

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: ANÁLISE DE SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Mariano Paganini Lauria*

Renee do Ó Souza**

Resumo: O presente artigo visa a apresentar uma análise dogmática constitucional acerca do regime disciplinar diferenciado. Abordam-se o contexto histórico, em que tal instituto surgiu no ordenamento jurídico, sua previsão normativa, hipóteses e características, para, então, proceder-se a uma análise de sua conformidade constitucional propriamente dita, mediante a interpretação e aplicação de parâmetros constitucionais supostamente violados. Também se analisa o tema sob o prisma do critério da proporcionalidade, bem como à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Ao fim, serão tecidas algumas considerações conclusivas em relação à conformidade constitucional do instituto em comento.

Palavras-chave: Regime disciplinar diferenciado; dogmática constitucional; conformidade e proporcionalidade; aplicação jurisprudencial.

DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME: ANALYSIS OF ITS CONSTITUTIONAL COMPLIANCE

Abstract: The article presents a constitutional dogmatic analysis of the differentiated disciplinary regime. The historical context

* Mestre em Direito Constitucional pela UFRN, Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do MPRS.

** Mestre em Direito pelo UniCEUB-DF.

of the legal institution's emergence in the legal system is approached, as well as its legal forecast, hypotheses and characteristics, before moving on to an analysis of its constitutional conformity, which includes an analysis of interpretation and alleged violations of constitutional parameters. Furthermore, the matter is also analyzed through the prism of the proportionality criterion, as well as in the light of Superior Court jurisprudence. As a result, some conclusive considerations will be made in relation to the constitutional conformity of the institute in question.

Keywords: Differentiated disciplinary regime; constitutional dogmatic; conformity and proportionality; jurisprudential application

Sumário: 1. Breve contextualização do tema e previsão infraconstitucional do instituto - 2. Regime disciplinar diferenciado e sua conformidade constitucional 2.1 Parâmetros constitucionais supostamente violados 2.2 Análise do regime disciplinar diferenciado à luz do critério da proporcionalidade 2.3 Tratamento jurisprudencial do instituto – 4. Considerações finais – 5. Referências.

INTRODUÇÃO



Á muito o Estado brasileiro tem se mostrado incapaz de combater, de forma efetiva, a criminalidade organizada. Muitas lideranças criminosas, mesmo quando encarceradas, não são neutralizadas, continuam “dando as cartas” e fazendo dos combalidos estabelecimentos prisionais verdadeiros quartéis-generais de seus “sindicatos”, “partidos” e “comandos” do crime.

Não é de hoje que um “Estado paralelo” ganha forma e força no cenário intramuros. Ordens são emanadas e sentenças de morte decretadas, solapando-se as instituições constituídas e

a soberania popular, tão caros ao Estado Democrático e Constitucional de Direito, que chega a se ver à mercê de situações como “toque de recolher” e “salve-geral”.

Neste cenário, surgiu o polêmico regime disciplinar diferenciado, destacando-se dois episódios que configuraram o verdadeiro estopim para sua criação, a saber:

Em fevereiro de 2001, no Estado de São Paulo, uma rebelião de enormes proporções tomou conta do sistema penitenciário local. Ao todo, 25 penitenciárias e 4 cadeias aderiram ao movimento orquestrado pela facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), que protestava contra a transferência de alguns de seus líderes da Casa de Detenção do Carandiru para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, considerada uma espécie de presídio de segurança máxima.

Em resposta a tal rebelião, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo editou, em 04 de maio de 2001, a resolução nº. 26², que regulamenta a inclusão, permanência e exclusão de presos no regime disciplinar diferenciado, destinado aos integrantes de facções criminosas. O fim colimado era o recrudescimento do controle disciplinar no interior do sistema carcerário, com previsão de aplicação inicial em cinco unidades prisionais, quais sejam: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré. O regime consistia no isolamento do

1 Jargão utilizado no mundo do crime significando a ordem emanada de dentro dos presídios por membros de facções criminosas para que seus integrantes espalhem o terror nas ruas. Chegou a inspirar um longa metragem de mesmo nome (Salve Geral) que conta a história ocorrida em São Paulo, no ano de 2006, quando o caos e a barbárie tomaram conta das ruas, por determinação do PCC. Vide <<http://revistae-poca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI95106-15223,00-PODE+ACONTE-CER+DE+NOVO.html>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

2 “A norma teria sido veiculada no exercício da competência estadual para legislar sobre direito penitenciário e foi considerada válida pelo TJSP (HC 400.000.3/8, 6ª Cam., 21.11.02).” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.

detento por 180 dias na primeira inclusão e por 360 dias nas demais, com previsão de “*banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia*” e “*duração de 2 horas semanais para visitas*” (artigo 5º, incisos II e IV da Resolução 26/01)³.

Posteriormente, em março de 2003, dois assassinatos de Juízes de Varas de Execução Penal – um em São Paulo/SP e outro em Vitória/ES – perpetrados por facções criminosas em retaliação à postura firme dos magistrados com relação às questões penitenciárias, aceleraram a aprovação do Projeto de Lei n.º 5.073, enviado ao Congresso Nacional pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Tal projeto de lei intencionava sistematizar, em âmbito federal, um regime penitenciário disciplinar mais rigoroso, tendo culminado com a aprovação da Lei n.º 10.792/2003, a qual alterou dispositivos da Lei de Execução Penal, passando a disciplinar o instituto do regime disciplinar diferenciado⁴.

