

O RDD COMO PARADIGMA BRASILEIRO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

*Themis Maria Pacheco de Carvalho**

RESUMO: O presente artigo tem a pretensão de analisar como a aplicação das regras do Regime Disciplinar Diferenciado –RDD - configura violação aos fins da pena previstos na legislação brasileira, assim como, confronta ainda com os princípios vigentes em um Estado democrático de Direito levando a aplicação de um Direito Penal cada vez mais rigoroso e direcionado a uma especial classe de delinquentes que são considerados “inimigos” e a quem não assiste qualquer direito ou respeito e de como tal modelo é equivocado na busca pelos fins a serem obtidos com o cumprimento da pena privativa de liberdade que, no caso, é transmutada de ressocializadora para incoizadora.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal do Inimigo, Regime Disciplinar Diferenciado, Cidadão, Pena, Liberdade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações acerca do Direito Penal do Inimigo. 3. O inimigo na execução penal brasileira. 4. As alterações da Lei 10.792/2003 que introduziram as regras do RDD. 5. A evidente inconstitucionalidade das regras do RDD. 6. O conflito entre as regras do RDD e os Princípios Básicos para o tratamento das pessoas presas. 7. Conclusão.

1. Introdução:

O penalista alemão Günther JAKOBS considera que existem dois Direitos penais; um, é o Direito penal do cidadão, o outro, é o Direito penal do inimigo. Segundo JAKOBS, “o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos”¹. O Direito penal do inimigo é, portanto, um Direito penal que somente coage ao autor de delitos, não possuindo outra determinação que não seja sua exclusão. E o inimigo,

*Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Diplomada em Estudos Avançados (DEA) pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha-Espanha, themis@mp.ma.gov.br.

¹ JAKOBS. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, in *Derecho penal del enemigo* 1ª ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 2003, p. 33.

segundo JAKOBS, é “quem persistentemente delinque uma e outra vez, sendo seus delitos mais que bagatelas”² e, como tal, não tem direitos, devendo somente ser excluído do universo social e, assim, ficar sujeito a um regime de penas que não respeita os princípios vigentes em um Direito penal democrático.

2. Considerações acerca do Direito penal do inimigo:

A respeito da existência de dois Direitos penais, um para os “cidadãos” e outro para os “inimigos” MUÑOZ CONDE entende, com razão, que tal distinção “é mais dificilmente assumível em um Estado de Direito, que, por definição não admite que se possa distinguir entre «cidadãos» e «inimigos» ou «amigos» ou «inimigos»”³.

Neste sentido também se pronuncia VON HIRSCH, que, quando fala da “«dignidade» do castigo” diz que “a objeção básica aos castigos degradantes é que não tratam aos condenados com a dignidade devida a uma pessoa humana [...], as pessoas castigadas são ainda membros da comunidade: seguem sendo *pessoas* e devem ser tratadas como tal. O “mal dos castigos degradantes é que negam este *status* àqueles a quem castiga”; para ele “as medidas mais claramente objetáveis são as *desumanizadoras*, isto é, as que real ou potencialmente podem destruir a personalidade do infrator. Estas são as intervenções que destroem (ou interferem substancialmente com) a habilidade da pessoa condenada para comportar-se como um ser humano capaz de sentir, refletir e escolher, ao induzir estados de terror extremo, depressão ou similares. A tortura, citada por Murphy, é o paradigma. Outro exemplo é o fechamento solitário de longa duração com seus efeitos despersonalizadores”⁴.

Entretanto, de maneira concisa, porém com um conteúdo extremamente expressivo no que se refere ao seu grau de acerto, é a manifestação de MAPELLI CAFFARENA e TERRADILLOS BASOCO que, referindo-se à pena privativa de liberdade afirmam que “a pena mais cruel não é a mais grave, mas sim a mais inútil”⁵; e, é obvio, que não pode ter outra denominação uma pena que se impõe com a única finalidade de subtrair da sociedade a quem descumpra ou descumpra reiteradamente as normas sociais; onde o tempo

² JAKOBS. “Derecho penal del ...”, p. 14.

³ MUÑOZ CONDE. “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”. in *RECJ* 01-01, 2005, p. 24, www.pgi.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp página visitada em 02.02.2007.

⁴ VON HIRSCH. *Censurar y castigar*. Trotta, Valladolid: 1998, pp. 131-133, (itálico no original).

⁵ MAPPELLI CAFFARENA e TERRADILLOS BASOCO. *Las Consecuencias Jurídicas del delito*. 3ª ed, Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 48..

transcorrido na prisão não seja utilizado pelo Estado como um período no qual busca a reinserção social do presidiário, que foi encarcerado recebendo do Estado tal promessa, ou seja, a de que ao sair do cárcere será reinserido, reintegrado à sociedade.

