretação daqueles**[23]**.*

A esse respeito destaca o ex-Relator Especial das Nações Unidas para a Tortura, Sir NIGEL RODLEY, também professor da Universidade de Essex, em duas passagens:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

*“Embora nem toda norma (das Regras Mínimas) possa constituir uma obrigação legal, é razoavelmente claro que as Regras Mínimas podem servir de guia para a interpretação da regra geral contra tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Assim, o não cumprimento grave de algumas normas ou o não cumprimento generalizado de algumas outras pode bem resultar em um nível de mal-tratamento suficiente para constituir violação à regra geral.”**[24]***

E complementa:

*“As Regras Mínimas podem servir de guia para a interpretação da exigência geral do artigo 10 (1) do Pacto (Internacional dos Direitos Civis e Políticos) de tratamento humano e respeito pela dignidade humana, assim como em relação à exigência específica do artigo 10 (3) do Pacto que afirma que ‘O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros.’”**[25]***

Fica claro que as Regras Mínimas devem ser observadas não só pela boa vontade dos Estados de seguirem orientações da ONU, bem como porque vêm elas servindo de inspiração para a apreciação de denúncias de violação dos Direitos Humanos pelos órgãos do sistema internacional de proteção da pessoa.

*Veja-se que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em consonância com tal entendimento, cuidou de editar as “Regras Mínimas para Tratamento dos Presos no Brasil”, adaptação das Regras Mínimas da ONU à realidade nacional**[26]**. Da mesma forma, órgãos ligados à execução penal vêm se valendo das Regras Mínimas para disciplinar suas atividades.**[27]***

Assim colocada a questão, a constitucionalidade das regras do RDD deve ser aferida em face dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e daqueles que os complementam, notadamente os integrantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas.

4 – INCOMPATIBILIDADE ENTRE O RDD E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

4.1 – TRATAMENTO CRUEL, DESUMANO OU DEGRADANTE

Preocupação de todos os que lidam com o sistema carcerário é a saúde física e mental das pessoas confinadas, que, por configurar situação antinatural, pode agredir a personalidade do ser humano preso, o que contraria a finalidade da punição, hodiernamente tida como a associação entre a regressão ante o mal causado e a reintegração social do condenado, afastando o mal futuro.

Tal postulado tem como ideais subjacentes a noção de que toda ação estatal deve convergir para o bem comum, o que repele qualquer medida que venha a configurar a apropriação da vingança privada pelo ente público.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A supressão, pelo Estado, da liberdade natural do ser humano deve ser ordenada a fim de "aproveitar" o período em que a pessoa é afastada da sociedade para buscar dotá-la de meios tendentes a produzir sua ulterior reincorporação social harmônica.

*Assim é que a legislação aplicável à prisão sempre põe em destaque tal circunstância, o que se pode ver no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**[28]**, cujo artigo 10, incisos 1 e 3, destaca:*

"Artigo 10 – 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana; (…)

3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros."

*De forma análoga, dispõe o artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos**[29]**:*

"Artigo 5º – Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. (…)

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados."

Por fim, integrada a tal perspectiva, a Lei de Execução Penal, logo em seu artigo primeiro, enfatiza que "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Portanto, há evidente inter-relação entre a preservação da dignidade da pessoa presa e a finalidade ressocializadora da pena. Logo, o emprego de penas cruéis, desumanas ou degradantes, ou, pior, ao emprego de tortura, viola, a um só tempo, o direito individual do preso e o direito difuso de toda a sociedade de ver a atividade estatal empregada em algo que contribua para o bem comum. Daí porque a legislação universal proíbe o emprego daqueles métodos.

De início, ressurge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada, com o voto brasileiro, pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, que manifesta, de modo inaugural, em seu artigo V, que "Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante."

Dando prosseguimento ao preceito declarado em 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe que "Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes." (artigo 7º), assim como estabelece que o "regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros" (artigo 10).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Paralelamente, no âmbito do sistema regional americano (ou interamericano), a Convenção Americana de Direitos destaca: "Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes" (artigo 5º, inciso 2).

Caminhando na mesma direção, e inegavelmente inspirada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988, dispôs que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante". (artigo 5º, inciso III)

Como se vê, diversos substantivos são empregados para, de uma forma abrangente, proibir o emprego de meios que violem a dignidade da pessoa presa, seja por meio do cumprimento de "penas", seja no que diz respeito a "castigos", "tratamentos", "tratos", etc.

