**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

O regime Disciplinar Diferenciado é instituto criado pela Lei 10.792/2003 que modificou a Lei de Execuções Penais, inserindo em seu artigo 53, o inciso V e criando, assim, uma nova modalidade de sanção disciplinar.

No ano de 2001, no entanto, após a mega rebelião ocorrida em 29 unidades prisionais paulistas, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo criou o REGULAMENTO DISCIPLINAR DIFERENCIADO através da Resolução nº 26, sendo que a finalidade da mencionada rebelião era chamar atenção da população e reivindicar melhores condições de tratamento para os presos.

Além disto, o PCC (Primeiro Comando da Capital), que comandou e protagonizou este movimento, tinha por objetivo denunciar os maus tratos Estatais, as arbitrariedades do sistema prisional e as condições subumanas em que viviam (e vivem!).

Foi, então, na tentativa de enfraquecer e desarticular as organizações criminosas envolvidas, dentre elas e principalmente, o PCC, através do isolamento e neutralização dos seus líderes, bem como a finalidade de acalmar a população e também revidar a desmoralização do Estado gerada por tais denúncias, que o Regulamento Disciplinar Diferenciado fora criado.

Contudo, a polêmica em torno do tema surge a partir daí, já que a resolução nº 26 não era o meio cabível para disciplinar matérias referentes à execução penal, principalmente porque seu conteúdo dizia respeito ao *jus libertatis* do cidadão.

Em 2003, após o assassinato do Juiz corregedor da Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente, a mando do PCC, instalou-se um sentimento de insegurança e vulnerabilidade social, sendo que a pressão popular era grande e reivindicava segurança pública além, também, de prevalecer o sentimento de vingança. Com base nisto e levando em conta a ausência do requisito de validade formal da resolução 26, a Lei ordinária 10.792/03 foi criada. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira (p. 12):

[...] A CF/88 não reservou a emenda constitucional ou mesmo lei complementar a disciplina da matéria de Execução Penal. Aliás, a própria Lei de Execuções Penais é lei ordinária (7.210/84), recepcionada pela CF/88 como tal [...] Portanto, é possível estabelecer o RDD via lei ordinária federal, sendo este o meio jurídico mais adequado [...]

O objetivo do instituto, portanto, é isolar os supostos líderes de organizações criminosas na tentativa de enfraquecer e desarticular estas organizações, sendo que a transferência de um preso, que pode ser condenado ou provisório, para o RDD poderá se dar em 3 hipóteses (estabelecidas no artigo 52, caput, e parágrafos 1º e 2º da LEP):

1-quando o preso, condenado ou provisório, cometer fato doloso configurado como falta grave que ocasione a subversão da ordem ou disciplina do presídio;

Verifica-se, de logo, violação ao princípio da presunção de inocência, já que o indivíduo preso provisoriamente e que, portanto, não teve sentença transitada em julgado sendo, desta forma, presumivelmente inocente, terá sua pena agravada e será submetido a um regime extremamente rigoroso e lesivo.

Vele frisar que o doutrinador Luiz Flávio Gomes (2006, p. 1) afirma que se esta hipótese respeitasse o prazo máximo de aplicação das sanções disciplinares como originariamente previa a Lei de Execução Penal não seria inconstitucional. Assim sendo, o referido autor:

Essa hipótese de RDD seria, em princípio, constitucional, até porque conta com certa correspondência com o isolamento já previsto na LEP, que decorre de um comportamento concreto do agente. Falamos em princípio (constitucional) pelo seguinte: se o juiz não fixar o prazo de duração do RDD de forma razoável, respeitado o limite original da LEP de trinta dias, parece não haver dúvida de que estamos diante de uma medida desumana, torturante e cruel (logo, inconstitucional). Fundamental é verificar a gravidade da infração cometida dentro do presídio. Se o agente está preso só se pode falar em sanção disciplinar por algo que tenha concretamente praticado dentro do estabelecimento penal. Nem o tempo de duração nem as condições de execução do RDD podem violar a dignidade humana. O RDD, na hipótese que estamos analisando, constitui conseqüência de um comportamento do agente. Funda-se, como se vê, no chamado Direito penal do fato. De qualquer modo, ainda que se admita essa hipótese de RDD como constitucional, sua aplicação prática (duração,modo de execução, condições de execução, etc.) não pode ser inconstitucional.