Assim considerando, durante o transcurso do período no cárcere o delinqüente deve ser incentivado a participar ativamente dos programas educacionais, laborais e sociais, cuja extensão deverá ocorrer inclusive depois que este se encontre em liberdade, o que deve ser feito através de programas de assistência pós-penitenciária. Este entendimento é, seguramente, contrário àquela idéia que expressa JAKOBS, para quem certos delinqüentes não têm direito a serem tratados com dignidade.

3. O inimigo na execução penal brasileira:

Desta forma, uma vez estabelecidos os limites entre um Direito penal que não tem outra preocupação com o delinqüente que não seja a de excluí-lo da convivência social, um Direito penal que julga que os conflitos sociais devem ser resolvidos como uma operação de guerra e “quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde tem que se submeter a essa determinação”⁶, e um outro Direito penal no qual como “elemento social se inclui a exigência de que o condenado não seja expulso da sociedade, mas sim que conserve a possibilidade de sua reintegração social”⁷, resulta fácil definir a quem se segue e qual é a corrente doutrinária da atual legislação de execução penal brasileira, conforme seja o conceito de delinqüente mais perigoso à sua estrutura social ou “o inimigo” – não pessoa – a ser combatido com maior rigor punitivo.

Assim, segundo a concepção contida nas alterações feitas na legislação de execução penal brasileira através da Lei 10.792 de 01.12.2003, vemos que estamos combatendo “inimigos” e não pessoas, embora seja o Brasil um país democrático de Direito a quem cabe respeitar a dignidade do ser humano, inclusive, do ser humano delinqüente.

⁶ JAKOBS. “Derecho penal del...”, p. 41.

⁷ ROXIN apud MUÑOZ CONDE. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 66.

No Brasil atual, “os inimigos” a serem combatidos, são os delinquentes membros ou suspeitos de pertencerem à criminalidade organizada⁸, aqueles que ofereçam riscos à sociedade ou à disciplina do cárcere.

A esse respeito afirma, acertadamente, MUÑOZ CONDE que “se a imagem que tiver a sociedade de si mesma e que se reflete em suas leis e norma fundamental é a de um sistema democrático, respeitoso com os direitos humanos, seu modelo de imputação não pode ser compatível com o que JAKOBS chama «Direito penal de inimigos» e, certamente, na medida em que este é uma realidade, já em muitos países, parece evidente que é incompatível com um entendimento democrático da imputação penal”⁹.

O principal objetivo deste estudo é demonstrar como um país democrático, respeitoso das liberdades, direitos e garantias individuais, inscreve-se na linha de políticas criminais que se encaminham para um Direito penal de características não democráticas e, dotado de um insuportável rigor punitivo, dirigindo-se, com as normas vigentes no infamante Regime Disciplinar Diferenciado em direção ao que CANCIO MELIÁ considera ser um “não Direito penal”¹⁰.

4. As alterações da Lei 10.792/2003 que introduziram as regras do RDD.

As mudanças mais significativas ocorridas na legislação brasileira de execução penal pela Lei 10.792 de 01.12.2003 e que introduziram normas que representam um cruel endurecimento na vida de quem cumpre uma pena privativa de liberdade, resultaram de uma política surgida no Estado de São Paulo com a finalidade de regulamentar a disciplina interna do Presídio de Presidente Bernardes, através de um regulamento que foi denominado “Regime Disciplinar Diferenciado” (RDD).

⁸ O ordenamento jurídico pátrio não define o que seja “organização criminosa”, entretanto, a criminologia entende que “organização criminosa” é aquela organização dirigida à prática de crime e dotada de estrutura organizacional, com hierarquia definida, com conexões com as estruturas de governo. Assim, pode-se notar, facilmente que organização criminosa difere bem daquele grupo de delinquentes que juntam-se para, em quadrilha ou bando praticarem delitos, este, é uma conduta descrita no art. 288 do CPB, sem embargo, sempre que a polícia, a imprensa, uma parte dos aplicadores do direito se vêm às voltas com autores de delitos a quem pretendem impingir um castigo mais severo dizem que são estes perigosos integrantes de uma “organização criminosa” como se tal tivesse o dom tornar a estes infratores pessoas destituídas de direitos. Ver a lei 10.217/01 (Lei do crime organizado)..

⁹ MUÑOZ CONDE. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el...*, p. 118.

¹⁰ CANCIO MELIÁ. “¿Derecho penal del enemigo?”, in *Derecho penal del enemigo* 1ª ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 2003, pp. 57-102

As modificações mais importantes e que mais interesse despertam, foram as produzidas no artigo 52 da LEP. Neste ponto, examinando-se separadamente cada um dos requisitos para incluir alguém nas regras do RDD, verifica-se serem três as possibilidades:

1. A realização de um fato doloso que dê origem a alteração da ordem ou da disciplina interna do presídio é causa para que se aplique o RDD. Ou seja, mais que a realização de fato doloso, terá que ter em conta um dos outros dois pressupostos: alteração da ordem ou da disciplina interna do cárcere. Portanto, a realização de fato doloso que não influa na ordem, nem na disciplina interna do cárcere, não é causa para que a administração penitenciária aplique a sanção de isolamento prevista no RDD.

