

O RDD e a falta de limites ao poder punitivo estatal

Carla Roberta Souza Nogueira

Sumário: 1 Introdução; 2 Do Regime Disciplinar Diferenciado; 3 Da inconstitucionalidade do RDD; 4 Do desajuste do RDD à função das penas; 5 Do direito penal de autor; Referências.

1 Introdução

Indagações diversas surgem a respeito do que fundamenta o direito do Estado de aplicar penas a determinadas condutas praticadas pelos indivíduos. Certo é que a fim de viabilizar a vida em sociedade, os homens estabeleceram entre si um pacto social, que criou a figura do Estado, e concedeu a ele certos poderes sobre o seu povo.

O fundamento do direito de punir do Estado prende-se ao fato de que, no momento em que estabeleceram este pacto social, os homens cederam uma parte de sua liberdade individual para que a segurança coletiva fosse mantida. De modo que nas palavras de Beccaria:

Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela (...). A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que desse fundamento se afaste, constitui abuso e não justa; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.¹

1BECCARIA. Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. P. 19.

Será que uma pena capaz de infligir tormentos causadores de danos psíquicos ao apenado a ela submetido, claramente em desacordo com a dignidade da pessoa humana, pode estar fundamentada no direito punitivo do Estado, a princípio oriundo do consentimento dos cidadãos que celebraram o pacto social?

2 Do Regime Disciplinar Diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado, ou simplesmente RDD, como é mais conhecido, teve sua origem motivada pela organização de facções criminosas, que praticavam variadas ações dentro de estabelecimentos penitenciários, principalmente o CV (Comando Vermelho) do Rio de Janeiro e o PCC (Primeiro Comando da Capital) de São Paulo.

Em um primeiro momento, este regime foi instituído pela Resolução nº 26, de 2001, no estado de São Paulo, com a intenção de combater as ações das organizações criminosas, sobretudo o PCC.

Diversos juristas criticaram fortemente a instituição do RDD pelo estado de São Paulo e questionamentos surgiram acerca da inconstitucionalidade da Resolução nº 26. Foi alegado que esta Resolução feria matéria relacionada à competência legislativa. A discussão foi levada à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu ser a Resolução Constitucional, uma vez que é permitido aos estados legislar sobre direito penitenciário. A situação foi definitivamente resolvida com a criação da Lei nº. 10.792/2003, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Nesta última, foi alterado o Art. 52, no qual também foram inseridos dois parágrafos.

O RDD trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, uma modalidade de pena a parte do regime progressivo, que figura como punição para faltas graves cometidas nos estabelecimentos penais.

O Art. 52 da LEP define que a prática de crime doloso, no interior de estabelecimentos penais, constitui falta grave, e, caso provoque subversão da

ordem e da disciplina internas, sujeita o preso - provisório ou condenado – ao RDD, sem prejuízo da sanção penal. A duração deste Regime Disciplinar Diferenciado é de trezentos e sessenta dias, permitida a repetição em caso de cometimento de nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. O RDD significa o recolhimento do preso em cela individual, visitas semanais de duas pessoas, com duração de duas horas, sem contar as crianças, saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

O parágrafo primeiro deste artigo dispõe que, além dos presos que praticarem crime doloso dentro de estabelecimentos penais, também estarão sujeitos ao RDD os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que representem alto risco para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Por fim, outra hipótese de inclusão de presos no RDD é que recaiam, sob o preso provisório ou condenado, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

3 Da Inconstitucionalidade do RDD

Desde que foi promulgada, a Lei nº. 10.792/2003 tem sido alvo de questionamentos acerca de sua (in) constitucionalidade, inclusive por parte da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), que em 21 de outubro de 2008, protocolou no Supremo Tribunal Federal, uma ADIN solicitando o fim do RDD.² No ordenamento jurídico brasileiro toda a legislação infraconstitucional retira seu fundamento de validade da Carta Magna. Isso quer dizer que, para ser considerada válida, uma lei ordinária deve seguir as leis e princípios contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e o Regime Disciplinar Diferenciado viola princípios constitucionais como o Princípio da

²CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. *OAB pede ao STF fim do regime disciplinar diferenciado (RDD) para presos infratores*. Disponível em www.jusbrasil.com.br/noticias/147516/oab-pede-ao-stf-fim-do-regime-disciplinar-diferenciado-rdd-para-presos-infratores em 14/10/2009 as 15:10h.

Legalidade, o Princípio da Presunção do Estado de Inocência e o Princípio da Humanidade.

