



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Regime Disciplinar Diferenciado: constitucional ou inconstitucional?

Vinícius Catein Sobreira

Rio de Janeiro
2012

VINÍCIUS CATEIN SOBREIRA

Regime Disciplinar Diferenciado: constitucional ou inconstitucional?

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: CONSTITUCIONAL OU INCONSTITUCIONAL?

Vinícius Catein Sobreira

Graduado pela Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: A Lei n. 10.792/03 introduziu no Brasil o Regime Disciplinar Diferenciado. O referido regime impõe a alguns condenados especificados nessa lei um sistema mais rígido de cumprimento de pena. Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma ponderação dos interesses em discussão, sopesando os princípios relacionados, objetivando concluir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade desse novo regime à luz da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Regime Disciplinar Diferenciado. Constituição Federal. Ponderação de interesses.

Sumário: Introdução. 1. Noções gerais acerca do regime disciplinar diferenciado. 2. A ponderação de interesses e os princípios constitucionais relacionados ao RDD. 3. A ponderação de interesses no RDD: a constitucionalidade desse regime e a posição dos tribunais superiores sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva tratar do tema da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Esse regime foi introduzido no ordenamento pátrio pela Lei n. 10.792/03, que modificou a redação do art. 52 da Lei de Execução Penal, dentre outros. Em linhas gerais, o referido regime consiste numa sanção disciplinar aplicada aqueles que cometeram as infrações descritas no art. 52, da LEP, ou representam risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como para aqueles que participam de organizações criminosas.

O tema em questão tem grande relevância, uma vez que é notória a falência do sistema carcerário brasileiro, pois o sistema atual não tem a capacidade de ressocializar nenhum preso, já que as penitenciárias estão cada vez mais cheias e em condições precárias. Devido a este caos, muitos prisioneiros continuam comandando as suas quadrilhas de dentro das penitenciárias, agravando ainda mais a violência no país.

Assim, tendo em vista a situação do sistema penitenciário brasileiro, o legislador entendeu necessário um regime que endurecesse o sistema de cumprimento de pena, trazendo regras mais rígidas para os presos, como por exemplo o encarceramento individual. Com isso, pretende-se anular ou diminuir o poder que os “grandes criminosos” exercem sobre seus subordinados, diminuindo, portanto, a violência tanto dentro dos presídios quanto fora deles.

Todavia, o Regime Disciplinar Diferenciado passou a receber severas críticas, tendo em vista a forma rigorosa como são tratados os presos sujeitos a ele. Portanto, passou-se a questionar a constitucionalidade desse regime, uma vez que se começou a argumentar que o regime viola uma série de princípios elencados na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto, que reside a importância jurídica e social do tema, já que se faz necessário analisar se, de fato, o Regime Disciplinar Diferenciado viola os direitos fundamentais expostos na CRFB/88. Para tanto, será realizada uma ponderação de interesses entre os princípios em discussão, ou seja, um sopesamento entre os direitos dos presos e o direito à segurança da coletividade.

Dessa forma, o trabalho em questão, após confrontar os princípios constitucionais envolvidos, procura demonstrar que o referido regime não viola esses princípios constitucionais, uma vez que na ponderação dos interesses dos presos em relação à coletividade deve prevalecer o direito desta última. Assim, tenta-se vislumbrar uma saída para o caos do sistema penitenciário brasileiro.

1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Este capítulo inicial tem por objetivo traçar o porquê da criação do RDD, ou seja, quais foram as motivações que levaram o legislador a criar tal regime mais rígido de cumprimento de pena, bem como esclarecer quais são as principais características do RDD.

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO DE SUA CRIAÇÃO

A situação do sistema penitenciário nacional é péssima, uma vez que os presídios se encontram em condições precárias e super lotados. Assim, o sistema atual não é capaz de ressocializar os presos, tornando-os, muitas vezes, mais perigosos após cumprirem suas penas do que quando entraram na prisão, devido a todos os abusos e violações que passam dentro das penitenciárias, como rebeliões, estupros e homicídios.

São essas condições terríveis que permitem que os presos perigosos continuem comandando suas quadrilhas mesmo de dentro dos presídios, aterrorizando toda a sociedade.

Assim, para dar uma resposta à megarebelião, que envolveu 25 penitenciárias e 4 cadeias, ocorrida no Estado de São Paulo em 2001, e tendo em vista a insegurança e o terror que as grandes organizações criminosas atuantes no Estado de São Paulo exerciam sobre a população e os presos, o governo estadual criou por meio de resolução o RDD.

Em 2002, no Estado do Rio de Janeiro, a rebelião no presídio de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar, foi o estopim para a criação do Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES) no Rio de Janeiro, que era uma espécie de RDD desse estado.