2- quando o preso, nacional ou estrangeiro, apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

3- quando recaírem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Ressalta-se nesta última hipótese que o preso não precisa ter cometido crime tipificado na Lei 9.034/95 que trata dos crimes de organizações criminosas, dando margem a uma aplicação dupla de pena, o que fere o princípio do *ne bis in idem.* Caso haja suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, o correto é que se abra novo processo contra este, sendo-lhe proporcionado o devido processo legal e onde será julgado como base no artigo 288 do Código Penal ou na Lei supracitada.

Verifica-se, também, que as duas últimas hipóteses de aplicação, também chamadas de RDD CAUTELAR, estabelecem uma aplicação baseada em suspeitas e na personalidade do agente, sem falar no emprego de expressões e termos vagos que dão ao magistrado um alto poder discricionário, podendo levar a uma aplicação arbitrária, injusta ou insegura do instituto o que caracteriza uma violação ao princípio da legalidade.

Constatamos, assim, um distanciamento do direito penal do fato, adotado pelo nosso ordenamento, e uma aproximação com o direito penal do autor, onde o se pune pelo que é e não pelo que fez. É importante frisar que a aceitação de um direito penal do autor nos faz retroagir até o nazismo de Hitler que punia os judeus, negros e homossexuais, simplesmente por serem judeus, negros e homossexuais, mesmo não tendo praticado crime algum.

Sobre o Direito Penal do Autor, Rogério Greco (2007, p. 394) ensina que:

[...] No direito penal do fato analisa-se o fato praticado pelo agente, e não o agente do fato; no direito penal do autor, o enfoque já não será precipuamente o fato praticado pelo agente, mas sim o agente que cometeu o fato. Nesta última hipótese, a pessoa do agente que é levada em consideração, a sua particular “forma de ser”.

[...]

Um direito penal exclusivamente do autor é um direito intolerável, porque não se julga, não se avalia aquilo que o homem fez, mas sim, o que ele é [...]

O RDD cautelar ainda apresenta clara violação ao princípio da Lesividade, já que, este institui a aplicação de uma pena com base em um FATO praticado contra bem jurídico alheio, o que não permite ser averiguado nesta hipótese de cabimento já que não existe nenhum FATO, mas tão somente “suspeitas de envolvimento ou participação”, além de “alto risco para a sociedade e ordem pública”.

O RDD caracteriza-se por ser um regime de cumprimento de pena mais rigoroso, justamente para evitar o contato com os demais integrantes da sua organização criminosa, tendo, portanto, como características:

1- duração máxima de 360 dias, podendo ser submetido ao regime novamente pelo cometimento de outra falta grave, sendo que no limite de até 1/6 da pena aplicada.

Antes da Lei 10.792/03 o prazo máximo de cumprimento de qualquer sanção disciplinar era de 30 dias, sendo razoável e suficiente para punir o detento infrator, sem causar-lhe tanto sofrimento, bem como consequências físicas e mentais a ponto de violar a sua dignidade, sendo que a referida Lei modificou a LEP, instituindo novo prazo de 360 dias prorrogáveis, para o cumprimento do RDD. Verifica-se que o detento poderá, então, passar mais de um ano em regime disciplinar diferenciado, caso reincida em nova falta grave.

Percebe-se, também, que a Lei 10.792/03 não estabelece quantas vezes caberá a reincidência do regime diferenciado, possibilitando tal aplicação infinitas vezes, o que viola a dignidade da pessoa humana.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana também é violado, pois passados 30 dias, como estipula a LEP, qualquer sanção disciplinar restritiva de direitos se torna insuportável e pode causar danos irreversíveis em qualquer ser humano.

2- recolhimento em cela individual.

O isolamento celular total do preso pode lhe gerar sérios danos mentais, principalmente se o tempo de duração do isolamento for longo. Especialistas afirmam que o ser humano é um animal social por natureza e, portanto, precisa estar sempre em contato com outros seres humanos, sendo que a proibição deste contato pode ocasionar efeitos psicóticos irreversíveis em qualquer pessoa (COSATE, 2007, p.9).