Desta forma, cuidando-se o RDD de uma sanção, vale dizer, de um castigo pela violação da disciplina penitenciária, sobre ele recaem as proibições legais, desde que sua sistemática viole a adjetivação "cruel, desumano ou degradante", comum a todas as normas mencionadas.

Buscando estabelecer com maior precisão que tipo de conduta estatal violaria a proibição de que se cuida, tratados internacionais mais específicos trouxeram, ao menos no que diz respeito à "tortura", claras definições.

*Assim é que, no âmbito das Nações Unidas, encontra-se a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**[30]**, cujo artigo 1º prescreve:*

Artigo 1º – Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

*Já no nível da Organização dos Estados Americanos, encontra-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**[31]**, cujos dizeres do artigo 2º estabelecem:*

Artigo 2º – Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Curiosamente, nenhum tratado internacional clarifica o que seriam "tratamentos desumanos ou degradantes". Mas as definições que empregam para a tortura permitem afirmar que, sendo esta um extremo, aqueles seriam uma versão mitigada daquela, dada sua menor intensidade.

*A respeito, RODLEY pontua que "a definição de tortura na Convenção regional (a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura) bem pode ser pensada como abarcadora da maioria de atos que noutros lugares poderiam ser tratados como tratamentos cruéis proibidos ("prohibited ill-treatment") que não chegam a ser tortura."**[32]***

Enquanto a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes proíbe, em seu artigo 3º, duas categorias de atos (definindo claramente apenas a primeira), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura parece reunir a ambas no que denomina "tortura", sendo que a parte final da definição trazida no artigo 2º corresponderia, grosso modo, aos tratamentos desumanos ou degradantes.

Indo adiante, o jurista citado destaca que não se chegou a uma definição precisa de tratamento desumano ou degradante, nem mesmo quais seriam os paradigmas para avaliação, caso a caso, de sua ocorrência.

Assim, a construção de critérios mais claros que permitam precisar a ocorrência de tratamento cruel, desumano ou degradante somente é possível com o auxílio das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, assim como pela construção casuística dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

No caso das primeiras, ressaltam os artigos 31 e 32 o seguinte:

*31. Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.**[33]***

32. 1) As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito, que ele está apto para as suportar.

2) O mesmo se aplicará a outra qualquer punição que possa ser prejudicial à saúde física ou mental de um preso. Em nenhum caso deverá tal punição contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.

3) O médico visitará diariamente presos sujeitos a tais punições e aconselhará o diretor, se considerar necessário terminar ou alterar a punição por razões de saúde física ou mental.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Como se vê, embora não totalmente proibido, o isolamento celular como forma de castigo é medida absolutamente excepcional e sua aplicação submete-se a acompanhamento médico estrito, tanto para permitir sua aplicação, quanto sua continuidade, aferindo-se diariamente, as condições de sanidade do preso.

Neste ponto reside grave entrave à adoção do RDD, uma vez que as Regras Mínimas restringem grandemente o emprego do isolamento como forma de castigo e, mesmo que se obedeça à previsão de acompanhamento diuturno do estado de saúde do preso, permanece vigente a regra geral de vedação da aplicação de castigo cruel, desumano ou degradante, como destacado no artigo 32 (2).

A questão da sanidade mental e física do preso mostra-se absolutamente relevante e, neste aspecto, a Lei n. 10.792/03 andou mal em não prever qualquer amparo médico ao submetido ao RDD. Ausente o acompanhamento médico, restaram violadas as Regras Mínimas e presume-se que a aplicação da segregação individual resulta em crueldade, desumanidade e/ou degradação da pessoa encarcerada.

Citando o caso Kröcher und Möller v. Switzerland, RODLEY apresenta a posição da Comissão Européia de Direitos Humanos a respeito do controle médico de isolamento celular, já manifestada em casos anteriores, segundo a qual "total isolamento sensorial somado a total isolamento social pode destruir a personalidade e constitui uma forma de tratamento que não pode ser justificada por necessidades de segurança ou qualquer outra razão."