Sobre o surgimento do RDD, o magistrado Adeildo Nunes¹ esclarece que:

Com base no crescimento desenfreado do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas nos grandes e médios presídios de São Paulo, seu

¹ NUNES, Adeildo *apud* MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72-73.

Secretário de Administração Penitenciária, em maio de 2001, pela Resolução n. 26, criou em seu Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, estipulando a possibilidade de isolar o detento por até trezentos e sessenta dias, mormente os líderes e integrantes de facções criminosas e todos quantos o comportamento carcerário exigisse um tratamento específico.

Contudo, outro fato foi fundamental para a aprovação da Lei n. 10.792/03, que foi o assassinato de magistrados de Varas de Execuções Penais, um em São Paulo (SP), em 14 de março de 2003, e o outro em Vitória (ES), em 24 de março do mesmo ano, como ensina Adeildo Nunes²:

A morte de dois Juízes de Execução Penal, no mês de março de 2003, em São Paulo e Espírito Santo, fez ressurgir no âmbito do Congresso Nacional o Projeto de Lei 7.053, enviado em 2001 pela Presidência da República. Em 26-03-2003 o PL foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, agora modificando vários dispositivos da Lei de Execução Penal, criando com força de Lei o Regime Disciplinar Diferenciado.

Portanto, nesse contexto foi aprovada a Lei n.10.792/03, que instituiu o RDD objetivando retirar ou diminuir o poder das grandes organizações criminosas, aumentando, assim, a segurança da coletividade e dos presos encarcerados nos presídios, e também servindo como uma espécie de punição aqueles presos que não obedecessem as regras.

Cabe salientar que em outros países existem sistemas de cumprimento de pena tão ou mais rigorosos do que o RDD brasileiro, nesses países as penitenciárias são verdadeiras fortalezas e os presos são submetidos a regras muito rígidas, podendo citar como exemplo os presídios de segurança máxima dos Estados Unidos da América, chamados de *Supermax*.

Por ora, é necessário esclarecer que quando a Lei n.10.792/03 foi introduzida no ordenamento pátrio, grande parte da doutrina e o Conselho Nacional de Política Criminal manifestaram-se contrariamente ao RDD, alegando a sua inconstitucionalidade, uma vez que violaria vários direitos dos presos, atingindo fortemente o princípio da dignidade da pessoa humana estampado na CRFB/88.

² Ibidem, p. 73.

Por sua vez, os Tribunais entenderam de forma diversa, mantendo todos os presos que eram encaminhados para o RDD, argumentando que esse regime atende ao princípio da proporcionalidade, tendo como fundamento a necessidade de segurança dos presídios e da coletividade. Tendo em vista que a análise de constitucionalidade do RDD é o foco principal do presente trabalho, o tema será esmiuçado nos próximos capítulos.

1.2. COMO FUNCIONA O RDD

No dia 1º de dezembro de 2003 foi aprovada a Lei n. 10.792, que trata do RDD, alterando a Lei n. 7.210, Lei de Execução Penal, e também o Decreto-Lei n. 3.689, Código de Processo Penal.

O artigo 52, da Lei de Execução Penal passou trazer as hipóteses de cabimento do RDD, ou seja, em quais situações o preso será submetido a esse regime mais duro de pena.

Assim, dispõe o artigo 52, da LEP³, após as alterações da Lei n. 10.792, que:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Portanto, o preso pode ser encaminhado para o RDD quando: a) praticar falta grave consistente em fato previsto na lei como crime doloso, sendo que a referida conduta deve

³ BRASIL. Código Penal. *Código Penal, Processo Penal, Constituição Federal e Legislação penal e processual penal*. Luiz Flávio Gomes (Org). 12. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 511-512.

causar subversão da ordem ou da disciplina interna; b) ou, ainda, se o preso apresentar alto risco para a ordem ou segurança do sistema prisional ou da sociedade; c) ou, por fim, se recair fundadas suspeitas de que o preso participa ou está envolvido com quadrilhas, organizações criminosas ou bando.

Algumas considerações são necessárias acerca desse artigo.

Primeiramente, sobre o fato previsto como crime doloso, bem observa Guilherme de Souza Nucci⁴ o seguinte:

A esse regime serão encaminhados os presos que praticarem fato previsto como crime doloso (note-se bem: fato previsto como crime, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige), considerado falta grave, desde que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas, sem prejuízo da sanção penal cabível.

Secundariamente, cabe ressaltar que tanto o preso condenado, quanto o preso provisório podem ser submetidos ao RDD, ou seja, não é necessário uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado para submeter o preso a esse regime.

Terciariamente, que não basta apenas que o preso cometa um fato descrito como crime doloso para ser enquadrado no RDD, sendo necessário também que em decorrência do seu ato ocorra uma subversão da ordem ou da disciplina interna, ou seja, o seu ato tem que causar um tumulto ou o preso desrespeitar as regras que lhe são impostas.

