

2017 - 02 - 16

Revista dos Tribunais

2015

RT VOL.960 (OUTUBRO 2015)

DOCTRINA

DIREITO PENAL

2. (IN)CONVENCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2. (In)Convencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

(Un)Conventionality of "Regime Disciplinar Diferenciado"

ANTONIO CARLOS MONI DE OLIVEIRA

Defensor Público de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela UniFEB. acmonioliveira@gmail.com

Sumário:

1. Introdução
2. Contexto de promulgação da Lei 10.792/2003
3. Convencionalidade
 - 3.1 Interpretação das normas de direitos humanos
 - 3.2 A adoção de um Regime Disciplinar Diferenciado à luz do direito internacional
 - 3.3 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos
4. Considerações finais
5. Referências bibliográficas

Área do Direito: Internacional

Resumo:

A análise de determinado instituto jurídico não pode ser dissociada de seu (s) parâmetro (s) de validade. Neste tom, o presente estudo tem como enfoque realizar um verdadeiro cotejamento entre o regramento do Regime Disciplinar Diferenciado, tal qual estampado na Lei de Execuções Penais, e o que dispõem os tratados internacionais de direitos humanos. Para tanto, é necessária a própria abordagem do conteúdo de determinados signos constantes na normativa nacional e internacional, bem como buscar extrair as verdadeiras características do Regime Disciplinar Diferenciado para, assim, após tal corte metodológico, contrastá-lo com os documentos e decisões integrantes dos sistemas global e regional de proteção de direitos humanos, para, por fim, demonstrar que tal instituto não encontra guarida no ordenamento pátrio, consistindo amiúde violação de direitos humanos consagrados.

Abstract:

The analysis of certain legal institute cannot be dissociated from its parameter of validity. In this sense, this study focuses on doing a real comparison between the "Regime Disciplinar Diferenciado", as

foreseen at the Criminal Law Enforcement, and what is disciplined on the Human Rights treaties. For that, it's necessary the approach of certain signs being on the national and international rules, and seek to extract the real characteristics of the "Regime Disciplinar Diferenciado", for, then, after a methodological approach, to compare it with the documents and components decisions of the global and regional systems of human rights protection, to finally demonstrate that the institute does not find shelter in the Brazilian's law system, consisting of often violation of established human rights.

Palavra Chave: Regime Disciplinar Diferenciado - Tortura - Regras mínimas de tratamento do preso - Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas - Tortura - Execução penal.

Keywords: "Regime Disciplinar Diferenciado" - Torture - Minimum rules of the arrested - Principles and good habits for the protection of persons deprived of liberty in the America - Criminal enforcement.

1. Introdução

“- Ah – disse o Dr. Brannon, com o frio esteto percorrendo as minhas costas pra baixo e pra cima. – Na realidade, é muito simples. Nós apenas passamos uns filmes pra você.

– Filmes? – Eu mal podia acreditar nos meus ucos, irmãos, como vocês bem podem compreender. – Quer dizer – disse eu – que vai ser assim só como ir ao cinema?

– São filmes especiais – disse o tal Dr. Brannon. – Filmes muito especiais. Você vai ver a primeira sessão hoje à tarde. E – disse ele, deixando de se curvar sobre mim – parece que você é um rapaz em muito boa forma. Um pouco subnutrido, talvez. Deve ser culpa da comida da prisão. Pode vestir o paletó do pijama. Depois de cada refeição – disse ele sentado na beira da cama – nós vamos lhe dar uma injeção no braço. Isso vai ajudar. – Eu estava realmente grato a esse Dr. Brannon, tão simpático. Eu disse:

– Vão ser vitaminas, doutor?

– Mais ou menos isso – disse ele sorrindo muito horrorshow e amistoso. – Só uma picada no braço depois de cada refeição.

– E aí ele saiu. Eu fiquei na cama pensando comigo que aqui era assim realmente o céu e li algumas revistas que tinham me dado – Mundo do Esporte, Cinema e Gol. Depois deitei na cama e fechei os glazes e pensei como ia ser bom estar lá fora de novo (...).”¹

Muito já se discutiu acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Do mesmo modo, é verdade que, recentemente (tardamente) os nossos tribunais passaram a encarar com a devida seriedade os tratados internacionais que têm por objeto concretizar direitos humanos.

Portanto, a acepção do RDD precisa passar por uma nova “filtragem”, utilizando como parâmetro: normas internacionais. E, sobre esse aspecto será que a disciplina do Regime Disciplinar Diferenciado resiste ao cotejamento com os parâmetros extraídos da normativa oriunda dos sistemas de proteção dos direitos humanos?

