A constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado frente ao Princípio da dignidade da pessoa Humana

The constitutionality of the Differentiated Disciplinary System against the Principle of the dignity of the human person

La constitucionalidad del Régimen Disciplinario Diferenciado frente al Principio de la dignidad de la persona Humana

O presente trabalho teve por escopo analisar a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando as divergências doutrinárias acerca do tema. O texto faz uma análise do conceito de Regime Disciplinar Diferenciado, bem como suas características e hipóteses de cabimento. Em seguida, é feita uma abordagem dos princípios constitucionais diretamente relacionados ao Regime Disciplinar Diferenciado. Através de métodos objetivos e de pesquisas bibliográficas, o artigo discorre a respeito da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, quando analisado em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, direitos e garantias fundamentais do preso

The present work had for scope analysing the constitutionality of the Differentiated Disciplinary Regime in view of the the principle of dignity of the human person, and shows some of the doctrinal divergences on the theme. The text analyzes the Differentiated Disciplinary Regime, as well as its characteristics and hypotheses of pertinence. Then the constitutional principles directly connected to the Differentiated Disciplinary Regime are approached through objective methods of bibliographic research. The article also brings up the constitutionality of the Differentiated Disciplinary Regime, when analyzed in conjunction with the principle of dignity of the human person and the fundamental rights and guarantees of the prisoner.

El presente trabajo ha tenido por objetivo analizar la constitucionalidad del Régimen Disciplinario Diferenciado frente al principio de dignidad de la persona humana, y demuestra las divergencias doctrinales acerca del tema. El texto hace un análisis del Régimen Disciplinario Diferenciado, así como de sus características e hipótesis de cabida. A continuación se hace un abordaje de los principios constitucionales directamente relacionados con el Régimen Disciplinario Diferenciado. Por medio de métodos objetivos y de pesquisas bibliográficas, el artículo discurre sobre la constitucionalidad del Régimen Disciplinario Diferenciado, cuando analisado en conjunto con el principio de dignidad de la persona humana, derechos y garantías fundamentales del prisionero.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Lei de Execução Penal. Regime Disciplinar Diferenciado. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sanção Disciplinar.

Autores:

Roney Tito Sampaio Rodrigues Guimarães

Graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2106.1).
Aprovado no XVIII Exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Email: roneytitosrg@gmail.com

Fernanda Cristina Pereira Mocho

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2015).
Aprovada no XVII Exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Email: fernandacristina.p@hotmail.com

Introdução

O regime disciplinar diferenciado foi instituído pela lei 10.792/03 e constitui uma sanção disciplinar para os presos que cometerem as infrações previstas no artigo 52 da Lei de Execução Penal, ou seja, que praticarem fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, aos que representarem risco à segurança da coletividade e ao próprio estabelecimento prisional, ou aos que estiverem envolvidos em organizações criminosas.

A referida lei foi criada com o objetivo de inibir a violência e as organizações criminosas, cujos líderes continuavam a comandar o crime, mesmo de dentro da prisão.

Entretanto, o regime disciplinar diferenciado vem sendo objeto de divergência no que tange a sua constitucionalidade, uma vez que, parte da doutrina entende que as medidas previstas pelo mesmo, colidem com os direitos e garantias fundamentais do detento, ferindo inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de uma sanção rígida que submete o preso a condições degradantes, mantendo-o isolado, sem contato com o mundo exterior. Além disso, fere um dos principais objetivos da pena, que é o de ressocializar o preso.

Necessário se faz refletir sobre o tema, visto que este tem grande relevância jurídica, por ser um tema atual, controverso, e reflete nos direitos fundamentais do preso e da própria sociedade, que cada vez mais vem sendo vítima da violência e do crime organizado.

Como metodologia de pesquisa utilizou-se do método de abordagem indutivo. A pesquisa foi abordada de forma exploratória, através de procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica, onde o universo da pesquisa foi delimitado, possibilitando basear-se na análise da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na presente pesquisa importou-se apresentar a origem, o conceito e as características do regime disciplinar diferenciado, bem como as hipóteses de seu cabimento. Em seguida, se fez necessário uma análise dos princípios norteadores da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Síntese da Bibliografia Fundamental

Do regime disciplinar diferenciado e sua origem

Em princípio, o Regime Disciplinar Diferenciado foi estabelecido no Estado de São Paulo, através da resolução nº 26 da Secretaria da Administração Penitenciária, em 2001, devido a uma rebelião ocorrida no início do mesmo ano, quando chefes de facções criminosas originadas dentro dos próprios presídios ordenaram rebeliões simultâneas de 29 estabelecimentos prisionais.