Por fim, nas duas últimas hipóteses de cabimento, não é necessário que o preso pratique ato definido como crime doloso para ser submetido ao RDD, bastando apenas que aquele preso represente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade ou que haja fundadas suspeitas de envolvimento em quadrilhas, bandos ou organizações criminosas.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 497.

Assim, pode-se citar alguns exemplos de hipótese de cabimento do RDD, que são: quando o preso é líder de facção criminosa que perturba a ordem pública, causando vários ataques a sociedade; outro exemplo seria a participação do preso em rebelião.

Conforme dispõe os incisos do artigo 52, da LEP, o RDD tem as seguintes características: a) terá duração máxima de 360 dias, podendo ser aumentado o prazo desde que ocorra nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) terá direito a visita semanal de duas pessoas, não contando as crianças, com duração máxima de duas horas; d) por fim, terá direito a banho de sol de duas horas diárias.

Pode-se extrair do exposto que o RDD é um regime muito mais rígido do que os previstos até então.

O inciso V, do artigo 53, da LEP determina que a inclusão no RDD é uma sanção disciplinar, pois para a sua aplicação basta apenas praticar o fato regulado na lei.

Sobre a inclusão do preso no RDD, Renato Marcão⁵ esclarece o seguinte:

A decisão sobre a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado é jurisdicional, inserindo-se na alçada do juiz da execução penal. Não pode o magistrado decretar a inclusão *ex officio*, e o Ministério Público não tem legitimidade para postular a inclusão no RDD.

A legitimidade para postular a inclusão do preso no RDD é do diretor do estabelecimento penal, em que se encontre o preso provisório ou condenado-alvo, ou de outra autoridade administrativa (...). O requerimento deverá ser sempre circunstanciado, entenda-se, fundamentado (art. 54, § 1º, da LEP).

Apresentado o pedido de inclusão, sobre ele deverão manifestar-se o Ministério Público e a Defesa. Em seguida caberá ao juiz da execução prolatar sua decisão no prazo de 15 dias (art. 54, § 2º, da LEP).

Assim, entende-se que somente o juiz pode determinar que o preso seja submetido ao RDD, não cabendo ao diretor do estabelecimento sozinho decidir essa questão, diferentemente do que ocorre nas outras sanções disciplinares, nas quais o diretor pode aplicá-las sem análise judicial, conforme disciplina o artigo 54, *caput*, da LEP.

⁵ MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 127.

2. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO RDD

O presente capítulo tem como objetivo tratar dos princípios constitucionais utilizados para a realização da ponderação de interesses, bem como esclarecer quais são os princípios constitucionais em conflito na questão do RDD.

2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Antes de maiores considerações deve-se entender qual o significado da expressão ponderação de interesses. Assim, segundo Ana Paula de Barcellos⁶, “a ponderação pode ser descrita como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”

Portanto, é uma técnica usada para resolver conflitos de princípios constitucionais através do sopesamento dos direitos envolvidos.

A necessidade da ponderação de interesses decorre do pluralismo de ideias existentes dentro de uma mesma Constituição, uma vez que a Constituição tenta reproduzir o anseio da sociedade, ou seja, insere num mesmo texto jurídico vários princípios que expressam os valores de inúmeros grupos sociais daquele determinado território.

Devido a isso que surgem os conflitos entre princípios constitucionais que devem ser solucionados utilizando a ponderação de interesses.

São três os princípios mais importantes quando se analisa a questão da ponderação de interesses, que são: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade.

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 296.

Sobre a ponderação de interesses e o princípio da dignidade humana, Daniel Sarmento⁷ ensina o seguinte:

O método da ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para a solução dos conflitos entre princípios constitucionais. Pelo contrário, a ponderação incorpora uma irredutível dimensão substantiva, na medida em que os seus resultados devem se orientar para a promoção de valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional.

Estes valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Assim, entende-se que a ponderação de interesses não se resume apenas em confrontar princípios e determinar qual deles tem prevalência sobre o outro, pois se deve ter como objetivo maior os valores humanísticos expostos implicitamente e explicitamente na CRFB/88, utilizando para tanto o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana está inserido na CRFB/88, no artigo 1º, inciso III, sendo esse princípio um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O princípio supra referido coloca em evidência o homem, ou seja, o Direito e o Estado devem trabalhar juntos para dar ao homem a condição de viver com dignidade.

Assim, o referido princípio tem como funções: a) a limitação dos atos do Estado, tanto no sentido negativo, no caso do ato estatal ser contrário a dignidade do homem, como no sentido positivo, quando o Estado tem que realizar condutas para garantir que o cidadão possa viver com o mínimo de dignidade; b) o papel de integração das normas constitucionais; c) e ainda desempenha função hermenêutica, ou seja, serve como norte para a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Nessa última função que esse princípio será utilizado como diretriz nos casos de ponderação de interesses constitucionais.