De lá para cá, em que pese ser pacífica – até o momento – a jurisprudência no sentido da constitucionalidade do instituto, estabeleceu-se forte polêmica doutrinária sobre o tema. Com efeito, parcela considerável da doutrina⁵, levanta-se para apontar a inconstitucionalidade do instituto em comento, pelos mais variados argumentos, tais como: mácula à dignidade da pessoa humana, ofensa à individualização e ao princípio da humanidade das penas, *et coetera*. Por outro lado, diversos autores⁶ defendem a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, o qual

3 COSATE, Tatiana Moares. *Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?* Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, p. 207, maio/ago. 2007. Disponível em: <file:///D:/Users/pgj/Downloads/11466-44410-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

4 *Idem, Ibidem*, p. 208.

5 Nesse sentido, ver por todos o seguinte artigo: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *O Suplício de Tântalo: a Lei 10.793/03 e a Consolidação da Política Criminal do Terror*. CARVALHO, Salo de (org). Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 445-450.

configuraria opção política legítima do Estado que busca recuperar o controle do sistema penitenciário e amiar a força da criminalidade organizada intramuros.

Nada obstante, percebe-se que o debate é, no mais das vezes, movido por posicionamentos filosóficos e ideológicos, descurando do caráter eminentemente jurídico-dogmático que deve permear a análise da constitucionalidade do instituto em testilha. Sendo assim, autores que se filiam à corrente teórica de filosofia política mais republicana costumam apontar a possibilidade de um regime disciplinar penitenciário fortemente rigoroso, desde que respeitadas alguns direitos básicos dos indivíduos segregados⁷, ao passo que outros tendem a enxergar inconstitucionalidade em tal regime.

Embora essa seja uma tendência que permeia o meio jurídico brasileiro, de reputar como inconstitucional aquilo com que não se concorda ou a que não se está alinhado ideologicamente, mormente em tempos de polarização político partidária, buscamos neste trabalho perscrutar se, na perspectiva jurídico-dogmática, existem parâmetros constitucionais efetivamente violados pela Lei n.º 10.792/2003, naturalmente sem a pretensão de esgotar o assunto.

Cumprе ressaltar que o regime disciplinar diferenciado não configura, tecnicamente, um regime de cumprimento de pena, até porque pode ser aplicado a presos ainda não condenados (provisórios), mas um *regime de disciplina carcerária especial*, conforme ensina Mirabete:

Pela Lei n.º 10.792, de 1.º-12-2003, foi instituído o regime disciplinar diferenciado, que não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao

7 Em que pese o debate mais aprofundado acerca de filosofia política não constar entre os objetivos centrais almejados no presente artigo, vale a pena conferir a seguinte obra. GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.⁸

Prevê o art. 52 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, que podem ser inseridos no regime disciplinar diferenciado o preso definitivo ou provisório, nacionais ou estrangeiros⁹ que: a) pratique crime doloso constitutivo de falta grave, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (*caput* do citado artigo); b) que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (parágrafo primeiro) e c) o sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (parágrafo segundo).¹⁰

A primeira hipótese, descrita no *caput*, é costumeiramente referida como regime disciplinar diferenciado punitivo. Trata-se de verdadeiro poder sancionatório do Estado à falta grave cometida, que visa manter o devido controle sobre o estabelecimento penal. Observe-se que tal falta apresenta um qualificativo adicional em relação às demais, pois além de ter sido praticado pelo ergastulado um crime doloso durante o momento da prisão, tal fato deve necessariamente ocasionar uma grave subversão da ordem ou disciplina internas (a exemplo de motins violentos, homicídios qualificados motivados por vingança e “acerto de contas”, entre outros), afigurando-se de todo razoável tal postura estatal sancionatória.¹¹

8 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal. Comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-1984*. São Paulo: Atlas. 12ª Edição, 2014. p. 149-150.

9 Até mesmo porque o preso provisório também se encontra sujeito à Lei de Execução Penal, conforme a inteligência do artigo 2º, parágrafo único do referido diploma normativo.

10 BRASIL. Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.

11 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17,

Em sentido diverso, as duas outras hipóteses tratam do que se convencionou chamar de regime disciplinar diferenciado cautelar ou preventivo, visto não refletirem punição a determinada falta cometida, porque buscam evitar um risco iminente à própria segurança do estabelecimento (indicativo de que determinado preso exerce forte influência na organização de rebeliões, por exemplo) ou da sociedade (isolamento das lideranças de organizações criminosas, que ordenam a prática de crimes a serem executados por seus comparsas fora do cárcere). Tais hipóteses, naturalmente, devem ser aplicadas com a necessária prudência, quando presentes os elementos sumários das medidas cautelares em geral, e apenas em situações concretamente demonstradas, nunca em decorrência de mero automatismo jurídico.

Relembre-se que inexistente qualquer óbice para a previsão do regime disciplinar diferenciado preventivo já que assente na legislação processual a possibilidade de aplicação de medidas afliativas anteriores à condenação, desde que voltadas ao resultado útil do processo e decretadas por meio de decisão fundamentada – como sói ocorrer, por exemplo, com a prisão preventiva e as medidas cautelares pessoais diversas da prisão positivadas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A propósito, muito interessante é a proposta apresentada por Guilherme de Souza Nucci que defende uma espécie de interpretação conforme¹², aliando, de forma cumulativa, as

abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.