A Pastoral Carcerária Nacional (2006), após estudo realizado com detentos que foram submetidos ao RDD, afirma, com veemência, que:

“Encontra-se pessoas no limite de suas resistências psicológicas que “não agüentam mais o regime”, que pode fazer deles “mortos-vivos”. Há o perigo de que o RDD provoque doenças mentais e suicídios [...] Sabemos de, pelo menos, mais três casos de sinais de doença mental grave e três suicídios” [...].

Há, assim, uma caracterização de pena cruel, desumana e degradante o que representa grave violação aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana (fundamento e objetivo da Carta Suprema) e da Humanidade das penas.

Esta conseqüência do RDD gera, indiscutivelmente, uma dessocialização do indivíduo, principalmente porque, podendo ter obtido sérios danos mentais e, provavelmente chegado a um estágio de loucura, jamais poderá trabalhar novamente e assim ser reinserido na sociedade, sendo que, ainda que não tenha perdido o sentido totalmente as seqüelas deixadas pelo RDD, inclusive o sentimento de vingança e ódio, dificultarão um retorno ao trabalho digno, o que propiciará uma volta para o mundo do crime.

Conclui-se assim, que o grau maior de isolamento afasta e segrega ainda mais o indivíduo que acaba contraindo distúrbios psíquicos se tornando improdutível e inútil para a sociedade, além de estar contra ele também a cultura criminalizante do cárcere que, além de estigmatizar, desperta no indivíduo o sentimento de revolta que, sem dúvidas, contribui com a sua dessocialização.

Por estes motivos o Conselho Nacional de Política Criminal já se posicionou contrariamente ao RDD através da Resolução nº 08/04 e podemos constatar a dissonância com diplomas legais internacionais os quais o Brasil é signatário dentre eles as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Cosa Rica que proíbem expressamente a aplicação de penas cruéis, desumanas ou degradantes também rechaçada pela Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, inciso ILVII.

Neste sentido, o doutrinador Paulo Queiróz (2006, p.56) afirma que,

Exemplo de pena cruel/ degradante e, pois, inconstitucional, é o regime disciplinar diferenciado (Lei 10.792/2003), uma vez que, ao se admitir a possibilidade de isolamento do preso numa cela individual durante 360 dias até o limite de um sexto da pena aplicada, vedando, em caráter quase absoluto, qualquer possibilidade de contato com o mundo exterior, subtraindo-lhe, assim, direitos básicos, como o direito ao trabalho, ao exercício de atividades profissionais, desportivas etc. (Lei n. 7.210/84, art. 41), o Estado acaba por tratá-lo como não-pessoa ou como um animal qualquer, submetendo-o a um sofrimento absolutamente desnecessário e desumano. Aliás, fosse outro animal enjaulado, talvez se tornasse mais fácil percebermos, nesse autêntico “zoológico humano”, quão evidentes são os maus- tratos a que essas pessoas/animais são submetidas por seus donos. Parece óbvio, ainda, que essa nova modalidade de tortura física e psicológica, sem finalidade educativa alguma, frustra, claramente, os fins a que se propõe a Lei de Execução Penal, que já em seu art. 1º proclama que “a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”.

3- visitas semanais de duas pessoas, sem contar com crianças, pelo prazo de duas horas.

4- Banho de sol de duas horas diárias.

Quanto ao procedimento, a inclusão em RDD se dará por decisão judicial, sendo que haverá manifestação da defesa e do Ministério Público. Contudo, também poderá se dar de maneira preventiva em razão do interesse da disciplina e da averiguação de algum fato, quando o diretor do estabelecimento prisional é quem aplicará a sanção, não devendo o prazo de duração, neste caso, ultrapassar 10 dias. Esta possibilidade, no entanto, viola o princípio da presunção de inocência já que não haverá um procedimento administrativo de apuração dos fatos onde, inclusive, o réu poderá se defender. A Legalidade também é ferida aqui, pois o RDD preventivo contraria o artigo 54 da LEP que permite a inclusão de detento em RDD apenas por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

Observa-se posicionamento do STF em Habeas Corpus de número 96328/SP, afirmando a necessidade de instauração de procedimento administrativo antes de inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado, mostrando-se, assim, contrário à referida aplicação preventiva do instituto:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Condenação. Execução. Prisão. Regime disciplinar diferenciado. Sanção disciplinar. Imposição. Repercussão no alcance dos benefícios de execução penal. Indispensabilidade de procedimento administrativo prévio. Não instauração. Violação ao devido processo legal. Ordem concedida de ofício para que a sanção já cumprida não produza efeitos na apreciação de benefícios na execução penal. O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado.