Com relação a essa última função, Daniel Sarmento⁸ preceitua:

Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se

⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 57.

⁸ *Ibidem*, p. 74-75.

com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove. (...)

Nesta ponderação, porém, a liberdade do operador do direito tem como norte e como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito.

O próximo princípio a ser analisado é o da proporcionalidade. Esse princípio objetiva limitar o poder do Estado, sempre tendo em vista a proteção dos direitos da população.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Inocêncio Mártires Coelho⁹ esclarece:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade surgiu na Alemanha como um princípio setorial do direito administrativo, principalmente no que tange ao poder de polícia. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial ele se desgarra do direito administrativo e passa a ser um princípio constitucional, uma vez que se percebeu a necessidade de proteger com mais ênfase os direitos fundamentais devido aos horrores dessa guerra. Assim, ele passou a ser usado como baliza para o controle de constitucionalidade das leis.

O princípio da proporcionalidade é formado por três elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com relação ao primeiro, também chamado de pertinência ou idoneidade, entende-se como adequada aquela medida que consegue atingir os fins almejados, ou seja, significa que os meios escolhidos devem ser aptos a alcançar a finalidade pretendida.

⁹ COELHO, Inocêncio Mártires *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

Quanto à necessidade, também chamada de exigibilidade, significa que aquele meio escolhido, além de ser apto e eficaz, deve ser o menos gravoso para atingir o resultado pretendido, isto é, deve-se escolher o que afeta menos os direitos dos cidadãos.

Por fim, destaca-se a proporcionalidade em sentido estrito, que significa que as vantagens do meio escolhido devem ser maiores do que as desvantagens, ou seja, é uma relação de custo-benefício. Assim, o meio deve ser mais apto, eficaz e menos oneroso, e ainda as vantagens devem superar as desvantagens, sob pena de a norma ser inconstitucional.

Sobre a proporcionalidade em sentido estrito Daniel Sarmento¹⁰ esclarece:

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade. (...)

Em síntese, para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.

Assim, entende-se que a aplicação dos três elementos do princípio da proporcionalidade é crucial para a realização da ponderação de interesses, pois um dos objetivos desse princípio é orientar e interpretar as leis nos casos de colisão de direitos fundamentais, portanto o princípio da proporcionalidade é usado como instrumento para a realização do sopesamento no conflito de princípios constitucionais.

Por fim, existe o princípio da razoabilidade. A sua origem se deu no direito norte americano, traduzindo uma ideia de moderação, bom senso. Esse princípio é fundado no princípio do devido processo legal, tanto no seu caráter substantivo ou material, que objetiva analisar se o conteúdo da norma é razoável, quanto no procedimental ou formal, se manifestando por meio dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Portanto, é o caráter substancial que tem relevância para a ponderação de interesses.

¹⁰ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 89-90.

Todavia, apesar dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade terem origens diversas, atualmente muitos doutrinadores¹¹⁻¹² estão tratando-os como sinônimos, uma vez que o objetivo deles é o mesmo, que é o de limitar o arbítrio do Estado, tornando inválidos leis e atos administrativos contrários às diretrizes expostas na CRFB/88.

2.2. MODO DE REALIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

A primeira medida a ser tomada quando se trabalha com a técnica de ponderação de interesses é a verificação dos princípios envolvidos no caso, pois é necessário entender bem qual a abrangência desses princípios, tendo em vista que se deve analisar se eles realmente se chocam ou se é possível harmonizá-los.

O próximo passo seria comparar os pesos genéricos e específicos de cada princípio. Sobre a questão elucidada Daniel Sarmiento¹³:

Assim, em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a taboa de valores subjacente à Constituição.
(...)

Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir no caso concreto. Este só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, as interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto.
(...)

Assim, o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente.

Finalizando o seu raciocínio, Daniel Sarmiento¹⁴ conclui:

Por outro lado, as restrições aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação,

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

¹² LENZA, Pedro, *op. cit.*, p. 150-151.

¹³ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 103-104.

¹⁴ *Ibidem*, p. 104-105.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Assim, pode-se resumir o que foi exposto, observando que na ponderação de interesses deve-se primeiro analisar os princípios constitucionais que estão em conflito. Após, se faz necessário determinar qual o peso que o ordenamento dá para esses princípios, e, por fim, analisar qual o peso que cada princípio tem naquele determinado caso concreto.

Portanto, aquele princípio que tiver mais peso específico deverá prevalecer sobre aquele que tiver menos, porém nenhum princípio pode retirar totalmente o outro do ordenamento, podendo, no máximo, restringir a atuação do princípio de menor peso.

Por fim, salienta-se que para atingir essa restrição de interesses se faz necessário utilizar os elementos do princípio da proporcionalidade, sendo que sempre a ponderação de interesses deve se calcar no princípio da dignidade da pessoa humana em última análise.