12 Em idêntico perfilhamento, José Paulo Baltazar Júnior também defende a possibilidade/necessidade de uma interpretação conforme ao dispositivo em voga, conforme segue: “É de registrar ainda que, em linha de princípio, e em atenção ao princípio da proporcionalidade, a imposição do regime disciplinar diferenciado não decorrerá, pura e simplesmente, do fato de ter sido o crime cometido por quadrilha, bando ou organização criminosa, acrescendo-se a tais requisitos a demonstração da necessidade da medida no caso concreto, em virtude do grau de organização e do tipo de grupo criminoso, o que poderá levar a um risco de fuga ou resgate violento, da reitereção na prática criminosa após a prisão, em virtude, por exemplo do grau de articulação com indivíduos soltos, etc. Empresta-se, assim, interpretação conforme ao

hipóteses dos parágrafos primeiro e segundo, diante da abertura e vagueza das situações lá previstas. Dito por palavras menos congestionadas, propõe o aludido autor que tais critérios (presos que apresentem alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas) sejam aplicados de forma obrigatoriamente cumulativa, a fim de se satisfazerem os requisitos de um regime disciplinar diferenciado efetivamente legítimo e proporcional. Neste sentido, pondera:

Em nossa visão, a única forma de acolher o disposto no §1.º deste artigo é associá-lo ao §2.º, que faz expressa remissão às organizações criminosas. Portanto, presos de alta periculosidade para o presídio ou para a sociedade são aqueles que integram o crime organizado ou, pior, lideram tais agrupamentos. Essa é, na essência, a autêntica legitimidade do RDD; o isolamento dos líderes de organizações criminosas.¹³

Nos termos da legislação de regência, o regime disciplinar diferenciado terá as seguintes características: a) duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; b) recolhimento em cela individual; c) visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; d) direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; e) entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; f) fiscalização do conteúdo da correspondência; e g)

dispositivo, sem vislumbrar, em abstrato, inconstitucionalidade.” Idem, ibidem.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 450.

participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.¹⁴

Postas tais premissas, passa-se à análise acerca da conformidade constitucional do instituto.

2. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

2.1 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS

O primeiro teste de validade feito ao regime disciplinar diferenciado é quanto ao malferimento à dignidade da pessoa humana, o que nos remete a algumas considerações acerca do significado e alcance da norma do artigo 1.º, III, da Constituição Federal.¹⁵ Modernamente, a dignidade da pessoa humana é vista como valor fundamental, mantendo estreita relação com os direitos fundamentais, uma vez que estes, em sua maioria, consubstanciam projeções daquela, tendo em seus conteúdos nucleares uma íntima conexão com aquela, o que lhe remodela como um verdadeiro valor-fonte.¹⁶

14 BRASIL. Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.

15 Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentário ao art. 1º, III, da Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p 245-246.

Embora de inegável grandeza junto ao Estado Constitucional moderno, a dignidade da pessoa humana tem, por vezes, se desdobrado para abordagens hipertrofiadas e um uso meramente retórico, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que se devem, sem dúvida, às dificuldades de sua definição e alcance concreto.¹⁷

Essa patente dificuldade conceitual deu azo a inúmeras teorias acerca do tema, entre elas a famosa “fórmula-objeto” de inspiração kantiana, segundo a qual: se estaria diante de uma violação da dignidade humana toda a vez que o indivíduo fosse instrumentalizado, ou seja, utilizado como um meio para o alcance de determinados propósitos. É certo que esse método é mais profícuo nos casos extremos de evidente instrumentalização do sujeito (como são, por exemplo, a tortura, escravidão, nítidas humilhações, *et coetera*) e um tanto quanto ineficaz nos demais (a maior parte), caracterizados por uma zona cinzenta sobre a violação do conteúdo nuclear da dignidade humana. Tal imprecisão conceitual deu início a uma tendência (verificada até hoje) de se definir negativamente a dignidade da pessoa humana. Segundo tal estratégia de definição, busca-se, em suma, a definição não por intermédio de seu conteúdo, mas sim centrando-se a análise no objeto da ação supostamente violadora, pautando-se sempre na casuística do caso concreto.¹⁸

No que atine ao tema do presente estudo, exsurgem como possíveis parâmetros de inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, o direito fundamental à vedação da submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III, da Constituição Federal¹⁹), bem como a proibição de penas

17 MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59.

18 *Idem, ibidem*.

19 *III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

cruéis (art. 5.º, XLVII, alínea “e”, da Carta Maior) – este último, de certa forma, numa relação de *lex specialis* com o primeiro, por ser mais específico em relação às pessoas presas, podendo-se afirmar tratar-se, em verdade, de positivação do princípio da humanidade das penas²⁰.

Passa-se, então, a indagar: o preso submetido ao regime disciplinar diferenciado está sob o jugo de tortura, tratamento desumano ou degradante? Seria uma espécie de pena cruel infligida pelo Estado? Caso a resposta seja positiva, possível afirmar a inconstitucionalidade do instituto por ofensa aos dispositivos supramencionados e até mesmo, por decorrência lógica, à própria dignidade humana do preso (tendo em vista a correlação explicitada desta com o direito fundamental), o que seria bem mais grave, dada a magnitude e intangibilidade deste valor fundamental. De outra banda, em caso negativo, pode-se afirmar que o regime disciplinar diferenciado traduz hipótese legítima e constitucional de intervenção estatal, seguindo-se adiante na análise jurídico-dogmática proposta.

Nesse passo, com relação ao conceito de tortura, tratamento desumano ou degradante, cumpre trazer à baila o seguinte ensinamento de Luiz Alberto David Araújo, conforme segue:

O conceito de tortura estaria dentro da ideia de tratamento desumano. Na verdade, a Constituição Federal cuidou de deixar claro que três comportamentos estariam sendo condenados: a prática da tortura, o tratamento desumano, que poderia ser qualquer outro que, assim caracterizado, não se enquadraria na hipótese de tortura, e, por fim, o tratamento degradante. Cuidou, o constituinte, de alargar o conceito, mesmo pecando por excesso. Quis deixar claro que todo e qualquer comportamento

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.