(HC 96328, Relator(a):  Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010 EMENT VOL-02396-01 PP-00167).

A teoria que explica os fins da pena adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a Teoria Mista ou Unificada, sendo que esta é a junção da teoria absoluta com a teoria relativa, já que fala em RETRIBUIÇÃO E PREVENÇÃO. Assim sendo, Cezar Roberto Bittencourt (2006, p.105) explica que o objetivo do legislador foi, então, estabelecer uma pena com caráter realmente sancionatório/ punitivo, mas que fosse proporcional à responsabilidade do sujeito.

Assim sendo, as hipóteses de RDD cautelar já não respeitam a teoria imposta pelo legislador, pois não apresentam fatos concretos, ficando impossível mensurar a culpa do sujeito, já que, inclusive, não se tem nem certeza se realmente houve o cometimento de algum fato.

A Teoria Unificadora, através da sua característica preventiva, também prevê a função ressocializadora da pena que não ocorre em nenhuma hipótese de aplicação do RDD, como já visto.

Segundo a Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Günter Jakobs, existem dois direitos penais, sendo que um deve ser aplicado aos cidadãos (entendendo-se como estes também aquelas pessoas que, mesmo tendo cometido delitos, não demostram, durante o cumprimento de sua pena, que voltarão a delinqüir) e o outro deve ser aplicado aos inimigos (aqueles que mesmo cumprindo pena, continuam demonstrando, através de sua conduta, que não se arrependeram e pretendem voltar a delinqüir). Este último direito penal pode ser aplicado pelo estado desconsiderando qualquer direito que o sujeito tenha enquanto ser humano, não havendo, portanto, nenhum limite ao seu *jus puniendi*.

Sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, afirmam Hermínio Alberto Marques Porto e Roberto Ferreira da Silva (2009, p.641/642) que,

As bases postas pelo direito penal do inimigo ou de oposição também não delineiam um processo penal eficiente, sob o ponto de vista dos direitos humanos fundamentais. Fundamentam-se em uma Constituição autoritária, como as Cartas Absolutistas do Século XVIII, correspondem a um processo penal utilitarista e antigarantista. O acusado é visto não como sujeito co-atuante no processo, mas como mero objeto de inquisição, sem participação ativa. Tem como fim a prevenção contra possíveis criminosos, ou seja, os meros suspeitos de possíveis delitos, como os vadios e os ébrios, que recebem medidas de segurança sem ter praticado qualquer infração penal. O *direito penal do inimigo* constitui, igualmente ao *garantismo*, uma *ideologia destituída de validade objetiva*, mas diferente desse, sobretudo, porque *se volta ao controle de determinados comportamentos na prevenção dos delitos de forma arbitrária e desumana*, ou seja, *sem preservar os bens fundamentais da sociedade conquistados na história da humanidade*.

Verifica-se com isto, que o RDD, de fato, apresenta-se como direito penal do inimigo, já que o Estado pune de maneira desproporcional e arbitrária, sem respeitar os direitos do detento enquanto ser humano, bem como enquanto preso como impõe o artigo 38 do Código Penal que diz: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua dignidade física e moral”.

Aponta-se, também, a violação aos princípios da Individualização da Pena, na medida em que a progressão de regime não é cumprida, e da Igualdade, já que o RDD ocasiona distinção injustificada entre os detentos que se submetem a este regime especial e os demais detentos em regime de cumprimento de pena não especial, sendo que tal tratamento diferenciado, apregoado pelo RDD, como visto, não está em consonância com os ideais instituídos pela Carta Magna.

Há, ainda, violação do princípio da proporcionalidade, pois a proporcionalidade também se impõe como um mecanismo de aplicação do direito, já que para muitos doutrinadores, dentre eles o professor catedrático alemão Robert Alexy, cujo entendimento é o mais aceito e aplicado pelos Tribunais brasileiros, afirma-o como postulado normativo e não como principio, já que não apresenta conteúdo jurídico, pois não se refere a nenhum bem jurídico propriamente dito, apresentando-se, assim, como instrumento de resolução de conflitos entre princípios.

Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais estabelece a “Lei de Colisão” como solução para este conflito de direitos fundamentais, cujo fundamento principal é o sopesamento que, por sua vez, pressupõe a utilização da máxima da proporcionalidade (assim chamada por Alexy), levando em conta suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, o autor (2008, p.116/117):

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

E complementa (ALEXY, 2008, p.117):

“Visto que a aplicação de princípios válidos- caso sejam aplicáveis- é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos.”

Assim sendo e levando em consideração os ensinamentos do professor alemão, passa-se a análise do conflito entre o direito à segurança pública e o direito à integridade física, psíquica e moral do detento à luz da máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais.

A máxima parcial da adequação impõe que o meio utilizado (a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado) para se alcançar o fim desejado (desarticulação das organizações criminosas e consequentemente que a promoção da segurança pública) seja realizada de forma eficaz.

Contudo, no caso em estudo, verificamos que esta máxima não é satisfeita, já que continuamos sendo alvo constante da violência praticada pelas organizações criminosas que no comando do tráfico de drogas, permanecem extremamente fortes e estruturadas agindo dentro e fora dos presídios. Prova disto é o estudo realizado pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade de Cândido Mendes (CESC) apresentado pela Instituição Latina- Americana das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD) (2009, p.3) que revela a posição de destaque do tráfico de drogas no ranking dos crimes mais cometidos no Brasil.

[…]”51,3% dos presos brasileiros estão detidos pelos artigos 155 e 157 (furto e roubo) do Código Penal; o tráfico de drogas representa 16,3% dos casos. Sabe-se, entretanto, que nos grandes centros urbanos da região sudeste, o artigo 12 da Lei 6.368/76 já representa a maior causa de detenção entre os adultos: 50% dos presos adultos”.

Neste sentido afirma a socióloga Camila Caldeira Dias (2009, p.02):

Ele nunca foi capaz de atingir minimamente esse objetivo tanto que tais organizações permanecem extremamente fortes e os presídios em que o RDD é aplicado estão com a maior parte de suas vagas ociosas- o que se constitui um paradoxo, uma vez que o Regime não conseguiu efetivar o objetivo oficial para o qual foi criado e está sendo utilizado em escala muito pequena.

[…]

[…] O Centro de Readaptação Penitenciária (CRP) de Presidente Bernardes, por exemplo, dispõe de 160 celas individuais para aplicação do RDD, mas tem apenas cerca de 40 destas vagas ocupadas.

Temos, ainda, como comprovação da sólida estrutura das organizações criminosas, bem como da não promoção da segurança pública por meio da instituição do RDD, a mega rebelião de 2006 que atingiu 74 unidades prisionais, mostrando-se, assim, muito maior e mais organizada que a de 2001, antes da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, além das estatísticas que só mostram um aumento do número de homicídios de 1992 até 2007 (onde o Regime Disciplinar Diferenciado já estava sendo aplicado há 6 anos) e, consequentemente do enorme crescimento da violência em todo o Brasil.

Segundo o Ministério da Saúde, o Brasil tinha, em 2007, uma taxa de 25,4 mortes por homicídio a cada cem mil habitantes. Os homens apresentavam uma taxa (47,7) consideravelmente superior à das mulheres (3,9). Houve um incremento de 6,2 óbitos por homicídio por 100 mil habitantes entre 1992 e 2007, mais acentuado para o sexo masculino. (IBGE- 01 DE SETEMBRO DE 2010).

Vale dizer, ainda, que o período em que os líderes das organizações criminosas permanecem incomunicáveis não gera ausência de liderança porque sempre terão outros integrantes de outros escalões para substituí-los com eficiência, prova disto é o comércio do tráfico que nunca consegue ser extinto mesmo com os líderes submetidos ao regime diferenciado.