2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO RDD

Dentre os vários princípios constitucionais relacionados ao RDD, se destacam o da dignidade da pessoa humana, relacionado principalmente ao direito dos detentos, e o direito a segurança da coletividade, envolvido primordialmente com o direito da sociedade.

Primeiramente, cabe destacar que existem dois posicionamentos acerca da constitucionalidade do RDD: um que defende a inconstitucionalidade do RDD¹⁵, e o outro que advoga pela sua constitucionalidade¹⁶.

¹⁵ Por todos: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Críticas a execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 283-292.

¹⁶ Por todos: NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 497-498.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, já foram tecidas algumas considerações sobre ele nesse trabalho, mas sob o prisma da ponderação de interesses. O objetivo agora é mostrar esse princípio como um dos fundamentos da República, elencado como tal no artigo 1º, III da CRFB/88.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso¹⁷ esclarece:

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

(...) A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais.

A corrente que advoga a tese da inconstitucionalidade do RDD, defendida por Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹⁸, tem como principal argumento o fato desse regime ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, já que ele viola direitos materialmente fundamentais elencados na CRFB/88.

Desse princípio se extraem outros que estão relacionados com o RDD, tais como: art. 5º, III da CRFB/88, que preceitua que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; art. 5º, XLIX da CRFB/88, que determina que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; e, ainda, art. 5º, XLVII da CRFB/88, que estabelece que não haverá penas cruéis.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹⁹ entende que o RDD viola a integridade física e moral dos presos, sendo essa integridade um direito elencado no art. 5º, XLIX da CRFB/88, uma vez que ao ser submetido ao RDD o preso vai cumprir sua pena isoladamente, bem como

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 250-251.

¹⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *op. cit.*, p. 283-292.

¹⁹ *Ibidem*, p. 283-292.

resta violado o art. 5º, III da CRFB/88, pois é vedado o submetimento a tortura e a tratamento desumano e degradante. Assim, o fato do preso não ter contato com outros presos, ter apenas duas horas de banho de sol, seria uma espécie de tortura, uma vez que restaria comprometida sua saúde física e mental, podendo até agredir sua personalidade de ser humano.

Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire²⁰ argumentam ainda que o art. 5º, XLVII, alínea “e” da CRFB/88, veda as penas cruéis, seria o princípio da humanidade das penas. Assim, o fato do preso ser submetido ao RDD seria uma pena cruel, violando o princípio da humanidade das penas.

Por fim, os defensores dessa corrente capitaneada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura²¹, entendem que a finalidade da pena é de ressocializar o preso, já que a Lei de Execução Penal no seu art. 1º, determina que a execução penal tem dois objetivos, sendo que um deles é dar cumprimento as disposições da sentença e o outro seria fornecer condições para o preso se integrar novamente na sociedade.

Assim, existiria uma co-relação entre a finalidade de ressocializar e o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto seria vedado as penas cruéis, degradantes e torturas.

Dessa forma, o RDD seria inconstitucional por violar todos esses direitos dos presos elencados na CRFB/88, bem como um dos objetivos da pena, que é o de ressocializá-lo.

Acerca dessas considerações, Maria Thereza Rocha de Assis Moura²² leciona:

O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime disciplinar diferenciado viola a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 1º, inciso III, da vigente Constituição da República. Mas não para por aí a inconstitucionalidade. A Lei Maior assegura, como um dos princípios de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º), estando disposto no art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor no Brasil (...). O mesmo direito está assegurado no art. 5º, III, da Constituição da República, que também garante, dentre o rol de direitos e

²⁰ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Críticas a execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 269-281.

²¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *op. cit.*, p. 283-292.

²² *Ibidem*, p. 287.

garantias fundamentais, o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX).

O regime disciplinar diferenciado representa sobrepena cruel e degradante, que alvita o ser humano e fere a sua dignidade, infligindo-lhe castigo físico e moral, na medida em que impõe ao preso isolamento celular absoluto de vinte e duas horas diárias durante um ano, prorrogável até 1/6 da pena.

Por sua vez, com relação a segunda corrente, capitaneada por Guilherme Nucci²³, destaca-se o direito a segurança da coletividade, que pode ser vislumbrado no art. 6º, *caput* da CRFB/88, que determina que o direito a segurança é um direito social, dentre vários outros que estão ali elencados. Assim, a sociedade tem direito a segurança pública.

Acerca dos direitos sociais, Marcelo Nóbrega da Câmara Torres²⁴ esclarece:

Os direitos sociais são direitos fundamentais próprios do homem-social, porque dizem respeito a um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para a realização da vida em todas as suas potencialidades, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens de que necessita.