A ofensa ao Princípio da Legalidade ocorre, no momento em que a Lei nº. 10.792/2003 faz uso de expressões imprecisas, que não encontram definição pacificada nem na doutrina e nem na jurisprudência. Por exemplo, o que seria “alto risco para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”? Ou ainda “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”? Não é possível definir de forma específica. Só para se ter uma idéia da falta de precisão, não há, em nosso ordenamento, nenhum conceito que defina a expressão “organização criminosa”. Curiosamente, apesar de existir uma Lei de Organizações Criminosas – Lei nº 9.034/1995 – ela não traz nenhuma definição de tal expressão. Isso é muito perigoso, pois, abre um leque de possibilidades de inclusão de presos no RDD e assim, na prática, qualquer preso pode ser abrigado pelo Regime Disciplinar Diferenciado. Para isso, basta o entendimento do Juiz da Execução no sentido de que existem fundadas suspeitas de estar o preso envolvido em organização criminosa, seja o qual for o significado jurídico das expressões “fundadas suspeitas” e “organização criminosa”.

O Princípio da Presunção do Estado de Inocência é postulado pelo Art. 5º, inciso LVII da nossa CR/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O RDD fere este princípio na medida em que permite que o preso provisório, portanto ainda inocente perante a ordem jurídica, seja incluído no RDD antes da certeza jurídica de sua culpa e do fim do devido processo legal. Ora, após o final do processo o preso pode muito bem ser considerado inocente. Ou seja, o RDD possibilita que uma pena, e cabe ressaltar uma pena cruel, seja aplicada a um sujeito que talvez nem seja culpado. Nesse caso, o Estado será (ir) responsável pelas sequelas mentais causadas ao indivíduo sujeito a este regime.

O RDD desconsidera o Princípio da Humanidade porque, de fato, pode produzir inúmeras sequelas mentais. Pois, o tratamento ao qual o RDD

submete os presos resulta na destruição psicológica do apenado. Imagine, por exemplo, um preso que cumpre uma pena de trinta anos de reclusão e passa seis anos sob Regime Disciplinar Diferenciado. Ele certamente apresentará graves distúrbios mentais, uma vez que o isolamento permanente tende a produzir o desequilíbrio nervoso. Na opinião de Maria Thereza Rocha de Assis “o Regime Disciplinar Diferenciado representa sobrepena cruel e degradante, que avilta o ser humano e fere sua dignidade”³. Isto jamais poderia ocorrer, já que a Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso III proíbe a submissão de qualquer pessoa à tortura, ou a tratamento desumano ou degradante.

Já no século XIX, foi constatado que o isolamento total contínuo gera drásticas consequências, pois na Prisão de Auburn, nos Estados Unidos, de oitenta prisioneiros isolados, com duas exceções, os demais morreram, enlouqueceram ou alcançaram o perdão.⁴

Justamente em razão da percepção dos malefícios das penas de isolamento contínuo é que isto foi modificado, foi criado o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade. Neste ponto o RDD representa significativo retrocesso, como será exposto adiante.

4 Do Desajuste do RDD a Função das Penas

Fosse pouco a visível inconstitucionalidade do RDD, para concluirmos pelo desajuste do mesmo a ordem jurídica nacional, ele não atende as funções da pena, que estão delimitadas pelo Art. 59 do Código Penal Brasileiro. O CPB adota a Teoria Mista das Penas. Sob o prisma desta teoria, a pena deve ser suficiente para retribuir ao indivíduo o mal causado por ele à sociedade e ao mesmo tempo para prevenir a criminalidade.

3MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a inconstitucionalidade da lei n° 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal*, Revista do Advogado, São Paulo, 2004.

4BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral*. 14ª edição. P. 134. São Paulo: Saraiva, 2009.

Assim, “a pena deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente”⁵. Esta primeira função é cumprida de maneira eficaz pelo RDD, contudo a função preventiva não é realizada. Há duas espécies de prevenção: a geral e a especial.

A prevenção geral tem como base a idéia de que a ameaça da pena intimida as pessoas a cometerem crimes. Isto novamente esbarra na falta de precisão da Lei nº. 10.792/2003. Afinal, que crime cometeram as pessoas sujeitas ao RDD? Quase impossível definir, por exemplo, no caso de quem está sob “fundadas suspeitas de envolvimento em organização criminosa”. Cabe ressaltar, ainda, que se o valor coercitivo da cominação de penas ou de sua efetiva aplicação em terceiros fosse tão grande assim, a criminalidade praticamente não existira.