20 “Em contraste com o que Ruiz Funes chamou de direito penal de cólera, que “ataca às cegas”, o direito penal moderno, de origem iluminista, se orienta pela máxima oposição às penas de morte, às penas cruéis, à barbárie das fogueiras, das acusações infundadas, das provas legais, enfim, da caça às bruxas, do sacrifício de inocentes” BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 47.

atentatório à dignidade da pessoa humana, quer enquadrado como tortura, quer enquadrado como degradante, ou ainda desumano, mereceria reprovação do Estado Brasileiro. Haveria, nos dizeres de Raúl Canosa Usera[2], gradações da mesma situação. Não há necessidade, neste dispositivo, de clara identificação entre uma e outra situação.²¹

Portanto, percebe-se que são conceitos que guardam uma imbricação lógica entre si e com a dignidade da pessoa humana²². Nada obstante, existem dispositivos legais que definem o que seja tortura no Brasil, quais sejam: (a) a Convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, já devidamente incorporada no Brasil, pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991 e (b) a Lei 9.455/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências.

Em análise de ambos os diplomas legais²³, verifica-se

21 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Comentário ao Art. 5º, III, da Constituição Federal*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p 561.

22 Neste ponto, afigura-se relevante destacar que hodiernamente – apesar da posição há muito arraigada na doutrina constitucional brasileira de que não há direito fundamental absoluto, sequer a vida – alguns autores ponderam que a vedação à tortura poderia ter contorno absoluto, justamente porque a prática de qualquer sevícia ao cidadão, notadamente por agente estatal, ofenderia frontalmente a sua dignidade de pessoa humana. CUNHA, Rogério; PINTO, Ronaldo Batista. *Tortura – Lei 9.455/1997. Capítulo 23*. In. CUNHA, Rogério; PINTO, Ronaldo Batista SOUZA Renee do Ó. (Org.). *Leis Penais Especiais Comentadas Artigo por Artigo*. 03 ed. Salvador: Juspodium, 2020. P.1071.

23 Nesse sentido, estabelece o artigo primeiro da referida Convenção que: *“Para os fins desta Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.”* Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 19 jan.

que a tortura seria a imposição de um intenso sofrimento físico ou mental com uma finalidade especial, notadamente a obtenção de informações ou confissões, a discriminação e a imposição de castigos ou punição a alguém sob a guarda ou autoridade estatal – hipótese esta que teria relação direta com o instituto analisado. De outra banda, a própria Convenção faz a seguinte ressalva na parte final do seu artigo inicial, *in verbis*: “*Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas*”²⁴

Dessarte, em uma análise perfunctória, pode-se adotar como conclusão parcial que o regime disciplinar diferenciado não é considerado tortura, pois decorre de uma sanção estatal legítima. Todavia, tal raciocínio seria por demais simplório e não resolve satisfatoriamente a indagação inicial, sendo necessária uma análise específica das características do instituto a fim de verificar se efetivamente a pessoa sujeita ao mencionado regime é submetida a tortura, tratamento cruel ou degradante.

Nessa toada, cumpre repisar as características centrais de cumprimento do regime disciplinar diferenciado, quais sejam: duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; recolhimento em cela individual; visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; fiscalização do conteúdo da correspondência;

2021.

24 *Idem, ibidem.*

participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

Ora, temos então, em síntese ilustrativa, um regime disciplinar especial que possui efetivamente um prazo máximo estabelecido por lei, o qual não parece, por si só, irrazoável; que determina o recolhimento celular (individual) do preso, o que não chega a ser nenhuma novidade, pois a própria Lei de Execução Penal, em seu art. 88, já prevê o recolhimento do condenado em cela individual, logo, embora carente de efetividade tal dispositivo (é cediço que quase a totalidade dos estabelecimentos penitenciários no Brasil estão superlotados, sendo uma quimera a previsão da LEP de recolhimento individual do preso regular, fora das situações do regime disciplinar diferenciado), não se pode dizer que seja um rigorismo inovador.

Outrossim, é garantido o direito de visita – e por decorrência o direito fundamental à convivência familiar, ainda que de forma mais restrita, pois limitado a duas pessoas (sem contar as crianças) uma vez a cada quinze dias; ademais, prevê a possibilidade de saída do ambiente de confinamento celular por duas horas diárias, para atividades como banho de sol, regra mais severa, porque restringe as atividades de lazer e o contato com os outros detentos, mas longe de constituir tortura ou crueldade, já que voltada juntamente a evitar o convívio e troca de informações entre os presos.

Não se deve olvidar que o custodiado submetido ao regime disciplinar diferenciado já se encontra inserido numa relação de especial sujeição ao Estado, ou seja, já tem uma natural limitação de seus direitos fundamentais (como o direito geral de liberdade e de ir e vir, por exemplo), por força de uma decisão judicial (seja com ou sem trânsito em julgado).