A exigência apenas da prática de um fato doloso é algo que faz muito amplo e injusto o leque de possibilidades delitivas de inclusão de alguém nas regras do RDD. O ideal neste caso é que existisse uma determinação taxativa dos delitos que, praticados dolosamente, pudessem ensejar a punição disciplinar de inclusão nas regras do RDD¹¹.

A lei fala de “*realização* de fato doloso”, o que faz desnecessária a existência de condenação anterior pelo mesmo, pressuposto que rompe com o princípio de presunção de inocência e ignora o devido processo legal com o contraditório e ampla defesa¹².

Um outro fator que não é possível esquecer na aplicação de punição disciplinar de inclusão nas regras do RDD, é a ofensa ao princípio *ne bis in idem*. E isto porque as regras do artigo 52 determinam que a inclusão do preso nas regras do RDD é aplicável sem prejuízo da sanção penal que corresponda ao feito. Deste modo, o condenado sofre uma sanção disciplinar, inclusão no RDD, sanção esta a ser aplicada pelo Juiz da Execução penal e uma

¹¹ Assim também é como considera SALO DE CARVALHO in “Tântalo no divã (novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 50, São Paulo: 2004, p. 103 quando faz críticas a “utilização de termos vagos e genéricos, sem precisão semântica, que terminam por permitir ao agente penitenciário o uso de metarregras na sua significação”. E continua afirmando que “a técnica legislativa utilizada no ambiente carcerário tem servido historicamente para o uso arbitrário de poderes pelos agentes penitenciários, que fazem uso da imprecisão terminológica para adjectivar condutas banais”. Inegável, que a falta de taxatividade justifica os excessos praticados pela administração penitenciária e, neste caso, como justificativa para sanções arbitrárias violando o princípio de legalidade, como veremos a seguir.

¹² A redução das garantias processuais é defendida por JAKOBS, em Comentários a exposição de HASSEMER, “La autocompresión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”. In MUÑOZ CONDE (coord. Versión española). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. (trad. Teresa Manso Porto). Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 59.

outra sanção, de natureza penal, pela mesma conduta, esta a ser aplicada por um Juiz ordinário.

A prática de uma falta disciplinar de natureza grave, além de dar causa a uma sanção disciplinar, faz ainda impossível a progressão do regime prisional, uma vez que deve o condenado possuir “méritos” para poder beneficiar-se com a mesma (artigo 112 da LEP), provocando ainda a perda do direito à liberdade condicional como também perde o direito às saídas temporárias.

Em outras palavras, a prática de delitos que faz possível a inclusão do condenado nas normas do RDD sujeita o infrator a uma sanção disciplinar e, além desta sanção, perde ainda ele, os direitos a progressão do regime, à possibilidade de liberdade condicional, de indulto e de comutar as penas, configurando-se dessa maneira em uma dupla sanção de natureza disciplinaria uma vez que a perda dos benefícios penitenciários tem em sua origem a lesão a um mesmo bem juridicamente protegido, configurando-se assim em uma dupla sanção disciplinar, imposta pela prática de um mesmo feito, aplicadas pelo mesmo Juiz da execução penal e com um só fundamento. Isto, indubitavelmente, supõe a vulneração do princípio *ne bis in idem*.

Neste caso temos um só feito delitivo que sujeita ao infrator a três normas distintas: ao Regime Disciplinar Diferenciado, às normas da LEP e às do Código Penal.

Nos casos antes citados, em existindo uma falta grave, o condenado, evidentemente, sofreu a sanção disciplinar devida. Em nossa opinião e muito embora não exista previsão legal expressa, e mesmo com a recente jurisprudência do STJ, consideramos que impor o reinício do computo do prazo para concessão de progressão de regime, faz supor uma dupla sanção, implicando mais uma vez, desta forma, em violação ao princípio *ne bis in idem*¹³.

A realização de uma falta grave incide nos requisitos subjetivos que envolvem a denominada “boa conduta” ou “mérito”, contidos no artigo 112 da LEP que, acrescentada ao requisito temporal, faz difícil a aplicação dos benefícios da LEP.

¹³ O condenado sofre a sanção disciplinar e ainda perde o sexto da pena que faz possível pedir a progressão do regime.

Entretanto, tirar do condenado a possibilidade de beneficiar-se com quaisquer dos benefícios penitenciários, como progressão do regime, liberdade condicional, etc., depois de cumprir a sanção de isolamento do artigo 53, IV da LEP ou a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, prevista no artigo 53, V da LEP, é castigar duplamente a alguém por uma só conduta que violou um mesmo bem jurídico: a disciplina carcerária.

2. Segundo a nova redação do artigo 52 § 1º, da Lei 7.210/1984, o Regime Disciplinar Diferenciado é aplicável também aos condenados e encarcerados provisórios que representem *alto risco* para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade.