Para que haja a prevenção especial é necessária a ressocialização do preso. E para isso, é imprescindível o convívio do mesmo com outros presos e com a sua família, o que é cerceado ao extremo pelo RDD. Outro fator importante para a ressocialização do apenado é o trabalho, que permite ao indivíduo o desenvolvimento de habilidades possivelmente úteis quando do fim da pena, no momento de encontrar um emprego. Entretanto, é negada ao preso sob RDD a possibilidade de trabalhar. É sabido que a ressocialização do condenado já é difícil no nosso sistema carcerário atual, bem degradante, nas condições impostas pelo RDD, a esperança ressocializadora inexistente.

Da maneira como é imposto, o RDD representa pena enquanto instrumento de dominação e não de ressocialização. O que significa tremendo retrocesso na seqüência de humanização das penas que não só o Direito Penal Brasileiro seguia, mas, sobretudo o Direito Penal Mundial.

Para citar um exemplo da tendência mundial de dar um tratamento humanitário aos presos, a ONU aprovou, em 1955, Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros. Entre elas, está a de número 32, letra a, que dispõe que as penas de isolamento não deverão nunca ser aplicadas, a menos

5 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

que um médico tenha examinado o preso e certificado por escrito a sua aptidão para suportá-las.

Ao analisar a Lei nº. 10.792/2003 sob o prisma do Código Penal Brasileiro, outro desajuste percebido é que ela constitui um *bis in idem*. Isso se deve à análise anterior, feita pelo juiz no momento da fixação da pena, da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, do comportamento da vítima, das circunstâncias agravantes e atenuantes, e das causas de aumento e diminuição da pena. Foi levando tudo isso em consideração que o juiz estabeleceu a pena a ser cumprida e o regime inicial das penas privativas de liberdade. Dessa forma, ao ser imposta outra pena no momento da execução, o agente está sendo julgado novamente pela mesma conduta, quando se tratar de preso condenado, que esteja sob RDD pelas hipóteses dos parágrafos primeiro e segundo do Art. 52 da LEP.

O RDD é, ainda, uma mácula no sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade e representa um retorno a experiências que deram errado. O sistema progressivo não foi estabelecido ao acaso, muito pelo contrário, depois de experiências fracassadas com outros tipos de sistema, como o de isolamento contínuo, é que surgiu e passou a ser aplicado, primeiro na Inglaterra e posteriormente na Irlanda. Nesta nova forma de organizar o cumprimento das penas, o comportamento do preso é um dos fatores condicionantes da progressão de regime. Apesar de não constituir um dos regimes do sistema progressivo, e sim simples punição, o RDD destrói o fundamento deste sistema; pois um preso que, por exemplo, já tenha condições de cumprir pena no regime semi-aberto, pode, por “fundadas suspeitas de envolvimento em organização criminosas” de repente se ver cumprindo pena em um regime que não combina com o propósito de ressocializar gradativamente o condenado, à medida que o mesmo progrida de regime.

5 Do Direito Penal de Autor

Além de contrariar a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código Penal Brasileiro, o RDD, retoma a teoria do direito penal de autor, proscria em um Estado Democrático de Direito. Essa teoria, aprimorada por Günther Jakobs, pauta-se por uma criminalização de pessoas, e não de fatos. Dessa forma, as penas são aplicadas por determinado indivíduo ser quem é, e não por qualquer fato que o mesmo tenha praticado.

Na interpretação de Luiz Flávio Gomes sobre o assunto, “*o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do estado, está em guerra contra ele (...)*”⁶, assim estaria justificada a crueldade com a qual os “inimigos” são tratados, pois o indivíduo que viola o contrato social, que não se permite ser membro do estado, não está protegido pela condição de pessoa, não é detentor de direitos processuais.

O direito penal de autor pode gerar dramáticas consequências, como a estigmatização de pessoas, ou mesmo de grupos sociais. Em última análise, poderia mesmo resultar em uma perseguição sem causa a determinados grupos, ou mesmo em um genocídio, a exemplo do que aconteceu durante a Segunda Grande Guerra.

No momento em que o Regime Disciplinar Diferenciado inclui os presos que representem “alto risco para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, há a criminalização de uma pessoa e não de uma conduta, o que era usual nos Estados Totalitários que aderiram ao Nacional-Socialismo, mas é totalmente inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, é incompreensível que alguém, que já se encontre preso e sob vigilância constante, possa oferecer tanto risco para a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, que precise cumprir parte da pena em isolamento contínuo.

6GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal do inimigo (Ou os inimigos do direito penal)*. Disponível em http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf no dia 27/08/2010, às 17:15h.

Talvez, esse regime seja apenas um paliativo para minimizar a falta de eficiência do sistema prisional brasileiro. Sucateado que está, atualmente, com excesso de presos, carência de pessoal especializado e estrutura física inadequada nas unidades penais.

No entanto, não é justo nem humano que os presos arquem com as consequências das falhas do Estado.