Neste esteio, citando Konrad Hesse, José Paulo Baltazar Júnior assim se manifestou:

Um segundo ponto a destacar é que se está diante de uma relação de especial sujeição, sobre as quais assim se manifesta

Hesse:

"Trata-se de condições de vida especiais de, cada vez, legalidade própria material especial que, por causa dessa legalidade própria, também, cada vez, requerem ordens especiais mais elásticas. (...) As relações de status especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas tarefas na vida da coletividade, se o status geral, jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais do particular também permanecesse conservado completamente no status especial."(32)²⁵

Trata-se de verificação crucial para o nosso estudo. O regime disciplinar diferenciado extrai fundamentos de validade desta relação especial de sujeição, em que direitos relacionados ao lazer e convívio social do preso são sensivelmente restringidos racionalmente e em vistas de objetivos públicos, o que impede sejam caracterizados como espécie de castigo físico ou mesmo mental. Por isso que não se vislumbra qualquer correlação lógica das características do instituto em testilha com o conceito básico de tortura (sedimentado ao longo do tempo e positivado nos diplomas normativos supramencionados), o qual sempre foi associado com aquele comportamento estatal perverso e ilegítimo, exercido com o fito de anular a personalidade da pessoa ou sua capacidade de autodeterminação e resistência pelo imenso sofrimento (físico ou mental) infligido²⁶.

25 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 260. *Apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.

26 Este também é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, senão vejamos: "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

Ainda no que tange à análise da conformidade constitucional do instituto, não é possível passar ao largo de outro direito fundamental constantemente invocado, como supostamente violado quando da análise do instituto em espeque, qual seja, o direito à individualização das penas, previsto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição, ao estabelecer que "*a lei regulará a individualização da pena*"²⁷.

Como cediço, a individualização da pena concretiza-se em três fases distintas: na primeira, a legislativa, ocorre sua cominação em abstrato, com o etiquetamento da conduta e a definição da espécie de pena e dos seus limites, conforme critérios políticos, sociais, econômicos, ideológicos, etc; em seguida, na fase judicial, quando, na sentença, o magistrado, apreciando o caso concreto e a culpabilidade do autor, determina a espécie de pena entre as legalmente previstas e, dentro dos limites correspondentes, fixa o *quantum* necessário; e, por fim, na fase executória, no contexto da nova relação que se inaugura entre o Estado e o condenado, de acordo com o programa individualizador (art. 6º da Lei 7.210/1984) do tratamento penitenciário.²⁸

A nosso juízo, o estabelecimento de um regime disciplinar diferenciado a determinado preso configura, antes de uma vulneração da individualização das penas, uma legítima concretização de tal direito fundamental, "*ao impor a alguns presos, em casos determinados, atendidas as hipóteses legalmente previstas, regime mais rigoroso, que sancione a falta disciplinar e*

asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos." NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 445-450.

27 Direito fundamental previsto com uma reserva legal simples: "*A reserva legal pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) quando a Constituição indica que o exercício será feito "na forma da lei" ou "nos termos da lei"*" DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p.154.

28 BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148-150.

*evite a reiteração da prática criminosa, garantindo, ainda a segurança dos demais presos”.*²⁹

Ora, pode-se até mesmo afirmar que, por ser o regime disciplinar diferenciado uma hipótese excepcional, na qual está inserida uma pequena minoria de encarcerados, costuma-se ver um *approach* estatal mais efetivo nos aspectos individualizadores da pena, sendo, portanto, realizado um acompanhamento mais acurado e especializado ao custodiado.

Em célebre entrevista ao programa Fantástico da Rede Globo de Televisão, veiculada em 09/11/2003, o indivíduo notoriamente conhecida como “Fernandinho Beira-Mar”³⁰, condenado criminalmente e apontado como um dos líderes de uma das maiores organizações criminosas atuantes no Brasil, o Comando Vermelho, transferido para a Penitenciária de Presidente Bernardes e inserido no regime disciplinar diferenciado - em que pese ter afirmado expressamente não apreciar o regime disciplinar especial, tecendo inúmeras críticas -, fez a seguinte afirmação: “- *O serviço que é feito aqui, nunca vi em outra cadeia. Assistentia psicológica, social, tratamento dos funcionários é perfeito.*”³¹

Ademais, em manifestação apresentada pelo Estado de São Paulo, solicitando o seu ingresso como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4162, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no afã de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, foram

29 BORTOLOTTI, Gilmar. *Regimes diferenciados, igualdade e individualização*. mimeo, s.d. *Apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm> Acesso em: 04 jul. 2015.

30 Para maiores informações consultar <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fernandinho_Beira-Mar> Acesso em: 19 jan. 2021.

31 Trecho da entrevista extraída do seguinte artigo: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora*. Disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>> Acesso em 19 jan. 2021.

juntados relatórios (contendo inclusive fotos dos locais de cumprimento de regime disciplinar diferenciado) demonstrando o alojamento dos presos em celas individuais totalmente salubres, recebendo uma eficaz assistência material, jurídica, à saúde (médica, farmacêutica, odontológica e psicológica), educacional, social e religiosa.

Portanto, até o momento, não há qualquer mácula à constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, não se verificando afronta aos parâmetros constitucionais supostamente aplicáveis à espécie.

2.2 ANÁLISE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

Foi visto alhures que nenhum dos parâmetros constitucionais relacionados ao tema chegou a ser violado diretamente. Por isso, parece que não estamos diante de uma verdadeira colisão entre direitos fundamentais, mas sim frente a legislação infraconstitucional posterior (Leis 10.792/2003 e 13.964/2019), que restringiram alguns direitos anteriormente previstos na redação original da Lei de Execução Penal.