*Conclui destacando que, para o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura, o isolamento pode, em certas circunstâncias, tornar-se um tratamento desumano ou degradante, devendo ser o mais breve possível. Reconheceu-se que prisioneiros de segurança máxima, presos na Espanha por períodos de um ano ou mais em regime de isolamento em " condições austeras de detenção, com pouco ou nada com que se ocupar, estiveram sujeitos a tratamento desumano.'"**[34]***

Em conclusão preliminar, a falta de previsão legal que garanta ao preso em RDD constante amparo médico, seja quanto a aspectos clínicos, seja quanto aos de ordem psiquiátrica, configura grave incongruência com as prescrições do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, portanto, com a própria vedação constitucional ao emprego de tratamento desumano ou degradante.

4.2 – DURAÇÃO, FINALIDADE E NECESSIDADE DO RDD

Em estrita conexão com o ponto anterior, no que se refere ao caráter excepcional do isolamento celular, resulta das normas que regem o tema que a aplicação daquela deve ser o mais breve possível, sendo fundamental observar a relação entre a duração da medida e sua finalidade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ao respeito, a organização não governamental britânica Penal Reform International, em publicação editada em conjunto com o Ministério da Justiça de Portugal, ressalta que: "De todas as formas de punição, o isolamento, talvez mais que qualquer outra, é a mais conhecida. (…) Embora as RM ***[35]*** *não proíbam expressamente o isolamento, elas claramente fazem dele uma forma de punição que só deverá ser utilizada rara e excepcionalmente. Na sua Observação Geral n. 20 (44), de 3 de abril de 1992, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas notou que um 'isolamento prolongado' pode violar a proibição de tortura. (…) Citando o caso Larossa v. Uruguay (Comunicação n. 88/1981), o mesmo órgão decidiu que o isolamento por mais de um mês era prolongado e violava os direitos do recluso a um tratamento digno."* ***[36]***

RODLEY, trazendo informações mais acuradas sobre o caso, destaca que Gustavo Larossa ficou detido por cerca de 6 meses, tendo sido autorizado a receber apenas uma visita no período. Foi também confinado numa ala do presídio conhecida como "La Isla", em que habitava uma pequena cela provida apenas de iluminação artificial.

Por tais motivos o autor lembra a decisão do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que assentou entendimento segundo o qual o confinamento solitário, especialmente se o preso restar incomunicável, pode acarretar atos proibidos pelo artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes). ***[37]****.*

RODLEY adverte que o isolamento pode configurar violação à norma, o que deve ser apurado casuisticamente, aí servindo de parâmetro, entre outros, a razoabilidade da medida. Destaca o autor: "Um fator que pode ser relevante é (verificar) se a aplicação do isolamento é mais extrema que o necessário para alcançar objetivos disciplinares razoáveis ou proteção do prisioneiro de outros reclusos." Além disso, importa saber se a aplicação do isolamento deu-se por um processo de decisão controlado, ou se se trata de mera arbitrariedade, ou mesmo vingança, do administrador penitenciário. Neste caso, a duração da medida é um fator relevante. ***[38]***

Pode-se inferir, pois, que a necessidade e a proporcionalidade da aplicação do isolamento constituem o divisor de águas entre o permitido e o proibido. Assim é que a questão fundamental deste aspecto é saber se a aplicação do RDD é a única saída possível, ou se há outras formas menos gravosas e prejudiciais ao preso de lidar com a questão.

Atendo-se ao caso brasileiro, o RDD foi instituído pela Resolução n. 26/01, da Secretaria de Administração Penitenciária, para fazer frente à sublevação simultânea de 28 unidades prisionais no Estado de São Paulo, por ordem do Primeiro Comando da Capital. Tal ato demonstrou o fortalecimento de organizações criminosas como o PCC, o Comando Vermelho, o Terceiro Comando, a ADA etc, sem dúvida uma situação grave a demandar atitudes compatíveis por parte do Estado.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O modus operandi de tais grupos se funda na facilidade de comunicação com o mundo exterior, seja para comandar operações criminosas de dentro do presídio, seja para criar uma rede de poder paralela dentro do próprio sistema carcerário.. A isso se soma a disseminação das organizações entre a população carcerária, seja pela coação e extorsão, seja pela sensação de pertencimento e proteção que o preso passa a vivenciar, fator relevante no ambiente penitenciário hostil, em que muitas vezes o Estado se mostra incapaz de proteger a vida do encarcerado.