Pode-se dizer que, na verdade, o RDD causa um efeito inverso em relação à sua finalidade de enfraquecimento das organizações criminosas, visto que, os detentos que conseguem sair sem grandes danos de lá, retornam muito mais fortes aos olhos dos demais membros da organização, fortalecendo e não enfraquecendo o seu poder e comando sobre os demais. Assim afirma a já mencionada mestre e doutoranda em sociologia Camila Caldeira Nunes Dias (2009, p.3):

[…] “o RDD fortalece o carisma daqueles que por ele passam e que conseguem manter a saúde física e mental mesmo diante de tão severas condições de existência. Esses indivíduos passam a ser admirados pela massa carcerária, reforçando sua capacidade de controle dos mesmos”.

Levando em conta, portanto, a ineficiência do instituto, visto que não consegue atingir sua finalidade de desarticulação e enfraquecimento das organizações criminosas, conclui-se que não é aceitável nenhuma das hipóteses de aplicação prevista na Lei 10.792/03, ainda que, hipoteticamente, respeitem o prazo máximo de duração estabelecido originariamente pela LEP de 30 dias, isto porque o isolamento do detento, e líder da organização criminosa que se quer combater, não alcança a finalidade acima mencionada nem por tempo superior a este, quisá pelo período de apenas 30 dias. Uma eventual permissão para aplicação do RDD sancionatório nos moldes da Lei de Execução Penal, será justificada por outra finalidade que não a de combater as organizações criminosas no intuito de promover a segurança pública.

A máxima parcial da necessidade, por sua vez, refere-se a existência de outros meios, igualmente eficazes, para se alcançar o fim almejado. Assim, não obstante a constatação da ineficácia do meio, existem outros que, além de alcançar o fim (serem eficazes), não violam o principio da dignidade humana, dentre eles: a implementação dos Direitos Sociais, principalmente, o direito à educação; o investimento em políticas eficientes de combate ao uso de drogas, pois se trata basicamente da principal fonte de sustento e financiamento da maioria, bem como das mais importantes organizações criminosas, dentre elas o PCC, além do cumprimento real e efetivo da LEP que, segundo o parecer do Conselho Nacional de Política Criminal (2005, p. 14/15), por si só já conseguiria garantir a segurança púbica.

“A medida 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 7.210/84”.*

O Regime Disciplinar Diferenciado também não satisfaz a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de realização do direito à segurança pública não justifica a restrição do direito à integridade física, psíquica e moral do detento, já que não há nenhuma realização ou sequer benefício do direito à segurança.

Constatando-se que o meio não é adequado, nem necessário, nem proporcional em sentido estrito para se alcançar determinado fim, verifica-se uma ilegalidade e, portanto, impossibilidade de aplicação deste meio, sob pena de inconstitucionalidade. Neste sentido Robert Alexy (2008, p.117) afirma que, “o que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade”.

Assim sendo e levando- se em consideração a máxima da proporcionalidade, no confronto entre os direitos fundamentais a seguir: à segurança pública (Art. 5º, caput/CF) e à integridade pessoal do detento (art. 5º, inciso 49/CF), prevalecerá o direito à integridade física, psíquica e moral do detento.

É importante ressaltar, que, mesmo diante da ineficácia do Regime Disciplinar Diferenciado, este continua sendo aplicado pelo Poder Público, o que nos leva a perceber a existência de um outro interesse estatal em mantê-lo. Desta forma, percebe-se que o RDD é utilizado como instrumento de barganha pelo Estado em relação aos presos, que através de ameaças tentam conter as ações das organizações criminosas, como explica a socióloga Camila Caldeira Nunes Dias (2009, p. 3): “Em termos práticos, o RDD aparece atualmente como elemento de barganha que possibilita ao Estado instituir acordos para limitar o poder das facções […] evitando que os problemas deste setor atinjam a opinião pública”.

Contudo, nem mesmo esta tentativa de controle por meio de ameaças (o que evidencia mais ainda o quanto o instituto é violento e danoso a ponto de provocar temor) apresenta eficácia, já que referidas ameaças geram represálias na forma de atentados como o que ocorrera dia 07 de setembro de 2009 na cidade de Salvador, em razão da transferência do traficante Cláudio Campanha para o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo resultado no ataque a quatro módulos policiais e dois ônibus incendiados, além de ocasionar mais violência:

No telefonema, ele (Campanha) dava ordem de retaliação devido à transferência, mas não foi feito nenhum sistema de segurança à altura”, afirmou. De acordo com outro policial que também pediu anonimato, os carros usados nos ataques desta segunda teriam sido roubados domingo à tarde e a polícia já teria tido informações de que homens trafegavam com armamento pesado. “Isso foi programado pelo crime organizado”, disse o PM. (JORNAL A TARDE, 07/09/2009)

Uma outra finalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, e esta, por sua vez, consegue ser eficaz, é transmitir à sociedade a ilusão de que se está fazendo algo para controlar a situação e passando a idéia de segurança pública, além de dar a esta o retorno que desejam que é o emprego de sofrimento e desconsideração total da dignidade humana dos presos.