Em seguida, foi editada a Medida provisória nº 28 de 04 de fevereiro de 2002 que estabeleceu, em seu artigo 2º, o Regime Disciplinar Diferenciado como sanção disciplinar aos presos que praticassem crimes dolosos. Esta medida, entretanto, não foi aceita pelo Congresso.

Por fim, apenas em 2003, foi publicada a lei 10.792/03, incluindo o Regime Disciplinar Diferenciado no artigo 52 da Lei de Execução Penal, descrevendo, inclusive, as hipóteses e requisitos para a sua aplicação.

Um dos principais motivos que levaram à instituição do Regime Disciplinar Diferenciado pela Lei 10.792, em 2003, foi o grande tumulto causado devido aos homicídios de dois juízes das varas de execução criminal dos Estados de São Paulo e Vitória, supostamente a mando de Fernandinho Beira-Mar, detento, líder de uma das maiores facções criminosas do Brasil, e um dos maiores traficantes de armas e drogas da América Latina.

Conceito e características

O regime disciplinar diferenciado consiste em uma modalidade de sanção disciplinar, que pode ser aplicado ao preso provisório ou definitivo, nacional ou estrangeiro. Esta sanção tem como principal característica o isolamento do preso, ou seja, procura-se limitar e restringir a comunicação dele com o mundo exterior, de forma que ele fique em cela individual, pelo prazo máximo de 360 dias, podendo ser aplicada novamente até o limite de um sexto da pena.

Durante este período o detento terá direito apenas a duas horas diárias para banho de sol, sem poder se comunicar com os outros presos, e visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, durante duas horas.

Vale ressaltar, que esta sanção se dá por decisão judicial proferida por juiz de execução penal. O artigo 54, parágrafo 1º da LEP estabelece que, para a imposição do regime disciplinar diferenciado, será necessário um requerimento circunstanciado elaborado pelo estabelecimento ou outra autoridade administrativa, devendo sempre se observar o princípio do contraditório. Em seguida, cabe à autoridade judicial, dentro do prazo de 15 dias, prolatar decisão fundamentada. Contra essa decisão caberá interpor agravo à execução, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, com fulcro no artigo 197 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e súmula 700 do Supremo Tribunal Federal¹.

O professor Mirabete (2004, p. 149) explica que:

o RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regi-

me de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior.

Nessa linha, leciona o professor Damásio (2012, p.572):

Cumprir mencionar que a LEP, em seu art. 52, institui o regime disciplinar diferenciado (RDD), que consiste na obrigação de o preso (definitivo ou provisório) ser recolhido em cela individual, limitando-se suas saídas diárias e visitas semanais. Aqueles poderão ter até duas horas para banho de sol e estas permitem até duas pessoas (sem contar crianças) e não poderão ultrapassar duas horas. A imposição desse regime depende de decisão do juiz das execuções penais e poderá ter lugar, de acordo com a norma legal, sempre que ocorrer “a prática de fato previsto como crime doloso”, que provoque “subversão da ordem ou disciplina interna”. Também fica sujeito ao regime o preso que apresentar “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e aquele sobre o qual recaiam “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Hipóteses de cabimento

O regime disciplinar diferenciado terá cabimento em três hipóteses, previstas no artigo 52 da Lei de Execução Penal.

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: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

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; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

A primeira delas é quando o preso, em cumprimento de regime provisório ou definitivo cometer falta disciplinar grave que constitua crime doloso e cause subversão à ordem pública. Ou seja, não basta que o detento pratique crime doloso, mas também, será necessário que o mesmo gere um tumulto e um transtorno à organização e normalidade do sistema carcerário.

A segunda hipótese de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado é aos presos que apresentem risco à segurança da sociedade e do próprio estabelecimento prisional. Nesse caso, não é necessária a prática de um crime doloso, mas basta que o preso represente alto risco à sociedade a ao próprio estabelecimento carcerário.