Nada obstante, supondo – o que se admite em homenagem ao debate científico – que se deva tratar a questão no plano de uma suposta colisão entre direitos fundamentais (como comumente se observa nos trabalhos acadêmicos que analisam a questão da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado), pode-se considerar que, inegavelmente, há um agravamento na situação especial de sujeição do encarcerado, acarretando, por via reflexa, uma mitigação de alguns de seus direitos individuais (fundamentais), devendo-se, então, por outro lado, examinar qual o direito social ou coletivo que estaria em rota de confronto, para, através do critério da proporcionalidade, investigar a solução para tal colisão, notadamente averiguando se há justificação (ou não) à intervenção estatal em um dos direitos

fundamentais em conflito.

Sendo assim, e conforme o que foi apresentado na contextualização inicial sobre o tema, percebe-se que o direito coletivo em jogo no caso em tela é o direito social à segurança pública³², positivado no *caput* do art. 6.º da Constituição Federal. Logo, é possível afirmar que a previsão legislativa relativa ao regime disciplinar diferenciado, teoricamente, nada mais é do que a concretização de uma dever estatal de tutela³³, decorrente da dimensão objetiva do direito social em comento.

Por conseguinte, passível de ser verificado se tal intervenção estatal atende ao critério de proporcionalidade. Aqui faz-se necessário o seguinte esclarecimento: será adotada a proposta apresentada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins de estabelecer apenas dois subcritérios (após ficar constatado que há uma licitude do propósito almejado, que no caso está preenchida tendo em vista que a medida visa à concretizar o direito social fundamental à segurança pública), quais sejam, a adequação e a necessidade da medida, ao revés da maioria da doutrina nacional, que incluiu ainda o terceiro subcritério, o da proporcionalidade *stricto sensu*. Os mencionados autores prelecionam que o

32 Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci preleciona que: “*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.*” In NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 446.

33 Sobre o tema: “*Na função de imperativos de tutela, os direitos fundamentais têm sua eficácia densificada a partir da obrigação, imposta ao Estado, de adotar uma postura ativa na sua efetivação; o objetivo central da função de imperativo de tutela é o de proteger os bens jurídicos fundamentais diante de intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado, assegurando, assim, sua efetiva capacidade funcional. Considerando-se que essa função protetiva do Estado haveria de se desempenhar de maneira minimamente eficaz (uma proteção ineficaz não faria sentido), a proporcionalidade aparece aqui em seu limite inferior, ou seja, como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).*” FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 51.

terceiro subcritério nada mais seria do que uma ponderação direta dos direitos em conflito, realizada pelo próprio aplicador do direito, avaliando qual o “peso” de tal ou qual direito e fazendo uso de uma metafórica balança no caso concreto.

Ocorre que, para os citados autores - com os quais concordamos, ainda que cientes de sua posição minoritária - essa ponderação (balanceamento), oriunda da chamada “teoria axiológica dos direitos fundamentais”, é carente de legitimação constitucional e justificação jurídico-racional, na medida em que não há qualquer hierarquia estabelecida aprioristicamente no texto constitucional, possuindo todos os direitos fundamentais a mesma dignidade constitucional³⁴.

Neste lamiré, o meio será adequado se houver uma indicação, fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica, de que o estado de coisas almejado pelo Estado será alcançado.³⁵ “*A adequação da intervenção estará presente se houver uma relação de fomento entre a sua utilização e o seu propósito.*”³⁶

Ora, a pretensão estatal de proporcionar segurança à população pressupõe a necessidade de manter a ordem e o comando no interior dos estabelecimentos penitenciários. Por isso o isolamento das lideranças das organizações criminosas que determinam e coordenam as atividades criminosas no ambiente intra e extramuros (por meio de ordens, recados ou até mesmo de comunicações via telefones móveis), além de evitar o contato com o mundo exterior – inclusive restringindo o número e o acesso de visitantes – e a influência com os outros presos, a fim de prevenir motins e rebeliões ou, ainda, desestimular a prática de outros atos criminosos que causem a indisciplina e a

34 DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p.195-221.

35 *Ibidem*, p. 203.

36 MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 173.

desordem no cárcere são medidas que, *prima facie*, fomentam o propósito estatal colimado.

Já a necessidade do meio utilizado relaciona-se à possibilidade de utilização de meios alternativos igualmente adequados, mas que sacrifiquem menos o direito a ser restringido. Logo, se houver um meio alternativo menos gravoso e com eficácia semelhante, este deverá ser utilizado. Pode-se afirmar que este subcritério é a pedra de toque da proporcionalidade, pois o meio adequado pode muitas vezes ser sensivelmente oneroso ao direito fundamental.

À guisa de outras medidas eficazes para a paralisação das atividades desempenhadas por lideranças criminosas já encarceradas, o regime disciplinar diferenciado se apresenta como um meio proporcional para tanto (isolamento dos demais detentos e restrição de comunicação intra e extramuros). Além disso, há de se considerar que mesmo mantendo-se o detento em isolamento, não lhe resta suprimido o direito à convivência familiar e contato com sua defesa técnica, vez que a lei lhe resguarda a visitação e assistência jurídica/entrevista, a saída diária do isolamento celular para banho de sol, além de atividades mínimas de lazer. Logo, em uma hipotética escala de onerosidade da intervenção estatal, nota-se que não foi atingido o grau extremo, que desaguaria em juízo negativo de proporcionalidade, uma vez mais oneroso do que o necessário ao fim almejado.

Também é necessário avaliar, concretamente, se existe algum meio alternativo menos invasivo e igualmente apto a atingir o desiderato estatal.³⁷ “*Do ponto de vista cognitivo-metodológico, a aferição da necessidade segue as regras do ônus argumentativo.*”³⁸

A análise do processo legislativo deflagrado por meio do Projeto de Lei n.º 5.073/2001³⁹ (que posteriormente deu origem

37 DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 210-211.

38 *Ibidem*, p. 211.