Em nossa opinião, impor um castigo a alguém por apresentar *alto risco* para a ordem e segurança de um estabelecimento penitenciário ou da sociedade, é, além de expô-lo a arbitrariedade, admitir ser possível sancionar antes mesmo da prática de algum delito, ou seja, é admitir a possibilidade de aplicação de uma sanção predelitual. Isto implica em admitir o castigo, não por um fato típico e antijurídico, mas sim pela figura do autor, o que transforma a ficção do filme *Minority Report* em uma triste realidade brasileira.

Não há na referida lei nenhuma definição clara e exata do que deve ser considerado “*alto risco*”¹⁴ e assim, os destinatários desta norma ficam submetidos a julgamento exclusivamente subjetivo das autoridades penitenciárias para definir conceitos e condutas que ensejam uma privação de liberdade mais drástica que a contida na sentença¹⁵.

3. Na atual redação do parágrafo 2º, do artigo 52 da LEP, está regulada a possibilidade de submeter às regras do RDD, inclusive ao preso provisório, ou ao condenado, sobre quem existem *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações*

¹⁴ É evidente não somente nesta figura denominada *alto risco*, mas também nos casos de *fundada suspeita* a presença de conceitos do Direito penal do inimigo que conforme define JAKOBS tem por particularidade “um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, mudança da perspectiva do fato produzido pela do fato que vai se produzir, sendo aqui exemplificadores os tipos de criação de organizações criminais ou terroristas...”. Comentário de JAKOBS à exposição de HASSEMER. “La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”. In *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. MUÑOZ CONDE (Coord. versão espanhola). Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 58.

¹⁵ No mesmo sentido RIVERA BEIRAS faz críticas ao Código Penal espanhol de 1995 e ao Regulamento Penitenciário de 1996: “...tem que questionar-se (também neste capítulo de objeções à técnica «legislativa») a imprevisão da tipificação das ações que possam dar lugar a faltas disciplinares”. RIVERA BEIRAS. ““La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, in BERGALLI, coord. e col. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 376.

criminosas, quadrilha ou bando. Este é o terceiro pressuposto para inclusão nas regras do regime disciplinar diferenciado.

Para aplicar as regras do RDD ao condenado sobre quem recaiam *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação de qualquer tipo, em organizações criminosas, quadrilha ou bando* o Juiz competente (artigo 54), que neste caso é o Juiz da Execução penal, não sendo o mesmo que ditou a condenação no caso de condenados já com condenação definitiva a cumprir, comete modificação indevida na sentença condenatória ao impor uma privação de liberdade mais drástica que a já determinada originalmente na decisão judicial condenatória.

Para uma melhor análise da situação, temos que considerar as três hipóteses que podem dar-se na prática. As analisaremos separadamente, para demonstrar que em todas resulta problemática a aplicação do RDD:

a) A primeira hipótese é no caso de uma pessoa já condenada pelo delito de envolvimento ou participação em bando ou quadrilha, inclusive armada, e sobre quem a autoridade penitenciária ou o Juiz de Execução mantenha ainda a *fundada suspeita de envolvimento ou participação de qualquer tipo na organização criminosa, quadrilha ou bando*. No caso de que a *suspeita* se refira à conduta anterior, quer dizer, ao feito delitivo analisado na sentença, não pode falar-se em “fundada suspeita” por haver sido declarada como provada na ação penal competente e assim não pode voltar a ser tomada em consideração. Se a “*suspeita*” não se referir a esta conduta anterior, mas sim a feitos novos e posteriores que ainda não hajam sido ajuizados, não é possível esquecer que para impor uma condenação por um fato delitivo, típico e antijurídico, este tem que estar suficientemente provado, e neste caso, a pena imposta já não seria por “*fundada suspeita*”, mas sim por um fato provado que nesse caso específico é a associação em quadrilha ou bando, fato que constitui o delito previsto no artigo 288 CPB¹⁶.

¹⁶ Para MIRABETE a condenação anterior pelo crime de quadrilha ou bando não é suficiente, para incluir ao encarcerado no RDD, exigindo que as conexões do condenado com associações criminosas ofereçam risco à segurança do presídio ou da sociedade. E se não houver condenação por pertencer a bando ou quadrilha, lhe impor um castigo disciplinador por *fundadas suspeitas* é algo que beira o absurdo e não possui respaldo legal. Julga também o referido autor que a inclusão é por prazo indeterminado, devendo perdurar até que cessem os motivos que justifiquem a aplicação da medida obedecidos os prazos legais de 360 dias ou 1/6 da pena aplicada. MIRABETE. *Execução penal. Comentários à Lei N. 7.210, de 11.7.1984*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 151-152. O revisor parece concordar e inclusive justificar tais procedimentos, feito lamentável, com o que não concordamos.