2. Contexto de promulgação da Lei 10.792/2003

Com a entrada em vigor da Lei de Execuções Penais, em 1985, o processo de cumprimento de pena deixou de ser uma atividade administrativa, em sentido estrito, para ser um processo, acompanhado e fiscalizado pela autoridade judiciária e demais “órgãos da execução”, trazendo para si toda carga

axiológica de ser consequência da prática do delito, reconhecendo o processo executivo como uma extensão indissociável da pena, onde são concretizadas as normas hipotéticas previstas nos preceitos secundários das normas penais incriminadoras² (BEDONI, 2013, p. 470). Veja o que diz o item 12, da Exposição de Motivos da Lei em comento:

“O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal.”

Assim, no escólio de Carmem Silva de Moraes Barros:

“Consequências da jurisdicionalização da execução, o processo de execução penal está vinculado aos princípios e garantias decorrentes do devido processo legal (...)”³

É assim, e isso é inquestionável, que a aplicação de sanções disciplinares no bojo da concretização da sanção penal deve obedecer ao justo processo de direito, o que inclui a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

A Lei que regulamentou o Regime Disciplinar diferenciado veio a lume num contexto histórico onde eclodiram duas rebeliões de elevado impacto midiático, nos idos dos anos 2000, somadas à morte de dois juizes das Execuções Penais, um no estado de São Paulo outro no Espírito Santo.

A primeira delas ocorreu no estado de São Paulo, em diversos presídios, arregimentados pela organização criminosas que se autodenomina “Primeiro Comando da Capital”, sendo que “as principais reivindicações, que impulsionaram as rebeliões, foram pedidos de retorno para Casa de Detenção de São Paulo (complexo do Carandiru) de líderes da facção que recentemente removidos para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté. Registre-se que no anexo as regras disciplinares eram extremamente severas, como, por exemplo, a permanência dos presos por 23 horas isolados na cela, apenas 01 hora para banho de sol e deslocamento no interior da prisão algemados”.⁴

A segunda, no estado do Rio de Janeiro,⁵ onde presos, através de várias escutas, divulgadas pela imprensa, foram flagrados manietando e controlando inteiras facções criminosas fora do presídio.

O Estado “precisou” dar uma resposta, tanto para os presos, quanto para a sociedade (por mais questionável e segregatória que seja a distinção): tanto o Governo do Estado de São Paulo, quanto do Rio de Janeiro, editaram atos regulamentares⁶ instituindo o RDD, e tinham como finalidade expressa a “neutralização” dos supostos líderes de organizações criminosas.

Já neste momento é preciso pararmos de ressoarmos conclusões alheias e propaladas como verdades absolutas. Como acima apontado o que gerou a rebelião de São Paulo, utilizada como argumento fático para a implantação do RDD foi a imposição a presos “perigosos” de regime prisional com as mesmas características do “futuramente” criado “Regime Disciplinar Diferenciado”. A desfaçatez é imensa. O RDD foi criado para estancar um problema que ele criou com o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté. Ora, se o RDD já era aplicado, qual foi o motivo que deu origem à sua criação?

O *topos* estatal foi o de que, mesmo presos, vários criminosos continuavam gerindo suas facções criminosas de dentro dos estabelecimentos e, assim, precisavam ser calados ou excluídos. Existia a expectativa, ao menos como discurso oficial, de que a incomunicabilidade do preso com o meio externo impediria que ele participasse de delitos e colocasse em risco a sociedade, numa clara encampação do discurso da defesa social.

Assim, o Projeto 7.503/2001 foi convertido na Lei Federal 10.792/2003, que se inseriu no âmbito da Lei de Execuções Penais, o Regime Disciplinar Diferenciado.

3. Convencionalidade

Primeiramente, é necessário consignar que os Tratados de direitos humanos possuem o status de supralegalidade, conforme decidiu o Pretório Excelso, quando se manifestou sobre a matéria no HC 97.251.

O festejado autor Uadi Lammêgo Bulos⁷ ao se debruçar, invulgarmente, sobre o tema, constatou a existência de quatro teses, doutrinárias e jurisprudenciais, sobre a incorporação dos tratados pelo ordenamento interno: *status de lei ordinária dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos*; *status supraconstitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos*; *status supralegal dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos*; *do status constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos*.

Repare que, nestes dois últimos, a lei ordinária (em sentido lato) que contraria o parâmetro (constitucional ou convencional) é inválida. Ou seja, os fenômenos no campo do conflito de leis no espaço/tempo (antinomias materiais) são solucionados da mesma forma. A diferença, basicamente, se restringe ao âmbito dos mecanismos de controle. Trata-se de questão da mais relevante, mas que, “*in casu*”, não tem o condão de influenciar no deslinde da matéria proposta.