Neste contexto, isolar os presos que lideravam tais facções parecia a solução mais natural e plausível, de modo a interromper a cadeia de comando e desarticular o movimento.

No entanto, o modo pelo qual isso foi feito, dadas as regras do RDD, seja pela sua longa duração (até um ano), seja pela forma de execução (isolamento celular com interrupção quase absoluta do contato com o mundo exterior), foi além do necessário e do permitido para contornar a situação.

A respeito do que fazer com presos difíceis e que causam transtorno, a obra "Administração penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos – Manual para Servidores Penitenciários", recentemente vertida para o português em versão patrocinada pelo Ministério da Justiça, destaca:

"Isolamento não é boa prática. Existem pelo menos dois modelos de gestão de presos violentos e presos que causam transtornos. O primeiro consiste em colocá-los em condições de isolamento, seja por si sós, seja com um ou dois outros presos. Nessa situação os presos passam todo o dia e toada a noite em sua cela. Nas condições mais extremas, eles não têm acesso a qualquer atividade ou estímulo externo e têm absolutamente nada para fazer. Esses presos poderão ter permissão para uma hora de recreação solitária em uma espécie de 'gaiola' vazia ao ar livre. Eles passam por uma revista íntima e são acorrentados cada vez que saem de sua cela. Em algumas jurisdições, os presos podem passar anos nesse tipo de regime. Esse método de lidar com os presos, por mais perigosos que sejam, não constitui boa prática e muitas vezes decorre da ausência de técnicas de administração penitenciária apropriadas." ***[39]***

Analisando-se a legislação brasileira, diz a Lei de Execução Penal que os presos deverão classificados, para orientar a individualização da execução de suas penas, daí decorrendo que nada impede o Estado de separa-los conforme seus antecedentes e periculosidade.

A separação de líderes de facções criminosas do restante da população carcerária e sua colocação em estabelecimentos de segurança compatível com sua periculosidade, mais que poder, é um dever estatal.

No entanto, isso não pode ficar apartado da consecução da finalidade primordial do cumprimento de pena, a reintegração social harmônica do condenado, como estabelece o artigo 1º da Lei de Execução Penal, em consonância com o artigo 10 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o 5º (6) da Convenção Americana de Direitos Humanos, o primeiro referindo-se à reabilitação moral do encarcerado e, a segunda, à sua reforma e readaptação social.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Entretanto, mesmo que o isolamento de presos de alta periculosidade fosse permitida pela lei, a norma que instituiu o RDD o fez como sanção pela prática de infração disciplinar grave, não como regime de cumprimento de pena, contrariando, aliás, sua própria denominação.

Desta feita, embora esteja encartado no Capítulo IV da LEP (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), o RDD, em princípio, não tem natureza jurídica de sanção, uma vez que não se destina a punir alguém por uma conduta específica, mas afastar certos presos do meio carcerário comum.

Talvez por isso reste patente o descompasso entre as circunstâncias mediante as quais um preso pode ser removido ao RDD (cf. item 2, supra) e os princípios que norteiam a aplicação de punições, tais como o da tipicidade estrita e proporcionalidade entre ação e sanção.

Quanto ao primeiro, já incorporado ao Direito Penal desde as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, parece evidente faltar elementos precisos na nova redação da LEP para caracterizar uma dada conduta como de extrema gravidade, a justificar o extremo castigo.

Das três hipóteses de aplicação do RDD, a primeira (prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas) é a única em que, talvez se fizesse possível vislumbrar uma ação, concreta e específica, capaz de ser provada e individualizada, caracterizadora de falta disciplinar grave, tudo de modo a permitir a aplicação da punição.

Os demais casos (presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando) são de uma imprecisão tal que configuram autêntica carta branca à Administração para aplicar sanções ao arrepio do Estado Democrático de Direito.

Na hipótese atinente a presos que "apresentem alto risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade" há evidente retorno ao Direito Penal de Autor (ou de Periculosidade), hoje inadmissível, na medida em que a aplicação da sanção decorre, não da realização de uma conduta típica e antijurídica, mas pela presumível ameaça que a pessoa representa, pelo simples fato de existir.