Continuando com esta hipótese: como a sanção de isolamento, isto é, como a inclusão no RDD é punição disciplinar que não foi determinada pelo Juiz na sentença, conseqüentemente, não é possível admitir que a administração penitenciária possa atuar sobrepondo-se a este e proceda a requerer a inclusão do condenado nas regras do RDD por um fato que não é falta disciplinar e que não foi apreciado ou reconhecido na sentença condenatória pelo Juiz competente pelo julgamento.

b) A segunda hipótese é no caso do Juiz, na ação penal competente, examinando os fatos delitivos atribuídos ao réu, não haver considerado ter o preso relação de qualquer espécie com quadrilha ou bando armado ou sem armas ou mesmo com organização criminosa e, portanto, tenha lhe absolvido desta acusação e, ainda assim, a autoridade penitenciária mantiver a chamada “*fundada suspeita*” questiona-se: pode a administração penitenciária, solicitar ao Juiz da Execução penal que inclua o condenado nas regras do RDD?

No caso de uma resposta afirmativa, é impossível não considerar que tal prática implicará, assim como de igual forma como na primeira hipótese, também uma indevida intromissão na sentença, consistindo em um agravamento da condenação transitada em julgado. Isto, de igual maneira é contrario ao princípio que proíbe o *reformatio in pejus*, consistindo em uma mudança mais severa no regime da condenação que aquele imposto pelo Juiz na sentença, o qual não resulta possível modificar porquanto ser fruto de uma decisão já definitiva.

Além disso, a chamada “*fundada suspeita*” não é um fato típico antijurídico¹⁷, o que implica em uma violação da tipicidade e torna a punição disciplinar mais cruel que a pena aplicada pelo fato delituoso; vulnerando ainda mais, desta forma, a proporcionalidade que tem que haver entre o feito delitivo e a sanção imposta¹⁸.

c) A terceira hipótese consiste em considerar que o condenado passe a pertencer ou participar a qualquer título em organização criminosa, quadrilha ou bando, posteriormente à prolação da sentença, isto é, depois que o condenado esteja encerrado no cárcere. Isto

¹⁷ No mesmo sentido MOREIRA, “Este monstro chamado RDD”, disponível in www.ibccrim.org.br página visitada em 23.08.2004, para quem isto rompe com o princípio de presunção constitucional de não culpabilidade.

¹⁸ Como esclarece Juarez TAVARES, desde que inexista relação de proporcionalidade ou seja inexpressiva, a validade de norma que institui a punição pode ser questionada, por ter o legislador sido arbitrário na confecção da norma, em “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, 1992, p. 84.

implica em considerar que o legislador brasileiro admite que as nossas prisões funcionam como escritórios do crime, onde existem organizações criminosas, quadrilhas ou bandos em atividade e de cujo interior saem as ordens e comandos para as atividades ilícitas praticadas no exterior da prisão. Assim é pertinente uma nova pergunta: A quem cabe responsabilizar? Somente ao encarcerado? Ou também e, principalmente, ao Estado que por deficiência própria e de seus agentes acaba por favorecer – ou ajudar por inércia - com a infra-estrutura indispensável e necessária para que a atividade delitiva seja mantida desde instituições penitenciárias?

De outro modo, a alteração do artigo 53 da LEP, para incluir o Regime Disciplinar Diferenciado entre as sanções disciplinares a serem impostas, juntamente com a advertência verbal, recriminação e suspensão ou restrição de direitos se revela muito rigorosa. É inadmissível que em um sistema penal que diz ser o objetivo da pena “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (artigo 1º da LEP), inclua no mesmo texto legal a possibilidade de isolamento celular por um período de 360 dias ou mais, em caso de prorrogação, sem que esteja prevista a prática de qualquer atividade, seja de natureza educacional, laboral ou física¹⁹. Tampouco está previsto que o preso submetido a este regime – RDD – tenha assistência médica e psicossocial, esta, imprescindível diante das circunstâncias.

Acertadamente, HASSEMER e MUÑOZ CONDE afirmam que “a simples custódia das pessoas se opõe aos nossos conceitos de humanidade e proporcionalidade”²⁰ e, então, o que temos nós a dizer sobre as regras estabelecidas pelo RDD, que representam bem mais que uma simples custódia?

As regras do RDD além de violarem o fim da pena privativa de liberdade contido na LEP, tiram do condenado a ele submetido, toda a esperança de uma vida futura e sobre desesperança ZAFFARONI ressalta que “*as pessoas podem suportar a injustiça, mas*

¹⁹ Tem razão MARCONDES quando entende que “em atenção ao princípio da não exclusão, a população carcerária continua formando parte da comunidade nacional. Deve-se permitir que os encarcerados ouçam rádio, leiam jornais e revistas e vejam televisão”, em “Políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 43, São Paulo: RT, 2003, P. 254.

²⁰HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología*, Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 240.

não podem tolerar a desesperança. É da essência do humano ter projetos e projetar-se. Não há existência sem projetos”²¹.