Ora, inconvenção ou inconstitucional, o regramento do RDD perde seu fundamento e, seja qual for a natureza do parâmetro, é inválido.⁸

Mas, uma coisa é certa: o “*topos*” é diferente. Só isso justifica uma nova análise. Ademais, trata-se de argumento novo, capaz, portanto, de propiciar o “*overruling*”.

3.1. Interpretação das normas de direitos humanos

Imprescindível abrir um tópico, mais com características de parênteses, para tratar acerca deste ponto. É que toda nossa fundamentação acerca da (in) convencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado tem por base a premissa básica extraída do “significado” de determinadas normas derivadas de tratados internacionais de direitos humanos.

Num primeiro momento, é inegável que as normas internacionais que tratam acerca da temática possuem, em sua grande maioria, conteúdos abertos, de modo que, na classificação de Alexy, pertencem a categoria dos princípios, demandando aplicação na máxima medida do possível.

“Os princípios constituem exigências de otimização, não obedecem à lógica do tudo ou nada das regras. Eles não trazem consigo, como as regras jurídicas, a decisão definitiva quanto a uma conduta imperativa (fazer ou não fazer) ou facultativa, por isso têm um caráter normativo só *prima face*”.⁹

É indiscutível ademais, no atual cenário da dogmática jurídica, a constatação de que os princípios são normas de execução garantida por uma sanção externa e institucionalizada, caracterizando-se como normas *jurídicas*.

Assevere-se, contudo, que são normas cuja concretização se impõe naquilo que é chamado de “take steps”. A par de existir um núcleo intangível, existe um dever do Estado de “continuar andando”, ou seja, de dar concretude ao direito nela previsto.

Desta feita, não existe uma liberalidade do Estado signatário de adotar ou não um tratado, de dar concretude a um direito previsto. Existe um verdadeiro dever de observância de seus princípios, sob pena de sanção institucionalizada.¹⁰

Ainda assim, em diversos casos, é difícil extrair um significado unívoco de seus termos, isso pelo

simples motivo de se tratarem de normas que não admitem a subsunção direta.

Por isso que a atividade interpretativa-constructiva dos órgãos jurisdicionais, ou quase jurisdicionais, ganha extremada relevância. Neste ponto ganha enorme relevo o princípio do universalismo,¹¹ de modo que não basta que determinado dispositivo, que prevê determinado direito classificado como “humano”, tenha a mesma redação em dezenas de países que ratificaram um tratado para que a característica do universalismo esteja satisfeita.

Não podemos perder de vista que a atividade interpretativa é constructiva e, por isso, seria, indubitavelmente, inócuo que para a mesma palavra ou para o mesmo signo fossem atribuídos sentidos diversos. É necessário que a interpretação dada seja a mesma, existindo um mínimo consenso ético sobre o seu conteúdo.

Nesse mote ganha extrema relevância tanto os documentos internacionais que se dispõem, até empiricamente, a analisar o sentido que determinado direito ganha dentro de determinado Estado, como os relatórios, cartas de intenções, regras, quanto às decisões das cortes internacionais de direitos humanos.

Conclui-se, portanto, que o real significado de determinado direito humano passa, basicamente, por duas instâncias: a previsão em determinado tratado de direitos humanos – sem se excluir o “*ius cogens*” – e a implementação deste mesmo direito, pautado nos órgãos voltados a proteção destes direitos.¹² Aqui fica muito claro que o direito é, antes de tudo, a interpretação efetuada pelo ente cognoscente. É o objeto observado e observador.

Este é um dos enfoques da interpretação de normas que tratam de direitos humanos, ao lado de outros como o princípio da interpretação autonômica, da interpretação evolutiva, da máxima efetividade, e o princípio do “*pro homine*”, princípio da proporcionalidade.

Conclui-se, portanto, pontuando que tudo que foi escrito acima foi para demonstrar que o próprio significado de determinados termos previstos em convenções internacionais de direitos humanos, como ocorre com os signos “tortura”, “tratamento desumano ou degradante”, “crueldade”, não pode ficar enclausurado ao ordenamento interno. Depende de toda uma análise associada ao que decidem os tribunais internacionais, seja no sistema interamericano, seja no sistema global de proteção de direitos humanos, além de observarem outros instrumentos, que incluem regulamentos de mecanismos extraconvencionais de proteção de direitos humanos, mesmo que eles não possuam força cogente.