Neste sentido, ilustra a lição de ZAFFARONI e PIERANGELI:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

“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 freqüentemente, 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”.

E, mais adiante:

“Ainda que não haja um critério unitário acerca do que é o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e o reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o ‘ser ladrão’, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinqüente sexual etc.” ***[40]***

Quanto à outra previsão, ocorre violação ao princípio penal do non bis in idem, uma vez que se há suspeitas de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, sendo tal conduta, por si mesma, crime, o caso seria de noticiá-la à autoridade policial, não de aplicação de suposta sanção disciplinar.

Novamente, se a administração penitenciária suspeita que alguém integra, ou mesmo comanda, organização criminosa, nada impede que seja o preso removido para estabelecimento de maior segurança, em regime fechado, no qual sejam dificultadas suas atividades. No entanto, não há que se confundir este poder-dever estatal de classificar os presos, com a imposição de sanção, ainda mais em se tratando de mera suspeita.

Veja-se que o novo artigo 52, § 2º, da LEP conflita com o dizer do artigo 30 das Regras Mínimas, segundo o qual ”Nenhum preso será punido senão de acordo com os termos da lei e regulamento, e nunca duas vezes pelo mesmo crime”.

Além da violação à tipicidade, as previsões genéricas ora incorporadas ao artigo 52, caput e parágrafos 1º e 2º, da Lei de Execução Penal, colidem com a necessária proporção entre crime e castigo, na medida me que não há, na pseudo-sanção disciplinar ora criada, proporção entre a suposta falta disciplinar e a “punição” daí advinda.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Neste ponto, dizem os artigos 27 e 34 das Regras Mínimas, ao cuidarem do tema da aplicação de sanções disciplinares:

27. A disciplina e a ordem serão mantidas com firmeza, mas sem impor mais restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária.

34. As normas e o modo de utilização dos instrumentos de coação serão decididos pela administração prisional central. Tais instrumentos não devem ser impostos senão pelo tempo estritamente necessário.

Significa ter em mente que, para as Regras Mínimas, a sanção não deve exceder o estrito limite da necessidade que a administração do presídio tenha de restabelecer ou garantir a ordem e segurança, jamais permitindo que a punição se desvie do objetivo de reintegração social do condenado. No caso do RDD, a desproporção já referida e o desvio de finalidade do isolamento celular, o afasta da natureza jurídica de punição por comportamento irregular.

É o que também destaca o antes referido "Manual para servidores penitenciários":

"Uso mínimo de segurança máxima especial.

*Nos casos em que grandes números de presos forem alocados para instalações especiais de segurança máxima, existe o perigo de que, para muitos deles, essas condições sejam excessivas e desproporcionais à ameaça em potencial que eles representam. Como regra geral, os presos somente devem ser confinados a condições especiais de segurança máxima, nos casos em que seu comportamento tiver demonstrado que eles representam tamanha ameaça à segurança que a administração penitenciária não tenha outra escolha. Qualquer alocação de pessoas presas para essas funções deve ser por um período de tempo tão curto quanto possível e deve estar sujeita a uma revisão contínua do comportamento do preso como indivíduo."**[41]***

Bem por isso, o CNPCP já se posicionou quanto à desnecessidade do RDD, ainda o da Resolução SAP 26/01, o que foi objeto da Resolução n. 10, de 12 de maio de 2003, nos seguintes termos:

Relatado o tema, a Comissão reuniu-se e entendeu, na esteira da manifestação contida no MEMO/MJ/CNPCP/Nº 021/2003, que a instituição do chamado Regime Disciplinar Diferenciado, ou mesmo do Regime Disciplinar de Segurança Máxima, é desnecessária 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 n. 7.210/84.

Tendo em vista que a caracterização legal do RDD não estabeleceu elementos capazes de indicar uma proporção entre a violação da disciplina e a sanção decorrente, nem tampouco entre a ameaça e o período de isolamento, há o permanente risco dele ser sempre fixado pelo tempo máximo, rompendo com o comedimento indicado pelos artigos 27 e 34 das Regras Mínimas.

Neste contexto, a aplicação do RDD viola as previsões de tratados internacionais, especialmente os artigos 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 10 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que expressamente declaram ser o objetivo do cumprimento da pena a reabilitação

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

social do condenado.