5. A evidente inconstitucionalidade das regras do RDD:

As regras do RDD não resistem a um exame de constitucionalidade. Vejamos atentamente: A Constituição brasileira, em seu artigo 1º, inciso III, afirma que o fundamento do Estado democrático de Direito é a dignidade do ser humano, o artigo 5º, inciso III determina que: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, enquanto que o inciso XLIX dispõe que: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Sobre esta base, as regras de isolamento determinadas pela Lei 10.792/03 são incompatíveis com o texto constitucional, configurando, portanto, em uma flagrante e inegável inconstitucionalidade.

Sobre este aspecto é irretocável a postura de JUAREZ TAVARES ao falar sobre a dignidade do ser humano quando diz que “premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir nas penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução”²².

No entanto, as mudanças recém introduzidas na LEP colidem frontalmente não apenas com a Constituição Federal como também com a legislação penal e processual penal como a Lei de Execução penal, como ainda com os Acordos e Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e que foram violados com a Lei 10.792/2003, vejamos:

²¹ ZAFFARONI. *En torno de la cuestión penal*, Maestros del Derecho penal, Gonzalo D. Fernández (Dir.) Julio Cesar Faira, Montevideo – Buenos Aires: 2005, p. 196. (itálico no original).

²² TAVARES. “Critérios de seleção de crimes...”, p. 78. Acertadamente considera ainda o autor que “a invocação da dignidade humana impede a promulgação de leis discriminatórias, que, por exemplo, acreditam tipos abertos para criminosos reincidentes ou perigosos, ou que lhe reservem cominações de penas indeterminadas” (p. 77).

As normas contidas no artigo 5º inciso 6 da Convenção Americana sobre os Direitos humanos – Pacto de São José da Costa Rica²³ – determinam que “As penas privativas de liberdade devem ter como finalidade essencial a *reforma e a readaptação social dos condenados*”. O Brasil descumpra tal mandamento ao determinar que uma classe de presos estará excluída desse fim, isto é, aqueles presos que sancionados disciplinarmente serão submetidos às normas do RDD com isolamento celular de até 360 dias, aqueles a quem somente se lhes permite sair da cela uma vez ao dia e por duas horas e para quem não é possível a prática de nenhuma atividade. É certo que este indivíduo, como delinqüente, aos olhos desta lei – 10.792/03 – não é sujeito de qualquer ação que tenha por objetivo sua *reforma e readaptação social*.

Não obstante o sofrimento físico e mental, tal sanção pode ser considerada também, além de tratamento desumano e cruel, como sendo uma infração penal de acordo com o que dispõe a Lei 9.455/1997²⁴, que no artigo 1º define tortura como qualquer ato mediante o qual se infligem intencionalmente a uma pessoa, dores ou sofrimentos agudos, físicos e mentais a fim de impor castigo por atos que tenha realizado ou se suspeite que realizasse ou, ainda, com finalidade de intimidar ou coagir.

Desse modo configura-se que a manutenção da ordem ou a repressão de más condutas por parte dos presidiários não pode justificar que a administração penitenciária ou o juiz de execução imponham sanções que impliquem em um risco para a integridade mental de quem se encontra sob “especial condição de submissão”; assim é como ensina MAPELLI CAFFARENA: “quando nos encontramos ante um regime disciplinar que suporta sanções de isolamento, absolutamente inimagináveis em qualquer outro âmbito administrativo, não podemos esgrimir tortuosas interpretações que obstaculizem a aplicação das máximas garantias de que dispõe um Estado de Direito para estas ocasiões”²⁵.

É certo que o Código Penal brasileiro no artigo 38 determina que o preso mantém todos os direitos que não foram afetados pela perda da liberdade e impõe a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral; entretanto, o legislador ordinário

²³ No Brasil foi promulgado pelo Decreto 678, de 06/11/1992, publicado no Diário Oficial da União em 09/11/1992 devendo entrar em vigor desde sua publicação.

²⁴ ONU. Resolução 39/46 da Assembléia Geral da ONU, de 10.12.1984.

²⁵ MAPELLI CAFFARENA. “Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento)”. *EGUZKILORE*. 12, numero extraordinario, San Sebastián: 1998, p. 97.

brasileiro, por ocasião da redação do texto da lei 10.792/2003 esqueceu-se desta determinação.

Por outro lado, a LEP no artigo 45 § 1º, estabelece que as sanções não podem pôr em perigo a integridade física e moral do condenado, tais dispositivos se fazem inúteis após as alterações da Lei 10.792/2003. Com a incorporação das regras do RDD deixou de existir na LEP o indispensável respeito à integridade física e moral do condenado, mas sim, o contrário, existe a imposição de uma sanção de isolamento que põe em perigo iminente a saúde mental e física do preso a ela submetido.

Na verdade, como vimos, as regras do RDD violam diversas normas legais, ao não permitir a prática de esporte, por restringir a duração do banho de sol, por impor um isolamento total, por violar a privacidade e intimidade, ao permitir o monitoramento por video-câmeras secretas durante as 24 horas do dia²⁶, e mudados de cela cada 15 dias²⁷.