No contexto atual, no qual o paradigma da “recuperação” do criminoso é substituído por uma concepção meramente repressiva, com forte apelo punitivo altamente emotivo da opinião pública, o RDD constitui-se como tecnologia de controle, fundada na incapacitação e segregação do indivíduo preso, ao mesmo tempo que funciona como medida expressiva, eficaz na transmissão da ilusão de que algo está sendo feito. Desta forma, aparece como resposta positiva do Estado aos apelos da sociedade no sentido do endurecimento penal, independentemente dos resultados que produza, de fato. (DIAS, 2009, p.01)

Sobre o sentimento e a necessidade de vingança e sofrimento do preso pela sociedade, Beccaria (1983, p.43) acrescenta:

[…] “Homens que têm sentidos iguais e paixões iguais sentem prazer em considerá-los criminosos, comprazem-se com seus tormentos, retalham-nos com ar solene, aplicam-lhes torturas lentas e os entregam ao espetáculo de um proviléu fanático que goza com as suas dores”.

Portanto, a sociedade, desvirtuada do real sentimento de justiça que, por sua vez, existe na comunidade jurídica (ou pelo menos, que deveria existir), estudiosa e sabedora da importância dos direitos humanos, visa o sofrimento e a punição destes indivíduos como se não fossem seres humanos, sem atentar para o fato de, com isto, estar se posicionando como o algoz e criminoso, já que se estará fazendo com os detentos o mesmo que este fez com suas vítimas. Tratando o preso como se fosse o inimigo da sociedade, usando do discurso da reinserção do preso a sociedade como sendo um dos objetivos do Estado. Pura falácia.

Assim sendo, posicionando-se a favor da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado cita-se grandes doutrinadores, dentre eles o jurista e professor Rômulo de Andrade Moreira (2006, p.8):

Diante destas considerações, entendemos que os artigos que tratam do Regime Disciplinar Diferenciado não devem ser aplicados, pois, apesar de normas vigentes formalmente (porque aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Poder Executivo), são substancialmente inválidas, tendo em vista a incompatibilidade material com a Constituição Federal.

Ainda, o doutrinador baiano Paulo Queiróz (2006, p.386),

[...] “Trata-se, evidentemente, de pena cruel e degradante, que atenta contra a dignidade da pessoa humana, logo inconstitucional, além de não ter finalidade educativa alguma, que frustra assim, os fins a que se propõe a Lei de Execução Penal (art. 1º)” [...].

Verifica-se, também, julgado em HC 978.305.3/0-00 da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, demonstrando conhecimento e respeito pela Constituição Federal do Brasil, além do verdadeiro sentido de justiça, profere a seguinte decisão:

ACORDAM**,** em 1a Câmara do 1o Grupo da Seção Criminal, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM COM O FIM DE DETERMINAR A IMEDIATA REMOÇÃO DO PACIENTE DO "REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO", COM RECOMENDAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

[...]

O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à saciedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor.

[...]

É evidente a inconstitucionalidade da lei, *que* instituiu o referido RDD, impondo-se o reconhecimento da ilegalidade da medida adotada contra o paciente, e a concessão do "wrif”, a fim de que o reeducando seja imediatamente removido do "regime disciplinar diferenciado" a que foi transferido.

Conclui-se, portanto, que a instituição e aplicação do Regime Disciplinar é inconstitucional, na medida em que a Lei 10.792/03, encontra-se em desarmonia com o principal objetivo e fundamento constitucional que é o respeito e a promoção da Dignidade da Pessoa Humana, violando, ainda, os princípios implícitos e explícitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, além de estar em desconformidade com o artigo 59/CP e de configurar hipótese de Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Autor.