Portanto, os direitos sociais servem para que o homem possa se desenvolver da melhor forma possível, ou seja, são aqueles direitos que proporcionam para o cidadão a chance de atingir o máximo de bem estar social possível.

Segundo Pedro Lenza²⁵:

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

A relação desse princípio com o RDD é no sentido de que com os presos mais perigosos isolados a população tem mais segurança, pois ficará menos suscetível ao terror imposto por eles de dentro dos presídios.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 497-498.

²⁴ TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara *apud* MORAES, Guilherme Pena de, *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 557.

²⁵ LENZA, Pedro, *op. cit.*, p. 977.

Assim, para essa corrente²⁶ deve prevalecer o direito social à segurança da coletividade, já que mantendo os presos mais perigosos isolados, eles não conseguirão se comunicar com seus comparsas do lado de fora dos presídios e, conseqüentemente, não poderão continuar chefiando suas quadrilhas de dentro do cárcere, como sempre ocorreu.

Destaca-se ainda que o RDD visa também a garantir a segurança dos presos que almejam se ressocializar, uma vez que separados dos presos mais perigosos, eles correm menos riscos de sofrerem toda a sorte de abusos físicos e morais, impostos por aqueles.

Por fim, deve-se comentar um princípio que tem uma importância muito grande para a questão: o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput* da CRFB/88, sob a perspectiva material ou substancial. Como bem observa Guilherme Pena de Moraes²⁷ sobre a distinção entre igualdade formal e material:

Demais disso, há o divórcio entre princípio da igualdade formal, também denominada de igualdade perante a lei, civil ou jurídica, e princípio da igualdade material, também designada de igualdade da sociedade, real ou fática, uma vez que a primeira assegura a produção e aplicação igualitária das regras jurídicas, enquanto a segunda objetiva a igualdade efetiva perante os bens da vida, sendo uma condição da outra, visto que a atribuição de direitos em paridade antecede à alteração da estrutura social e econômica, mediante a remoção de obstáculos que impeçam a sua efetiva verificação. Pelo fio do exposto, o princípio da igualdade é dotado de caráter relativo, eis que proíbe as diferenciações de tratamento arbitrárias, assim compreendidas as discriminações (situações de desvantagem) ou privilégios (situações de vantagens).

Portanto, a igualdade material determina que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade. Assim, como será demonstrado mais adiante, este princípio é importante pois dá sustentação para implantar um tratamento mais rígido para os presos que descumprirem as regras, que forem mais perigosos.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 497-498.

²⁷ MORAES, Guilherme Pena de, *op. cit.*, p. 96.

3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: A CONSTITUCIONALIDADE DESSE REGIME E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA

O ponto central do presente trabalho é discutir a constitucionalidade do RDD usando para tanto a técnica de ponderação de interesses. Assim, nesse capítulo será utilizada essa técnica no RDD objetivando esclarecer sobre a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, bem como será demonstrado como a jurisprudência trata a questão.

3.1. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO RDD

Para recapitular, de um lado existe o princípio da dignidade da pessoa humana, destacando-se vários direitos decorrentes dele, tais como o direito a vedação a penas cruéis, tortura e tratamento degradante, direito a integridade física e moral, que objetivam garantir os direitos fundamentais de todos, inclusive dos presos. Contudo, do outro lado, existe o direito da sociedade a segurança pública, bem como o princípio da igualdade material. O confronto desses direitos que irá determinar constitucionalidade ou inconstitucionalidade do RDD.

Primeiramente, cabe destacar que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana admite ponderação de interesses, pois não existem direitos absolutos no ordenamento pátrio, ou seja, sempre um direito pode ser mitigado quando em confronto com outro direito de maior importância. Portanto, até mesmo aqueles que defendem uma carga axiológica maior desse princípio, como Daniel Sarmento²⁸, admitem que ele possa ser ponderado no caso concreto, sobre essa questão o referido autor pontua:

Também no direito brasileiro, parece indubitável, por exemplo que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da

²⁸ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 103-104.

segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno. Isto, no entanto, não significa que, em toda e qualquer ponderação entre estes dois interesses, a liberdade deve sempre prevalecer. Pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante uma ponderação de interesses.

Assim sendo, em determinadas situações que se configura um grande risco para a segurança da coletividade os direitos fundamentais individuais podem ser restringidos, pois deve prevalecer o coletivo em detrimento do individual.

Daí, que ao se confrontarem os direitos consagrados aos presos pela CRFB/88, já citados, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, com o direito social à segurança da coletividade e dos próprios presos que querem apenas cumprir suas penas, deve prevalecer esse último direito, pois abrange um número muito maior de cidadãos e garante um direito essencial para a harmonia da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

É nesse sentido a lição de Guilherme Nucci²⁹:

Não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. (...) Por isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. (...) Pensamos ser essa situação mais séria e penosa do que o regime disciplinar diferenciado.