39 O referido processo legislativo está disponível - na íntegra - no teor das

à Lei 10.792/2003), revela a existência de amplo debate no Congresso Nacional, especialmente nas respectivas Comissões que apreciaram a matéria, com relação à necessidade de instituição do regime disciplinar diferenciado (ônus argumentativo), mormente levando em consideração o contexto histórico em que tal instituto foi gestado.

Como conclui a Promotora de Justiça de Goiás, Caroline Ianhez:

De outra feita, as inclusões promovidas no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), em que pese rigorosas, se analisadas sob a ótica dos direitos dos presos, os quais foram significativamente restringidos com o advento da referida lei, mostraram-se benéficas no sentido de conferir maior grau de proteção à segurança e paz públicas, bem como foram benéficas no sentido de conferir maior clareza, tanto para o preso, quanto para o seu advogado e para os administradores de unidades prisionais, quando da aplicação das restrições possíveis aos presos submetidos à medida extrema⁴⁰.

Portanto, em síntese, verificou-se que a análise da conformidade constitucional do instituto foi positiva, tanto à luz do exame dos parâmetros constitucionais supostamente violados quanto sob o viés da análise da proporcionalidade da intervenção estatal nos direitos individuais dos encarcerados, submetidos ao regime especial de cárcere duro. Agora resta apenas perscrutar o tratamento que os tribunais superiores têm conferido ao tema em destaque, o que será feito a seguir.

2.3. TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO

Em pesquisa acerca do entendimento pretoriano sobre o

informações prestadas pela Presidência da República nos autos da ADI n.º 4163 em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2643750>>. Acesso em 19 jan. 2021.

⁴⁰ IANHEZ, Caroline. *Primeiras impressões do regime disciplinar diferenciado e lei dos crimes hediondos sob a ótica do Pacote Anticrime*. In SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 244.

assunto, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem posicionamento consolidado acerca da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, sendo que tal entendimento firmou-se no ano de 2005, a partir do julgamento de um Habeas Corpus paradigmático, assim ementado:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal.

5. Ordem denegada^{41, 42}

Da leitura do aresto acima transcrito, resta nítido que o Superior Tribunal de Justiça entendeu constitucional (e proporcional) o instituto em testilha, reforçando, inclusive, que seus principais desideratos são a garantia da segurança pública e da ordem no sistema penitenciário. Saliente-se, por oportuno, que não foram localizados julgados que tenham adotado posicionamento divergente no âmbito daquele tribunal⁴³.

O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, ainda não apresenta posição definitiva sobre o assunto⁴⁴. Como destacado

41 STJ - HC: 40300 RJ 2004/0176564-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 07/06/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/08/2005 p. 312 RT vol. 843 p. 549. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200401765644&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em 19 jan. 2021.

42 Ademais, os Tribunais Estaduais, vêm - de forma bastante consolidada - afirmando a constitucionalidade do RDD, cite-se por todos, a título ilustrativo o TJSP, *in verbis*: *Execução penal – Regime Disciplinar Diferenciado – Constitucionalidade Consoante consolidada Jurisprudência pátria, incluindo entendimento do Órgão Especial desta Colenda Corte, é inquestionável a constitucionalidade, em tese, do RDD. Execução penal – Regime Disciplinar Diferenciado – Prática de crime de ameaça contra autoridades públicas por integrante de facção criminosa – Necessidade da remoção a sistema mais restritivo – Proporcionalidade A prova da materialidade, bem como indícios da autoria e do dolo referentes à prática de ameaça contra várias autoridades públicas por agente sobre o qual pairam fundadas suspeitas de participação em organização criminosa denotam sua alta periculosidade e justificam sua inserção em regime disciplinar diferenciado.* (TJ-SP - EP: 00016079020218260041 SP 0001607-90.2021.8.26.0041, Relator: Grassi Neto, Data de Julgamento: 31/05/2021, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 31/05/2021).

43 No mesmo sentido é o seguinte julgado: STJ. HC 265937 SP 2013/0063000-6. QUINTA TURMA. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Julgamento: 11/02/2014. Publicação: DJe 28/02/2014.

44 Em que pese já ter se debruçado sobre o tema do regime disciplinar diferenciado, não afastando a possibilidade de sua aplicação, tampouco refutando a sua constitucionalidade, ainda que de forma *obiter dictum*. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado: “*EMENTA Recurso ordinário constitucional. Habeas corpus. Execução Penal. Remição. Inexistência de meios, no estabelecimento prisional, para o desempenho de atividades laborais ou pedagógicas. Pretendido cômputo fictício de potenciais dias de trabalho ou estudo. Inadmissibilidade. Necessidade do efetivo exercício dessas atividades. Preso, ademais, sob regime disciplinar diferenciado (RDD). Inexistência de previsão legal para que deixe a cela para executar trabalho interno.*”

alhures, foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 2008, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4162, no afã de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, no que tange aos aspectos relacionados ao regime disciplinar diferenciado.

Em consulta à exordial e aos documentos anexados⁴⁵, verifica-se que a referida ADI teve como sustentáculo Parecer do Professor José Afonso da Silva, Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB, bem como Parecer do Conselho Nacional de Política Penitenciária. Entretanto, a argumentação central e os principais parâmetros constitucionais apontados como violados foram devidamente abordados no presente artigo.