Ora, a intenção dos atores das convenções de direitos humanos é “proteger indivíduos contra os perigos do futuro, bem como das ameaças do passado,”¹³ e se nos concentrarmos apenas nos conceitos fornecidos pela legislação interna (que, no fundo não passa de “mero fato”), estaremos incorrendo em crassa inversão de ordem de valores.

3.2. A adoção de um Regime Disciplinar Diferenciado à luz do direito internacional

Traçada a premissa no item anterior: que ao interpretarmos determinados conceitos ou a amplitude de determinados direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos é imprescindível o cotejamento daquilo que foi construído pelos mecanismos de proteção de direitos humanos, o que engloba os instrumentos de *soft law* e as decisões dos órgãos jurisdicionais internacionais, vamos agora analisar toda a problemática relativa à convencionalidade (ou constitucionalidade) do regramento do RDD no Brasil.

Renato Marcão aponta que o RDD pode ser aplicado em três hipóteses.

A primeira delas é prevista pelo próprio *caput* do art. 52, da LEP, que estatui que 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 (...)"'. Assim, a lei exige mais: o fato deve ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas.

Além disso, o RDD pode ser aplicado para condenados ou presos provisórios que apresentem alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (LEP, art. 52, § 1.º).

Por fim, pode ser aplicado para condenados ou presos provisórios sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (LEP, art. 52, § 2.º).

Acerca desta última hipótese, é pertinente o comentário de Renato Marcão:

"São incontáveis os excessos cometidos, isso em razão da vasta e perigosa possibilidade de interpretar a regra em busca do que vem a ser possível considerar *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações ou associações criminosas*¹⁴" (em itálico no original).

Mas o assunto, na LEP, não se esgota com o que ficou acima dito. É necessário analisar, ainda, o art. 60, segundo o qual:

"A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no Regime Disciplinar Diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar."

Assim, a inclusão em RDD pode ser cautelada a depender do "interesse da disciplina e averiguação do fato". Mas sempre dependerá de decisão judicial. Acrescente-se que o RDD cautelado poderá ser aplicado por, no máximo, 10 dias.

Adiante-se: uma miríade de valores internacionalmente previstos é lesionada pelo RDD.

Veja o que diz o art. 10, item 3, primeira parte do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: "3. O regime penitenciário comportará tratamento dos reclusos cujo fim essencial é a sua emenda e a sua recuperação social (...)".

No mesmo sentido o art. 5, item 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁵

Ora, longe de readaptar ou reformar socialmente alguém, o RDD busca, em verdade, quando muito, transformá-lo em algo. Isso é o que se extrai do regramento pátrio, já que o RDD pode ser aplicado para os presos que "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" e única e exclusivamente por isso. Não busca qualquer "readaptação" do preso, mas simplesmente arrebatá-lo da prisão. É medida de profilaxia, que não funciona. A readaptação nunca foi um objetivo do RDD. Portanto, é sanção que não busca a readaptação.

Nesse sentido o Relatório provisório do Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes Juan E. Mendez, encaminhado à Assembleia Geral pelo Secretário Geral: "Regime de isolamento, quando utilizado para fins de pena, não pode ser justificado sob hipótese alguma, especialmente por ser capaz de infligir dor e sofrimento mentais graves, os quais ultrapassam quaisquer níveis razoáveis de sanção criminal, e portanto constituem uma prática definida pelo art. 1.º ou art. 16 da Convenção contra a Tortura e uma violação do art. 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos".

Peço ao leitor, ao menos, o crédito de presumir que não se está aceitando que a sanção penal “prisão” tem o condão de ressocializar alguém. Mas que há uma contradição inconciliável entre o PIDCP e a CADH de um lado e do quanto é disposto na LEP doutro. Ora, ao aplicar a sanção de isolamento sem qualquer finalidade, ainda que demagógica, ainda que falsa, incorre a nossa legislação em execrável inconvenção (ou inconstitucionalidade).

Ademais, o RDD constitui ato de tortura. O primeiro dispositivo internacional a ser relacionado, que tem o condão de formar a vértice donde emerge toda a tratativa, é o art. 7.º do PIDCP, que dispõe no seguinte sentido: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes (...)”.

Apesar de impor, peremptoriamente, a vedação à práticas de tortura, o Pacto não definiu o que viria a ser “tortura”. Talvez sequer fosse necessário...

Mas o fato é que a ordem internacional que busca tutelar direitos humanos sentiu-se carente de um conceito do que seria tortura, do que seria tratamento cruel etc.