O Regime Disciplinar Diferenciado é cabível ainda, quando houverem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do preso em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Para o professor Mirabete (2004, p.151), as duas últimas hipóteses mencionadas, que correspondem aos parágrafos pri-

¹ Súmula 700, STF: “É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.”

meiro e segundo do artigo 52 da Lei de Execução Penal, seriam inclusões cautelares do preso ao Regime, uma vez que têm por finalidade garantir as condições necessárias para o cumprimento da pena de forma que seja garantida a segurança do estabelecimento prisional e da sociedade, que estaria vulnerável se o custodiado permanecesse em regime comum.

Princípios constitucionais norteadores

Princípio da dignidade da pessoa humana

Tem previsão no artigo 1º, inciso III da CRFB/88, como um dos fundamentos da República, bem como no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Tal princípio é inerente ao Estado Democrático de Direito. Pode ser considerado um vetor a partir do qual todos os princípios e todo o ordenamento processual devem ser interpretados.

O princípio da dignidade da pessoa humana limita a atuação do Estado, que deve respeitar a esfera de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente aos indivíduos.

A dignidade da pessoa humana deve ser entendida como um direito inerente a todos os indivíduos, e o Estado tem o dever de garantir essa condição, possibilitando aos mesmos uma existência digna. Pode ser compreendida como um conjunto de direitos mínimos e essenciais que garantem uma vida digna ao ser humano.

No entendimento do jurista Luís Roberto Barroso (2009, 250-251):

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a idéia que informa, na filosofia, o imperativo categórico Kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se máxima de sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas não têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. (...) A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais.

Segundo o entendimento do Juiz Cunha Júnior (2009, p. 527-528)

A dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda a sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana. É uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Princípio do devido processo legal

O referido princípio encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LIV, que estabelece: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Este princípio garante a todos os litigantes um processo com todas as etapas previstas em lei, garantindo assim, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo no curso de um processo.

O devido processo legal representa um princípio-base, norteador dos demais princípios que devem ser observados no

processo, ou seja, do mesmo, decorrem vários outros princípios, como por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Princípio da individualização da pena

Este princípio tem previsão no artigo 5º, inciso XLVI, CRFB/88, que dispõe:

Art. 5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) Privação ou restrição de liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) Prestação social alternativa;
- e) Suspensão ou interdição de direitos

A aplicação da pena não pode se dar de forma genérica e igual para todas as pessoas. As características pessoais do indivíduo devem ser levadas em consideração quando a pena é cominada, quando a pena é aplicada e quando a pena é executada.

Existem três momentos de individualizar a pena. O primeiro deles é o da cominação legislativa, quando o legislador prevê crimes e comina suas penas.

O segundo momento é o de aplicação da pena, quando o juiz profere sentenças, fixando penas distintas para cada indivíduo, se valendo do critério trifásico. Desta forma, no momento de fixar a pena, ele levará em conta as características pessoais de cada acusado, como os maus antecedentes, a reincidência, circunstâncias agravantes e atenuantes *et cetera*.

O terceiro momento de individualização da pena é na execução. Neste momento, leva-se em consideração a natureza do crime, a idade e o sexo do apenado, conforme artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal.

Segundo o entendimento do professor Mirabete (2004, p. 48):

A individualização é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e disciplinam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização in abstracto), no plano judicial, consagrada no emprego do prudente arbítrio e discricção do juiz, e no momento executório, processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional, etc.

Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido na doutrina Alemã, e é adotado no ordenamento jurídico brasileiro para solucionar conflitos entre normas constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há hierarquia entre os direitos e garantias fundamentais. Desta forma, havendo um conflito entre eles, deve-se invocar o princípio da proporcionalidade para realizar uma ponderação de interesses, colocando-se os bens jurídicos envolvidos na balança, para verificar qual possui maior relevância em determinado caso concreto.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade é utilizado para buscar harmonizar a ordem jurídica, buscando-se um equilíbrio, de forma a sacrificar alguns direitos fundamentais em detrimento de outros de maior relevância.