Continuando a sua explanação, Guilherme Nucci³⁰ conclui da seguinte forma:

Ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei – e não o possui no plano real –, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 497-498.

³⁰ *Ibidem*, p. 498.

Nesse sentido também, ou seja, pela constitucionalidade do RDD, é o entendimento de Fernando Capez³¹:

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

Portanto, ao usar o princípio da proporcionalidade na ponderação de interesses, pode-se concluir que o implemento do RDD é proporcional a ofensa sofrida pela população, que é a falta de segurança, uma vez é uma medida adequada, necessária e as suas vantagens são superiores as suas desvantagens, atendendo-se assim aos três elementos desse princípio.

Assim, resta claro a constitucionalidade do RDD, pois utilizando a técnica da ponderação de bens, deve-se entender que o direito a segurança da coletividade e dos demais presos deve prevalecer em detrimento aos direitos dos presos que cometem faltas graves que ocasionam a subversão da ordem interna dos presídios e externa.

A corrente que advoga no sentido da inconstitucionalidade do RDD, capitaneada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura³², entende que a Constituição Federal de 1988 vedou as penas cruéis, à tortura e o tratamento desumano ou degradante, enaltecendo, portanto, o princípio da humanização das penas, sob esse prisma o RDD seria inconstitucional.

³¹CAPEZ, Fernando. *Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em: <http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1796>. Acesso em: 11 abr. 2012.

³² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *op. cit.*, p. 287.

Todavia, o RDD não é cruel, não é tortura, nem tampouco acarretaria em tratamento desumano ou degradante, uma vez que o preso não é maltratado, não sofre abusos físicos ou morais, o que ocorre é uma limitação de direitos devido a um comportamento do próprio detento. Cabendo a ressalva de que as condições dessas penitenciárias que oferecem o RDD são muito boas, ou seja, são limpas, higiênicas e não existe superlotação.

Nas palavras de José Paulo Baltazar Júnior³³:

Com a devida vênia, não há crueldade no regime disciplinar diferenciado, entendida esta como sofrimento desarrazoado e imotivado. Sem dúvida que há privação de alguns direitos assegurados aos presos em geral. No entanto, é certo que a privação é inerente a própria idéia de pena ou sanção, sendo ainda admissível em medidas com caráter cautelar.

Outro argumento utilizado é que o RDD viola a integridade física e moral dos presos, já que ao ser submetido ao regime o preso vai cumprir sua pena isoladamente, ou seja, sem contato com outros presos.

Contudo, tal argumento não merece prosperar, já que o fato deles ficarem isolados não acarreta violação a sua integridade física ou moral, segundo José Paulo Baltazar Júnior³⁴, “não há falar, tampouco, em violação da integridade física ou moral do preso, havendo mera diferença do grau de apenamento ou da forma de seu cumprimento, sem qualquer atentado físico ou mental sobre o preso.”

Cabe ressaltar que a própria LEP, art. 88, *caput*, determina que o preso será alojado em cela individual que deverá ter dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Ou seja, o regime normal de cumprimento de pena sempre determinou que o preso deverá cumprir sua pena em cela individual, assim, desde o advento da LEP, o detento deve ficar grande parte do tempo sem comunicação com outros presos. O que o RDD fez foi aumentar esse tempo sem

³³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, n. 344, p. 101-116, jun. 2006.

³⁴ *Ibidem*.

comunicação com outros presos, assim a Lei n.10.792/03 não inovou no sistema jurídico, mas apenas aumentou uma restrição que já existia.

A CRFB/88, art. 5º, XLVI determina que a lei regulará a individualização das penas, portanto foi consagrado o princípio da individualização das penas. Assim, esse princípio determina que as penas impostas aos detentos devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza do delito e com as características do delinquente. Nas palavras de Guilherme Nucci³⁵:

Quanto à individualização da pena, sabe-se que há três aspectos a considerar: a) individualização legislativa: o primeiro responsável pela individualização da pena é o legislador, afinal, ao criar um tipo penal incriminador inédito deve-se estabelecer a espécie de pena (detenção ou reclusão) e a faixa na qual o juiz deve mover-se (ex.: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12 a 30 anos), entre outros aspectos; b) individualização judicial: na sentença judicial deve o magistrado fixar a pena concreta, escolhendo o valor cabível, entre o mínimo e o máximo, abstratamente previstos pelo legislador (...); c) individualização executória: a terceira etapa da individualização da pena se desenvolve no estágio da execução penal. A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.

No caso em questão, importa analisar a terceira etapa da individualização da pena, que seria a individualização executória. Portanto, o RDD nada mais fez do que respeitar esse princípio, uma vez que só vai para o regime quem se encaixar nas hipóteses do art. 52, da LEP, ou seja, praticar algum fato descrito como crime doloso, que ocasione subversão da ordem, ou quem apresentar alto risco para a sociedade ou para o estabelecimento penal, ou ainda quem fizer parte de organização criminosa.