Da mesma forma, o RDD desrespeita o princípio da legalidade estrita e da tipicidade em matéria penal, (Constituição Federal, artigo 5º caput e inciso XXXIX) ao permitir a aplicação de severa punição sem que, na maioria das hipóteses, exista uma conduta típica perfeitamente delineada, antes abrindo-se as portas para a remoção de arbitrária de presos para celas isoladas, não em razão do cometimento de infração disciplinar, mas por supostamente pertencerem a organizações criminosas.

Também feriu-se o direito à individualização da pena (previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal), pois a mesma pseudo-punição é aplicada a pessoas distintas e para fatos diferentes, embora, neste caso, reste a hipótese de o juiz, casuisticamente, temperar a duração do castigo.

Por tudo isso, o RDD é, na verdade, uma alternativa encontrada pelo Estado para, tentar enfrentar o crônico problema da permeabilidade dos estabelecimentos carcerários ao mundo exterior e à incapacidade da Administração de controlar o ambiente prisional, assim como a ineficiência do sistema no que diz respeito à separação dos presos conforme seus antecedentes, sua periculosidade e características pessoais, prevenindo a formação das ditas facções criminosas.

Na verdade, com o RDD criou-se o "regime fechadíssimo", a que fazia alusão ALBERTO SILVA FRANCO ao comentar o já referido modelo instituído pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, muito semelhante ao modelo adotado na Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Dizia o consagrado autor:

"Ora, a Resolução SAP-026/01 não interfere diretamente em regras de coexistência no interior da estrutura penitenciária; institui, em verdade, uma nova formatação do isolamento em cela, de modo a convertê-lo em mais uma etapa de cumprimento da pena privativa de liberdade: o regime fechadíssimo". ***[42]***

As sanções disciplinares têm finalidade e duração específicas no contexto penitenciário, conforme ressaltam os referidos artigos 27 e 34 das Regras Mínimas. Devem ser aplicadas para promover o restabelecimento da segurança e da boa organização da vida comunitária, sendo aplicáveis pelo tempo estritamente necessário para tanto.

Neste mesmo sentido vem entendendo este Conselho, tanto que, no artigo 28 das Normas Mínimas Brasileiras para o Tratamento de Presos, consolidou:

Art. 28. As medidas coercitivas serão aplicadas, exclusivamente, para o restabelecimento da normalidade e cessarão, de imediato, após atingida a sua finalidade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em conclusão, o RDD nada tem a ver com o escopo das sanções disciplinares, de caráter pontual e limitado a uma conduta específica. Revela-se uma tentativa de criar um regime de cumprimento de pena mais severo que o permitido pela legislação, de caráter cruel e desumano, violador da Constituição Federal e do sistema internacional de direitos humanos.

Abordando o Sistema Regional Americano de Direitos Humanos, publicação da Anistia Internacional ***[43]*** *lembra que a "Corte Interamericana de Direitos Humanos sustenta que 'o isolamento prolongado e a privação da comunicação' corresponde a tratamento cruel e desumano.****[44]*** *No caso Castillo Petruzzi e Outros v. Peru a Corte sustentou que uma sentença que iniciava com um ano de isolamento contínuo em cela solitária constituía tratamento cruel, desumano ou degradante, em violação ao artigo 5 º da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Comitê contra a Tortura, que visitou um Centro de Detenção de Segurança Máxima no Peru, onde líderes de um movimento de oposição armado cumpriam longas penas em completo confinamento solitário, constatou que a privação sensorial e a quase total proibição de comunicação correspondiam a tortura."*

De outro lado, se o objetivo pretendido é o de separar das condições carcerárias ordinárias presos de maior periculosidade, capazes de comandar ações criminosas de dentro das penitenciárias e de ameaçar outros detentos, para tanto já detém a Administração o poder/dever de separar presos conforme a sua periculosidade, decorre da própria LEP (artigos 5º e 6º), que estabelece o "programa individualizador da pena privativa de liberdade".

Portanto, se determinados presos são mais perigosos que outros, bem podem ser separados da maioria da população carcerária, não com a finalidade de sancioná-los, mas com a de garantir a correta execução da pena e de buscar meios de reintegrá-los harmonicamente à sociedade.