Cabe salientar que, no Direito Penal adota-se também o princípio da proporcionalidade da pena, segundo o qual a pena deve ser proporcional ao delito praticado, não devendo haver excesso na aplicação da pena.

O professor Prado (2002, p. 120) estabelece que “deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio entre a gravida-

de do fato aplicado e a sanção imposta (poena debet commn-
surari delicto)”.
Sendo assim, a pena deve ser aplicada de forma pro-
porcional ao fato delituoso praticado, devendo ser adequada e
necessária.

Constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado frente ao princípio da dignidade da pessoa humana

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado com o ob-
jetivo de inibir o crescente número de organizações criminosas
e manter a ordem dentro do estabelecimento prisional, buscan-
do, desta forma, garantir maior segurança a este e à própria so-
ciedade. Entretanto, muito vem se discutindo a respeito de sua
constitucionalidade. Alguns autores e juristas entendem que o
referido regime é inconstitucional devido sua rigidez, violando
os direitos e garantias fundamentais do preso.

A corrente doutrinária que considera o Regime Disci-
plinar Diferenciado inconstitucional sustenta que o mesmo im-
põe pena cruel ao preso e fere sua integridade física e psíquica,
violando, desta forma, o princípio da dignidade da pessoa hu-
mana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.
Este princípio rege todo o ordenamento jurídico, uma vez que
a dignidade da pessoa humana é condição inerente a todo ser
humano, e o Estado tem o dever de garantir esta condição. Além
disso, o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal, assegu-
ra aos presos o respeito à integridade física e moral e o princípio
da dignidade da pessoa humana. Neste entendimento, o Regime
Disciplinar Diferenciado, ao estabelecer o isolamento do preso
pelo período de 360 dias, mantendo-o sem contato com o mundo
exterior, impõe pena cruel e desumana ao mesmo, o que é veda-
do pelo artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, bem como
pela Declaração Universal de Direitos do Homem, em seu artigo
5º. Desta forma, as medidas adotadas por este regime estariam
violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro argumento sustentado por alguns autores é de que
o Regime Disciplinar Diferenciado viola os princípios da indi-
vidualização da pena, uma vez que o artigo 5º, inciso XLVIII da
Constituição Federal, só prevê o cumprimento de pena em esta-
belecimentos distintos em razão da idade e sexo do detento, bem
como da natureza do delito, e da proporcionalidade da pena, pois
a pena aplicada seria desproporcional e excessiva.

Segundo a ilustre doutora Maria Thereza Rocha de
Assis Moura (2007, p.287):

O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime
disciplinar diferenciado viola a dignidade da pessoa humana,
que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito,
inscrito no art. 1º, inciso III, da vigente Constituição da República
(BRASIL, 1988). Mas não para por aí a inconstitucionalidade.
A Lei Maior assegura, como um dos princípios de suas relações
internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º),
estando disposto no art. 5.2 da Convenção Americana sobre
Direitos Humanos, em vigor no Brasil (...). O mesmo direito
está assegurado no art. 5º, III, da Constituição da República,
que também garante, dentre o rol de direitos e garantias fun-
damentais, o respeito à integridade física e moral dos presos
(art. 5º, XLIX). O regime disciplinar diferenciado representa
sobrepena cruel e degradante, que alvita o ser humano e fere a
sua dignidade, infligindo-lhe castigo físico e moral, na medida
em que impõe ao preso isolamento celular absoluto de vinte e
duas horas diárias durante um ano, prorrogável até 1/6 da pena.

Cabe salientar ainda, acerca da Ação Direta de Inconsti-
tucionalidade, nº 4162, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB
em face do Regime Disciplinar Diferenciado, por entender que

o mesmo viola diversos princípios constitucionais, sobretudo,
o princípio da dignidade da pessoa humana. A referida ação se
fundamenta no entendimento de que esta sanção submete o pre-
so a penas cruéis e degradantes, bem como viola os princípios do
devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, uma vez
que não há instauração de um processo regular.

Esta corrente entende também que, tal sanção, viola uma das
principais finalidades da pena, que é de ressocializar o preso, com
fulcro no artigo 1º da lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

Por outro lado, a corrente majoritária defende a consti-
tucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, sob o argu-
mento de que se deve preservar a segurança da sociedade, res-
peitando, desta forma, o artigo 6º, CRFB/88. O Regime disci-
plinar diferenciado não só preservaria a segurança social, como
também dos outros presos.