Assim, sofrerá uma sanção mais grave aquele que preencher os requisitos da lei, sendo a sua pena justa e proporcional a infração praticada, não ocorrendo qualquer tipo de padronização, respeitando o princípio da individualização das penas.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 940.

Muito elucidativa é a lição de José Paulo Baltazar Júnior³⁶:

Quanto à individualização da pena, na verdade, mais acertado o entendimento de que o regime disciplinar diferenciado, ao contrário de violar os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da individualização da pena, os preserva, ao impor a alguns presos, em casos determinados, atendidas as hipóteses legalmente previstas, regime mais rigoroso, que sancione a falta disciplinar e evite a reiteração da prática criminosa, garantindo, ainda, a segurança dos demais presos.

O art. 5º, *caput* da CRFB/88 consagra o princípio da isonomia material ou igualdade substancial. Tal princípio é de vital importância para resolver o conflito entre os direitos dos presos que cometem faltas graves e são perigosos e os da sociedade e dos demais presos. Esse princípio rege que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade.

Daí, o princípio se encaixa muito bem no caso em questão, uma vez que aqueles detentos que são iguais devem ser tratados de forma igual, mas aqueles que são mais perigosos, que trazem terror para dentro e fora das prisões devem ser apenados mais gravemente, pois eles são desiguais. Portanto, o detento perigoso, que subverte a ordem na prisão e fora dela não pode ter o mesmo tratamento de quem está preso querendo cumprir sua pena e ser liberado.

Assim, aplicando a isonomia material, deve-se entender que o RDD é constitucional, uma vez que dá um tratamento mais rígido, rigoroso para o preso mais perigoso, ou seja, trata desigualmente aqueles que são desiguais.

Cabe a ressalva de que a LEP, art. 41, XII determina que é direito do preso o tratamento igual, exceto quanto às exigências da individualização da pena. Portanto, está de acordo com o que exposto acima.

³⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, *op. cit.*, p. 101-116.

3.2. A CONSTITUCIONALIDADE DO RDD RECONHECIDA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça converge para o entendimento da constitucionalidade do RDD. Nesse sentido foi a decisão proferida no HC 40.300/RJ³⁷, pela 5ª Turma desse Tribunal, que se segue:

Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o RDD, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52, da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional e, também, no meio social. (...) Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF, à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, per se, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção.

O *Habeas Corpus* supra citado é muito elucidativo, pois resume com precisão praticamente todas as ideias abordadas nesse trabalho.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de forma conclusiva acerca da constitucionalidade do RDD, cabendo a ressalva de que está em andamento nesse tribunal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.162, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, na qual requer a declaração de nulidade dos artigos que tratam do RDD, contudo tal julgamento até a presente data ainda não ocorreu.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 40.300/RJ. 5ª T. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 07.06.2005, publicado no DJ de 22.08.2005, p. 312.

CONCLUSÃO

O implemento do regime disciplinar diferenciado surgiu da necessidade constatada nas prisões brasileiras, considerando a super lotação e a precariedade de suas instalações. Assim, atualmente essas prisões são verdadeiras “fábricas de delinquentes”, pois um preso pode entrar na prisão de uma forma e sair mais perigoso do que quando entrou, devido a todos os abusos que sofrem durante o cumprimento da pena, como estupros, homicídios e rebeliões.

Todavia, a realidade fática não basta para legitimar o RDD, ou seja, também é necessário que esse regime não viole normas constitucionais.

Portanto, após sopesar os princípios e direitos envolvidos por meio da ponderação de interesses, pode-se concluir que o RDD não viola os preceitos constitucionais, uma vez que se trata de uma resposta proporcional a ofensa sofrida pela sociedade, assim o RDD coloca em prática o princípio da individualização das penas e da isonomia material, pois trata os presos que transgrediram as regras de forma diferente, personalizando e particularizando suas penas, contudo sem impor a eles uma pena cruel, desumana ou degradante.

Dessa forma, o RDD é constitucional, pois não afronta o texto constitucional, sendo uma medida proporcional, eficaz e necessária no combate ao crime organizado, proporcionando a sociedade um pouco mais de paz e tranquilidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Penal. *Código Penal, Processo Penal, Constituição Federal e Legislação penal e processual penal*. Luiz Flávio Gomes (Org). 12. ed. São Paulo: RT, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 40.300/RJ. 5ª T. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 07.06.2005, publicado no DJ de 22.08.2005, p. 312.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, n. 344, p. 101-116, jun. 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em: <http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1796>. Acesso em: 11 abr. 2012.
- CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Críticas a execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártires *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Críticas a execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Adeildo *apud* MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara *apud* MORAES, Guilherme Pena de, *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.