É o que, com precisão, asseveram BEATRIZ RIZZO, CARMEN SILVA DE MORAES BARROS E INÊS TOMÁS:

*"Assim, observados os dispositivos da LEP, como resultado de classificação e individualização (em razão da especificidade de cada ser humano), pessoas determinadas poderiam ser levadas a cumprir pena em unidades prisionais específicas. E isto é tudo quanto se pode admitir como 'diferenciação', nenhuma outra, forma, chame-se ela de 'peculiar', 'não discriminatória' ou de qualquer outro eufemismo, pode vigorar no que toca à disciplina e ao regime prisional, senão a prevista na LEP."****[45]***

Se, para tanto, mostra-se preciso isolá-los em presídios de maior capacidade de contenção, nada há na legislação que o impeça, desde que não haja violação à proibição da aplicação de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, recebendo tratamento diferenciado, adequado à suas particularidades, e tendo em vista o objetivo consagrado na privação da liberdade, a harmônica reintegração social do sentenciado.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Aliás, é o que recomenda o já referido ANDREW COYLE, em publicação do Ministério da Justiça, em que propõe a construção de pequenas unidades, para, no máximo, dez presos, dotadas de todos os meios de segurança disponíveis. Parte o autor da premissa de que é preferível o isolamento "em grupos" ao individual:

"A intenção é que, dentro de um perímetro seguro, os presos possam se movimentar com relativa liberdade dentro das unidades e ter uma rotina prisional normal. Nesse tipo de ambiente, as pessoas presas somente serão colocadas em isolamento quando tudo mais fracassar e, nesse caso, somente por um curto período de tempo." ***[46]***

4.3 – DIREITO À INFORMAÇÃO

Como forma de evitar que o isolamento celular faça cessar os vínculos do preso com a realidade que o cerca, fator essencial para garantir sua reintegração social, estabelece o artigo 39 das Regras Mínimas:

39. Os presos serão mantidos regularmente informados das notícias mais importantes através da leitura de jornais, periódicos ou publicações especiais do estabelecimento prisional, através de transmissões de rádio, conferências ou quaisquer outros meios semelhantes autorizados ou controlados pela administração.

Mesmo que incluído no RDD, não se pode manter o preso afastado do mundo exterior, para o qual retornará e com o qual mantém vínculos, sendo estes necessários à estruturação de sua personalidade.

Lembre-se que o modelo de RDD criado no Estado de São Paulo por norma administrativa chegava a determinar que o preso não tivesse qualquer notícia do meio exterior, salvo quando da realização de visitas, o que tornava o isolamento ainda mais desumano e cruel.

Felizmente tal dispositivo não foi reproduzido na Lei Federal n.10.792/03, mas há que cuidar para que sua regulamentação não incida no equívoco do precedente paulista.

5 – CONCLUSÃO*:*

Diante do quadro examinado, do confronto das regras instituídas pela Lei n. 10.792/03 atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado, com aquelas da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos e centrais aspectos, como a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, prevista nos instrumentos citados. Ademais, a falta de tipificação clara das condutas e a ausência de correspondência entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente, revelam que o RDD não possui natureza jurídica de sanção administrativa, sendo, antes, uma tentativa de segregar presos do restante da população carcerária, em condições não permitidas pela legislação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Brasília, 10 de agosto de 2004.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”

Por tudo quanto exposto, diríamos nós, o melhor seria cognominar o RDD de “Regime Diferenciado da Desesperança”, lembrando-se da advertência de Nilo Batista, comentando-o: “Quando os condenados começarem a se matar, saberemos muito bem, ´sem sentimentalismos feminis`, de quem é a culpa”[47].

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

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

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

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

[3] "Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo", **in** Revista de Estudos Criminais nº. 14, Porto Alegre: NOTADEZ/PUC/!TEC, agosto/2004, p. 145.

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

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

[6] Idem, p. 05.

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

[8] "*La individualización judicial de la pena. Especial referencia al artículo 46 CP peruano*", encontrado no site www.eldial.com – 13 de junho de 2005.

[9] Boletim do IBCCrim, nº. 140, julho/2004, p. 4.

[10] "Pena de morte para os traficantes de drogas?", publicado no Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, nº. 01 (maio de 2005), p. 04.