Ocorre que, lamentavelmente, ainda que já tenha transcorrido considerável espaço de tempo, não houve, até o momento final de elaboração do presente artigo, qualquer pronunciamento da Corte sobre mencionada ADI, sequer tendo sido apreciado o pedido cautelar formulado pelo autor, visando à suspensão da eficácia dos dispositivos questionados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recurso não provido. [...] 3. O Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao preso tratamento penitenciário peculiar, mais severo e distinto daquele reservado aos demais detentos, estabelecendo que o preso somente poderá sair da cela individual, diariamente, por duas horas, para banho de sol. 4. Não há previsão, na Lei de Execução Penal, para que o preso, no regime disciplinar diferenciado, deixe a cela para executar trabalho interno, o que também se erige em óbice ao pretendido reconhecimento do direito à remição ficta. 5. Recurso não provido. A Turma negou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 11.11.2014. STF. RHC 124775 / RO – RONDÔNIA. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 11/11/2014. DJe-250. Publicação: 19/12/2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4652170>>. Acesso em 19 jan. 2021.

45 A referida ADI está na forma de processo eletrônico, sendo possível a visualização de todos os seus documentos na íntegra. <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=2643750>>. Acesso em 19 jan. 2021.

Depreende-se que do ponto de vista dogmático-constitucional não há inconstitucionalidade no instituto do regime disciplinar diferenciado. Analisando a fundo sua natureza jurídica, conceito, hipóteses e características de cumprimento, não se verificou qualquer descumprimento manifesto de dispositivos constitucionais, sendo que o único ponto que merece - abstratamente considerado - uma interpretação conforme à Constituição é o regime disciplinar diferenciado preventivo, devendo a aplicação de suas hipóteses se dar de forma obrigatoriamente cumulativa (não como duas hipóteses alternativas, mas sim como uma única hipótese de requisitos necessariamente cumulativos), a fim de afastar possível generalidade na utilização do instituto, buscando o preenchimento mais concreto de adequação e necessidade (critério da proporcionalidade) dos fins estatais almejados.

Outrossim, os parâmetros constitucionais supostamente aplicáveis – tais como proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante, imposição de penas cruéis, dignidade da pessoa humana e princípio da individualização das penas – não são violados, sendo que o instituto em comento sequer chega a penetrar nas suas áreas de regulamentação, pois não se coaduna ao conceito de tortura estatal ou crueldade na aplicação das penas, fato que, por via de consequência, também repele qualquer malferimento à dignidade humana do preso.

Por seu turno, com relação à individualização na aplicação das penas, ao revés de ser uma hipótese violadora, mostra-se, muito mais, como uma verdadeira concretização de tal princípio, notadamente na fase executória.

Ademais, deve ser salientado que o tema em testilha antes de representar colisão de direitos fundamentais mais se assemelha a um conflito aparente de normas infraconstitucionais, haja vista que a Lei 10.792/2003 – e posteriormente a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que também salvaguardou a aplicabilidade do instituto) restringiu outros

direitos já previstos na redação original da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Neste trilhar, tal conflito deve ser resolvido pelos cânones da hermenêutica clássica, notadamente pelo critério cronológico, motivo por que, durante o presente artigo, restou vincado que os dispositivos constitucionais comumente apontados como malferidos (inclusive na ADI, que tramita no STF) seriam nada mais do que meras hipóteses violadoras (sujeitas à refutabilidade), sendo que, ao final, nenhuma mácula restou efetivamente comprovada.

Por fim, após análise minuciosa do tema em voga, não se poderia deixar de destacar que o regime disciplinar diferenciado consubstancia hipótese justificada de intervenção estatal nos direitos individuais do preso – já naturalmente inserido em uma condição de especial sujeição de sua liberdade frente ao Estado, por decorrência da decisão judicial - submetido ao cárcere duro, tratando-se de legítima manifestação da dimensão objetiva – dever estatal de tutela – do direito social à segurança pública. Mais do que isso, é uma imposição dos novos tempos⁴⁶.



4. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Comentário ao Art. 5º, III, da Constituição Federal*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____

46 Importante destacar que regime de disciplina carcerária especial não é uma exclusividade brasileira. Países que estão até mais desenvolvidos em matéria de segurança pública também têm previsões semelhantes como, por exemplo, os Estados Unidos da América, que implementou em alguns presídios de segurança máxima o nominado *Supermax* (sem adentrar na análise do mesmo, pois refoge aos objetivos do presente), o qual possui regras de disciplina e confinamento muitos mais rigorosos do que as previstas no regime disciplinar diferenciado brasileiro.

- (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Edipro. 2. ed. 2014.
- BRASIL. *Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCI-VIL_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.
- _____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 jan. 2021.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *O Suplicio de Tântalo: a Lei 10.793/03 e a Consolidação da Política Criminal do Terror*. CARVALHO, Salo de (org). *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CUNHA, Rogério; PINTO, Ronaldo Batista. *Tortura – Lei 9.455/1997. Capítulo 23*. In. CUNHA, Rogério; PINTO, Ronaldo Batista SOUZA Renee do Ó. (Org.). *Leis Penais Especiais Comentadas Artigo por Artigo*. 03 ed. Salvador: Juspodium, 2020.
- COSATE, Tatiana Moares. *Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?* Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, p. 207, maio/ago. 2007. Disponível

- em: <file:///D:/Users/pgj/Downloads/11466-44410-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora*. Disponível em <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em 19 jan. 2021.
- IANHEZ, Caroline. *Primeiras impressões do regime disciplinar diferenciado e lei dos crimes hediondos sob a ótica do Pacote Anticrime*. In SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014.
-
- Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal. Comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-1984*. São Paulo: Atlas. 12ª Edição, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais*

Comentadas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentário ao art. 1º, III, da Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.