Como não há hierarquia entre os direitos e garantias
fundamentais, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade
para sopesá-los e decidir qual direito deve prevalecer, em um
eventual conflito entre eles. Deve haver uma ponderação de in-
teresses, para que se possa harmonizar o ordenamento jurídico.
Neste caso, o direito à segurança da sociedade e do próprio es-
tabelecimento prisional deveria prevalecer, por apresentar maior
relevância.

Não existem direitos fundamentais absolutos e, desta
forma, pode-se haver a relativização de alguns direitos para se
preservar outros de maior relevância. É o que ocorre no Regi-
me Disciplinar Diferenciado. Alguns direitos fundamentais do
preso são relativizados por um determinado período de tempo,
a fim de que se preservem os direitos fundamentais à vida e à
segurança da sociedade e até mesmo dos outros presos no esta-
belecimento prisional.

O professor Alexandre de Moraes (2014, p.30) entende:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e
garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º, CF,
não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo
da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para
afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por
atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a
um verdadeiro Estado de Direito.

Além disso, o preso submetido ao Regime Disciplinar
Diferenciado não ficaria exposto a tratamentos cruéis e desuma-
nos. O regime é apenas uma sanção disciplinar aplicada por um
determinado período para isolar o preso que represente perigo
à sociedade. Não havendo violação de seus direitos e garantias
fundamentais, e sim uma limitação, que é permitida, com base
no princípio da proporcionalidade, uma vez que os direitos fun-
damentais não possuem caráter absoluto.

Segundo o autor Pedro Lenza (2011, p. 977):

O direito a segurança também aparece no caput do art. 5º. Po-
rém, a previsão do art. 6º tem sentido diverso daquela do art.
5º. Enquanto lá está ligado à idéia de garantia individual, aqui
no art. 6º, aproxima-se do conceito de segurança pública, que,
como dever do Estado, aparece como direito e responsabilidade
de todos, sendo exercida, nos termos do art. 144, caput, para a
preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e
do patrimônio.

No entendimento do mestre Guilherme Nucci (2010
p.497-498)

Não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios,
com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. (...) Por
isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal
necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa,

sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. (...) Pensamos ser essa situação mais séria e penosa do que o regime disciplinar diferenciado.

Segundo o professor Fernando Capez (2012, p.411)

Entendemos não existir nenhuma inconstitucionalidade em implementar regime penitenciário mais rigoroso para membros de organizações criminosas ou de alta periculosidade, os quais, de dentro dos presídios, arquitetam ações delituosas e até terroristas. É dever constitucional do Estado proteger a sociedade e tutelar com um mínimo de eficiência o bem jurídico, pelo qual os interesses relevantes devem ser protegidos de modo eficiente. O cidadão tem o direito constitucional a uma administração eficiente (CF, art. 37, caput). Diante da situação de instabilidade institucional provocada pelo crescimento do crime de organizado, fortemente infiltrado no sistema carcerário brasileiro, de onde provém grande parte de crimes contra a vida, a liberdade e o patrimônio de uma sociedade cada vez mais acuada, o Poder Público tem a obrigação de tomar medidas, no âmbito legislativo e estrutural, capazes de garantir a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Prova da importância que nossa CF confere a tais valores encontra-se o art. 5º, *caput*, garantindo a todos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como no inciso XLIV desse mesmo artigo, o qual considera imprescritíveis as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Assim, cede de que não existem garantias absolutas, e que essas devem harmonizar-se formando um sistema equilibrado.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²:

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

Além disso, pode-se dizer que o regime disciplinar diferenciado não viola as garantias do devido processo legal, uma vez que o preso só será submetido a esse regime após a intima-

ção do Ministério Público, sendo-lhe assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, valendo ressaltar ainda, que o artigo 54, § 2º da Lei nº 7.210/84, estabelece um procedimento no qual se faz necessária manifestação do Ministério Público e da defesa antes de incluir o detento no regime. Não há o que se falar em violação ao princípio da proporcionalidade da pena, uma vez que a doutrina vem entendendo ser o Regime Disciplinar Diferenciado uma sanção adequada, proporcional ao mal praticado pelo agente (fato delituoso), e necessária para se preservar o interesse social, a ordem pública e do estabelecimento penitenciário.