6 Conclusão

Em face de toda a exposição feita a respeito da inconstitucionalidade do RDD – por causa da violação aos Princípios da Legalidade, Presunção do Estado de Inocência e Humanidade –; da incoerência do Regime Disciplinar Diferenciado em relação às funções da punibilidade; da retomada por este regime de um antidemocrático direito penal de autor; faz-se totalmente válida a inferência de que esta pena ultrapassa os limites do poder punitivo do Estado.

Em nome da segurança os homens concordaram em abrir mão da menor parcela possível de sua liberdade e não de parcelas imensas. Não houve, em momento algum, concordância em ceder uma parcela de liberdade que comprometesse valores muitíssimo caros, como a dignidade da pessoa humana. Não há como pensar que o isolamento contínuo, cruel como é, seja pena englobada no rol das penas aceitas em nome da segurança coletiva.

Os limites do poder de punir estatal são desrespeitados quando as penas têm esse caráter cruel e desumano, pois ao Estado Democrático de Direito é vedado adotar penas com tais características, tanto no aspecto jurídico quanto no social. O que há, na realidade, é uma falta de limites ao poder punitivo estatal.

Pois, ainda que certas vezes a sociedade clame por penas rígorosas e exemplares, para crimes de grande repercussão midiática, por exemplo, no momento em que são colocadas como sujeito ativo no processo penal, as

peças, individualmente consideradas, passam a desejar todas as garantias que o Estado possa oferecer.

Desse modo, é necessária uma maior atenção aos limites do poder de punir que o Estado precisa respeitar. Afinal, o Estado existe para oferecer segurança ao seu povo, não só coletivamente considerado, mas também na medida da individualidade de cada um. E o que cada um mais deseja para si, é respeito à sua pessoa, aos seus direitos e à sua dignidade humana.

Referências

- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. P. 19.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. *OAB pede ao STF fim do regime disciplinar diferenciado (RDD) para presos infratores*. Disponível em www.jusbrasil.com.br/noticias/147516/oab-pede-ao-stf-fim-do-regime-disciplinar-diferenciado-rdd-para-presos-infratores em 14/10/2009 às 15:10h.
- DIÁRIO OFICIAL do Estado de São Paulo. Poder Executivo, Seção I. Volume 111 – Número 84 – São Paulo, sábado, 5 de maio de 2011. Resolução SAP – 026, DE 04-05-2001.
- GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal do inimigo (Ou os inimigos do direito penal)*. Disponível em http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/media/arquivos/ArquivoID_47.pdf no dia 27/08/2010, às 17:15h.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- JACKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo*. Trad. CALLEGARI, André Luis, GIACOMOLLI, Nereu José. Livraria do Advogado, 2005.
- LEI nº 9.034, de 03.05.95, publicada no DOU de 04.05.95, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm, no dia 26/03/2011, às 9:10h.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Este monstro chamado RDD*. Boletim do IBCCrim, nº. 135, outubro/2003, p. 02.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal*, Revista do Advogado, São Paulo, 2004.
- SILVA, Carolína de Souza e. A (in) constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2243> no dia 07/08/2010 às 9:30h.

VALAMIEL, Thales Nunes. *A Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD*. Monografia de Final de Curso, a ser apresentada à Faculdade de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte – UNI-BH, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Resumo: A partir dos fundamentos do direito de punir do Estado, será analisado o Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pela Lei nº. 10.792/2003, sob a ótica de uma inadequação deste regime à ordem jurídica brasileira. Esta análise visa à elucidação de alguns aspectos polêmicos desta Lei. O principal deles é a inconstitucionalidade da mesma, uma vez que ela viola importantes princípios constitucionais – Legalidade, Presunção do Estado de Inocência e Humanidade. O RDD não atende, sobretudo, às funções das penas, definidas pelo Código Penal Brasileiro e traz, para o nosso ordenamento jurídico, o direito penal de autor, inaceitável em um Estado Democrático de Direito, como o nosso.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado; Inconstitucionalidade; Pena.

Abstract: From the grounds of the right to punish the state, will be analyzed the Differentiated Disciplinary Regime, established by Law no. 10.792-2003, from the perspective of the inadequacy of this regime in the Brazilian legal system. This analysis aims to elucidate some controversial aspects of this law. The main one is the unconstitutionality, since this law violates important constitutional principles - Legality, Presumption of the Innocence Estate and Humanity. The RDD doesn't meets, especially, the functions of the sentences, defined by the Brazilian Penal Code and brings to our legal system, the criminal law of the author; this is unacceptable in a democratic state like ours.

Key words: Differentiated Disciplinary Regime; Unconstitutionality; Punishment