[11] Fonte: Revista **Consultor Jurídico**, 15 de agosto de 2006, por Fernando Porfírio.

[12] Leia-se Michel Foucault, no indispensável "Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões", Rio de Janeiro: Vozes, 1998, 18ª. edição.

[13] Resolução SAP n. 26 de 04.05.2001.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[14] Vide, a respeito, os artigos publicados na edição n. 123 do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (fevereiro/2003).

[15] Artigo 5º. (…)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XLVI – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (…);

XLVII – não haverá penas: (…)

e) cruéis; e

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

[16]

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[17] Diz o artigo 16°, 1, da Constituição da República Portuguesa: 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

[18] *Manual de direito constitucional.* 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v.4, p.152.

[19] *Direito constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 509.

[20]*Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel: 1986. p. 390.*

[21] É a posição do Supremo Tribunal Federal, para quem “Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (…) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da Constituição; (…). Habeas Corpus n. 73.044-SP, relator Ministro Maurício Correa. Julg. 19.03.96. DJ 20.09.96, p. 34.535. Outro exemplo desta interpretação é a que se vê no julgamento da ADIn n. 1.480-3 do Distrito Federal, em que o Supremo Tribunal Federal afastou liminarmente a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

aplicação da Convenção 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

Para aprofundamento do debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em face do direito interno, vide WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo, Malheiros, 1999.

[22] Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes, reunido em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social pelas suas resoluções 663C (XXIV) de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de Maio de 1977.

[23] Cf. sustenta a organização não governamental Human Rights Watch, trazendo como exemplo "a decisão do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas no caso *Mukong vs. Cameroon*, o qual cita várias violações das Regras Mínimas ao decidir que o denunciante foi sujeito a tratamento cruel, desumano e degradante. *Mukong v. Cameroon* (No. 458/1991) (10 de agosto, 1994), U.N. Doc. CCPR/C/51/D/458/1991." (http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos/fnotes.htm#N_14_)

[24] RODLEY, Nigel. *The treatment of prisoners under the international law*. Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 281 (Em inglês no original – tradução livre).

[25] Idem, pp 294-5.

[26] Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994.

[27] V.g. o Ofício Circular SAP/SG 005/2201 em que o Sr. Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, ao disciplinar o direito da família do preso de saber seu paradeiro, cita, expressamente, o artigo 44-3 das Regras Mínimas da ONU.

[28] Aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966.

[29] Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 – ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

[30] Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 – ratificada pelo Brasil em 28.09.1989.

[31] Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985 – ratificada pelo Brasil em 20.07.1989.

[32] Ob. cit. p. 52. (Em inglês no original – tradução livre).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[33] Dizem as Regras Mínimas Brasileiras: Art. 24. São proibidos, como sanções disciplinares, os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura.

[34] Ob cit. Pp. 296-7.

[35] Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros.

[36] Penal Reform International. *Dos princípios à prática – manual internacional para uma boa prática prisional*. Lisboa, Ministério da Justiça de Portugal, 1996. p. 53-4.

[37] Relatório do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, GAOR, 37ª Sessão, Comentário geral 20 (44).

[38] Ob. Cit., pp. 295-6.

[39] COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: Uma abordagem de direitos humanos – Manual para servidores penitenciários*. Londres, International Centre for Prision Studies – King's College London, Ministério da Justiça do Brasil e Embaixada Britânica – Brasília, 2004.p. 91.

[40] Zaffaroni, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. pp. 117-118 e 119.

[41] Ob. Cit. P. 90

[42] *Meia ilegalidade*. Boletim do IBCCrim, n. 123, fev/2003, p. 2

[43] Anistia Internacional. *Combatendo a tortura – Manual de ação.* Anistia Internacional, 2003. p. 150.

[44] Tal afirmação foi feita no julgamento do caso Velásquez Rodriguez v. Honduras, no parágrafo 187 da sentença. No mesmo julgado ressalta a seguinte passagem (parágrafo 156): "Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal. *Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No 4, párrs. 155-156.*

[45] *Bentham e o Eldorado*. Boletim IBCCrim, ano 11, n.º 123, fevereiro de 2003. p. 4.

[46] Ob. Cit. P. 92.

[47] Boletim do IBCCrim, nº. 135, outubro/2003, p. 02.

Date Created
16/08/2006

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.