6. O conflito entre as regras do RDD e os Princípios Básicos para o tratamento das pessoas presas:

As regras do RDD são desrespeitosas, igualmente, ao estabelecido pelos Princípios Básicos para o Tratamento das pessoas presas, adotados e proclamados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, através da Resolução 45/111 de 14.12.1990, que determinam que será restringido ou abolido, em particular o castigo em celas de isolamento, da mesma forma como serão possibilitadas as condições para o desenvolvimento da personalidade do condenado.

²⁶ O Tribunal Constitucional Espanhol, decidindo Recurso de Amparo, Sentença 57/1994 de 28.02.1994, considerou ilegítimas como violação da intimidade, aquelas medidas que a reduzam além do que a ordenada vida na prisão requer”. Neste sentido entende também RUIZ VADILLO “o interno não só tem direito à vida, mas também a que a Administração, dentro do possível, o proteja: tem direito a ser livre embora esteja na prisão porque a liberdade tem muitas perspectivas e tem ele direito à sua própria dignidade, com tudo o que isso representa, incluída a reserva de sua intimidade” (“La sociedad y el mundo penitenciário”. *EGUZKILORE*, número Extraordinário 12, 1998, p. 215). O respeito à dignidade da pessoa é garantido pela Constituição brasileira, 1º artigo.

²⁷ OYAMA. “A dura vida no big brother. A prisão de segurança máxima, Presidente Bernardes usa câmeras e psicologia para controlar detentos”. Revista *VEJA*, 22.10.2003, p. 71. Consta que o Brasil foi denunciado junto a OEA e a Anistia Internacional por um grupo de advogados, in TOGNOLLI, “Boca no trombone. Advogados reclamam a OEA de tratamento dado aos presos”, *Revista Consultor Jurídico*, www.consultorjuridico.com.br página visitada em 05.08.2004.

No mesmo sentido é o texto da “Declaração Internacional para os Direitos da Pessoa Humana” da ONU, promulgada no ano 1948, que proíbe o castigo desumano, cruel ou degradante, vedando as “Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos”, promulgadas em Genebra em 1955, a imposição de sanções que possam prejudicar a saúde física e mental do preso.

Inegável a constatação de que a imposição de uma sanção que consista em isolamento celular de até 360 dias, com possibilidade de repetição, não se constitua em um castigo que mereça a qualificação de desumano, cruel e degradante e que põe em perigo a integridade física e moral do condenado ou preso provisório e que, por isto, supõe um novo desprezo ao contido nas Resoluções da ONU já referidas²⁸. Além disso, no caso brasileiro, não há previsão legal para a indispensável avaliação médica a quem vai ser submetido a tal sanção de isolamento celular, seja uma avaliação prévia e que, portanto, anteceda ao início do isolamento, como também não há previsão de avaliação de que ocorra no transcorrer da execução da sanção, ou ainda de que será o sancionado avaliado ao final do cumprimento do período de isolamento. É importante não esquecer que a determinação de um prévio parecer médico é recomendação da ONU não recepcionado ou determinado pela lei brasileira que instituiu o RDD.

O isolamento em cela foi objeto de rechaço também por parte da Comissão Européia dos Direitos do Homem de 8 de julho de 1978 e “no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que decidiu em sentido negativo, mas acrescentando que o largo prazo de isolamento sensorial acompanhado de isolamento social pode levar à destruição da personalidade, constituindo-se, então, em tratamento desumano”²⁹.

Indiscutível ainda a falta de sintonia entre as mudanças da LEP e o que dispõe o Código Penal brasileiro, assim como com o disposto no próprio texto da LEP naqueles artigos que não foram alterados. A falta de sintonia se reafirma, como visto, ainda mais, com a desatenção do legislador para com os Acordos e Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e que têm a natureza de normas constitucionais; sobre esta base, é necessário

²⁸ O sofrimento imposto pelo confinamento solitário é conhecido faz tempo, sobre ele falam RUSCHE e KIRCHHEIMER: “O sentimento de dependência completa e de inutilidade que o confinamento solitário engendra era considerado o pior tormento para qualquer um”. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 186.

²⁹ MIRANDA RODRIGUES. “A posição do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999”, p. 170. Em nosso caso, a constatação de tratamento cruel e desumano é algo que resta evidenciado.

concluir que o RDD carece de legitimidade, impondo-se, a declaração de sua inconstitucionalidade.

Após estas considerações cabe a seguinte indagação: Se o fim da pena na legislação penal e processual penal brasileira é ressocializar aquele que violou as normas jurídicas, qual preso submetido às regras do RDD terá interesse ou a possibilidade de ser reeducado? É possível continuar a afirmar que a adoção da sanção disciplinar de isolamento, com as regras do RDD é uma medida que busca reintegrar, ressocializar, reeducar durante o cumprimento da condenação? Ou que é o RDD, na realidade, uma medida que tem por finalidade buscar entre os delinqüentes aqueles que foram previamente endemonizados, e castigá-los, ao mesmo tempo em que os destrói moral, física e psiquicamente, para que sirvam de exemplo a outros? Dito de outro modo, não é possível considerar que com a aplicação das normas do RDD, o Estado tenha por fim exclusivamente incapacitar, neutralizar, inocuizar, de forma seletiva a alguns delinqüentes já “endemonizados” pelo sistema penal sem nenhum outro objetivo para com estes?