Este é o entendimento do doutrinador José Paulo Baltazar Junior (2006, p. 112-115):

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

O regime disciplinar diferenciado também não viola o princípio da individualização da pena, uma vez que o referido princípio estabelece que a pena não deve ser aplicada da mesma forma para todos os presos. Ao aplicar a pena, o juiz deve analisar as características e peculiaridades de cada preso. Sendo assim, o regime não viola o princípio da individualização da pena, uma vez que o preso que represente alto risco à segurança da sociedade ou até mesmo dos outros presos, deve receber um tratamento diferenciado. Trata-se de uma medida cautelar, com a finalidade de manter o preso isolado por um determinado período nos casos previstos no artigo 52 da Lei de Execução Penal, para garantir a segurança da sociedade e do próprio estabelecimento prisional, não constituindo, desta forma, novo estabelecimento prisional.

Por fim, deve-se destacar que o Regime Disciplinar Diferenciado não viola o princípio da dignidade da pessoa humana e a vedação à tortura, previsto no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, uma vez que não submete o preso à sofrimento físico ou mental, não havendo o que se falar em tortura ou pena cruel e degradante. O referido regime tem como principal característica o maior grau de isolamento do preso e restrições ao contato com o mundo exterior.

Considerações Finais

Diante do exposto, conclui-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção disciplinar imposta aos presos que pratiquem fato descrito como crime doloso que ocasionem subversão da ordem e disciplina interna, ou que representem alto risco à segurança do estabelecimento prisional ou da própria sociedade, podendo ser aplicado ainda, ao condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas. O referido regime impõe ao preso um alto grau de isolamento, sem contato com o mundo exterior, limitando seus direitos e garantias fundamentais.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado com o objetivo de combater o crime organizado, trazendo maior segurança à sociedade e ao próprio estabelecimento prisional.

Entretanto, o mesmo vem sendo objeto de críticas e divergências doutrinárias, uma vez que a sanção imposta submete o preso a situações desumanas, ferindo sua integridade física e

² BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 40300/RJ, acórdão da 5ª Turma, Publicado no DJU em 22/08/2005, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4> > Acesso em 16/09/2015.

psíquica, violando direitos e garantias fundamentais do apenado, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. A corrente que defende a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado entende ainda, que tal sanção viola os princípios da individualização da pena, devido processo legal e proporcionalidade da pena.

Todavia, a doutrina e jurisprudência majoritária vêm entendendo pela constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que o mesmo é medida excepcional, a fim de resguardar o direito à segurança da sociedade e do próprio estabelecimento prisional. Além disso, o regime não viola completamente direitos fundamentais do preso, apenas os restringem por um determinado período de tempo ao manter o isolamento, não havendo o que se falar em pena cruel e desumana. O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção adequada, proporcional ao mal praticado pelo agente, e necessária para se preservar o interesse social, a ordem pública e do estabelecimento prisional.

Em nosso ordenamento jurídico, não existem direitos fundamentais absolutos. Sendo assim, havendo um conflito entre esses direitos, deve-se invocar o princípio da proporcionalidade para fazer uma ponderação de interesses, a fim de que se predomine o bem jurídico tutelado de maior relevância.

Desta forma, apesar de ainda não haver um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o entendimento majoritário é no sentido de que o regime disciplinar diferenciado pode ser considerado constitucional, com base no princípio da proporcionalidade, para preservar o direito à vida e à segurança da sociedade e dos outros detentos, bem como do próprio estabelecimento prisional.

Agradecimentos

Agradecemos ao Prof. Roney Rodrigues Guimarães pelas sugestões quanto a escrita do texto e ao Prof. João Batista Esteves pelas valiosas correções realizadas no Summary e no Resumen.

Referências bibliográficas

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, HC 40.300/ RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU, 22/08/2005.

Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4>> Acesso em 16/09/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: promulgado em 05 de outubro de 1988.

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

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA Júnior, Dirley da. **Curso de direito constitucional**: 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de (Coord.).

Críticas a execução penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: artigos. 1º a 120º**. 3. ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.