A finalidade inocuidadora do RDD sobressai-se quando se constata que os presos não têm direito a nenhuma atividade recreacional ou educativa, não podem ver TV, ouvir rádio, ler jornais ou revistas. No ordenamento jurídico penal brasileiro não existe previsão de aplicação de pena privativa de liberdade com fins de *prevenção especial negativa* (neutralização, inocuização ou incapacitação), que seguramente é a finalidade contida no castigo disciplinar de isolamento.

Evidentemente que as sanções disciplinares impostas aos condenados têm que ser proporcionais, necessárias e adequadas não somente à conduta sancionada, mas sim, também, à idéia de que têm estas por objetivo manter a ordem e a disciplina no cárcere, sem esquecer do cumprimento e respeito às garantias fundamentais que têm e mantêm as pessoas mesmo encarceradas; e que é a dignidade humana o “limite absoluto das restrições no âmbito do estatuto jurídico especial do recluso que deve, portanto, permanecer sempre intocado”³⁰, não permitindo que existam sanções infinitas em sua duração nem ilimitadas em relação as violações quanto a privacidade do presidiário como de forma inegável se revelam as regras do RDD.

³⁰ MIRANDA RODRIGUES. “A posição jurídica do...”, p. 172.

7. Conclusão:

Certamente, que estes “*equivocos*” são frutos da intenção do legislador em alterar a lei com fins de dotá-la com um conteúdo mais punitivo, abandonando o ideal ressocializador com relação aos delinquentes multirreincidentes, assim considerados como inimigo e em relação a quem não importa a dignidade do castigo; isto demonstra a clara opção brasileira por um Direito penal de emergência, o que implica em resultados incertos e graves para todos e que, portanto, deve ser combatido, expurgando-se do ordenamento jurídico brasileiro as infamantes regras do Regime Disciplinar Diferenciado.

Sempre é tempo para protestar contra as violações aos direitos humanos, seja do cidadão cumpridor de seus deveres, seja do infrator.

BIBLIOGRAFIA

- CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿Derecho penal del enemigo?”, in *Derecho penal del enemigo*
- CANCIO MELIÁ, Manuel e JACKOBS, Gunther, 1ª ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 2003.
- DE CARVALHO, Salo. “Tântalo no divã (novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 50, São Paulo: RT, pp. 91-118, 2004.
- HASSEMER, Winfried. “La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”. In *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. MUÑOZ CONDE (Coord. versão espanhola). Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.
- JAKOBS, Günther. Comentários a ponencia de HASSEMER, Winfried. “La autocompresión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”. In MUÑOZ CONDE (coord. Versión española). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. (trad. Teresa Manso Porto). Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

- JACKOBS, Gunther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, in JACKOBS e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 1ª ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 2003.
- MAPPELLI CAFFARENA, Borja. Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento). *EGUZKILORE*. 12, numero extraordinario, San Sebastián: 1998.
- _____ e TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996.
- MARCONDES, Pedro. Políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 4.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal. Comentários à Lei n. 7.210, de 11.7.1984*. 11ª ed. Revisada e atualizada por FABBRINI, Renato N. São Paulo: Atlas, 2004. 3, São Paulo: RT, 2003.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A posição do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”. in *RECJ* 01-01, 2005, p. 24, www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp página visitada em 02.02.2007.
- _____, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. *Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2001.
- MOREIRA, Romulo de Andrade. “Este monstro chamado RDD”, disponível in www.ibccrim.org.br página visitada em 23.08.2004.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Valladolid: Trotta, 1998.
- OYAMA, Thaís. “A dura vida no big brother. A prisão de segurança máxima, Presidente Bernardes usa câmeras e psicologia para controlar detentos”. Revista *VEJA*, 22.10.2003.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”. In: BERGALLI, Roberto. (coord. e col). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

RUIZ VALDILLO, Enrique. “La sociedad y el mundo penitenciario. (la protección de los derechos fundamentales en la cárcel)”. *EGUZKILORE*, março, número extraordinario 13, San Sebastian: 1999.

RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial de lançamento, São Paulo: RT, 1992.

TOGNOLLI, Cláudio Julio. Boca no trombone. Advogados reclamam a OEA de tratamento dado aos presos. *Revista Consultor Jurídico*, www.consultorjuridico.com.br .

ZAFFARONI, E. Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Maestros del Derecho penal (Col.). Gonzalo D. Fernández (Dir.) Julio Cesar Faira, Montevideo – Buenos Aires: 2005.