Isso acarretou a elaboração de outro tratado. Nos termos do art. 1.º, da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, o termo tortura “designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim (...) de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido (...)”.

Neste mesmo Tratado, em seu art. 16, foi imposta ao Estado signatário a obrigação de proibir em seu Território “atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (...)”. Talvez também não fosse necessário. Ora, se é vedada a tortura (...) Enfim.

Ao largo dos tratados acima descritos, a preocupação acerca da questão relativa ao sistema carcerário e, com isso, do tratamento humanizado no cumprimento de penas no plano internacional não é recente. Na década de 50, mais precisamente no ano de 1955, os países filiados à Organização das Nações Unidas reuniram-se com a função de redigir um documento que buscasse estabelecer critérios mínimos de humanidade na aplicação de sanções segregatórias de liberdade. Tal documento recebeu o rótulo de “Regras Mínimas de Tratamento do Preso” (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), tratando de temas como a separação dos presos em categorias, os locais de cumprimento de pena, da higiene pessoal, da alimentação.

Mais adiante, no ano de 1990, a Assembleia Geral da ONU, na Resolução 45/111, no ponto em que tratou dos “Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos” em seu “Princípio” 7.º, estabeleceu que “*Devem empreender-se esforços tendentes à abolição ou restrição do regime de isolamento, como medida disciplinar ou de castigo*”.¹⁶

Ainda no âmbito do Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos, o Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis¹⁷ já se manifestou no sentido de apontar que o isolamento prolongado pode equivaler a um ato de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Agora a cereja do bolo. Ocorre que, no dia 21.05.2015, na 24ª reunião da *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice*, vinculada ao Conselho Econômico e Social da ONU, realizada na Cidade do Cabo, na África do Sul, local em que está localizada a prisão de Robben Island, que o ex-presidente Nelson Mandela passou 18 de seus 27 anos de cárcere, foram estabelecidas as apelidadas “Regras Mandela”, que nada mais são do que uma releitura das Regras Mínimas.

Veja o que estipula a regra 43, 1: “1. In no circumstances may restrictions or disciplinary sanctions

amount to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The following practices, in particular, shall be prohibited:

(b) Prolonged solitary confinement.”

Resta, terminantemente, vedada, a imposição de isolamento prolongando. As Regras Mandela consideram que tal prática constitui tortura.

Mas o documento suprarreferido não se fez de rogado. Para estancar qualquer dúvida a “rule 44” define o isolamento solitário “*referem-se ao confinamento de presos por 22 horas ou mais por dia, sem contato humano significativo*”. E isolamento solitário prolongado como “confinamento solitário por um período de tempo em excesso de 15 dias consecutivos.”¹⁸

Se alguns diziam que o isolamento de até 360 dias não era tortura ou tratamento cruel porque não existia uma definição precisa do que seria tortura ou tratamento cruel, tal argumento, por certo, não encontra mais qualquer sustentação séria.

Repare que não se está defendendo que somente a partir das Regras Mandela que o RDD se tornou tortura. Isso ficou claro por toda argumentação que sucedeu. Mas, sim que os argumentos daqueles que entediavam que aquilo que se pratica no Brasil, chame como quiser, não era tortura perde qualquer fundamento de validade.

Partamos agora, ao Sistema Interamericano. Preconiza a Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

“Artigo 5.º - Direito à integridade pessoal

(...)

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

Os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 131º período ordinário de sessões, em seu Princípio XXII, item 3, trata especificamente do que chama de “Medidas de Isolamento”:

(...)

O isolamento só será permitido como medida por tempo estritamente limitado e como último recurso, quando se mostre necessária para salvaguardar interesses legítimos relativos à segurança interna dos estabelecimentos, e para proteger direitos fundamentais, como a vida e a integridade das próprias pessoas privadas de liberdade ou do pessoal dessas instituições. De todo modo, as ordens de isolamento serão autorizadas por autoridade competente e estarão sujeitas ao controle judicial, uma vez que seu prolongamento e aplicação inadequada e desnecessária constituiriam atos de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.¹⁹

Vamos lá. Na década de 80 do século passado, Stuart Grassian, renomado psiquiatra e professor da Universidade de Harvard, realizou a avaliação de quinze presos da Prisão de Walpole onde constatou que “(...) o isolamento social, associado ao confinamento extremo são nocivos para o funcionamento da mente. O dano causado por tal confinamento pode resultar em prolongada ou permanente deficiência psiquiátrica, incluindo limitações que podem comprometer seriamente a capacidade do detento de se reintegrar à comunidade após ser solto da prisão.”²⁰

Quanto ao assunto, nos termos do parecer de Juan E. Mendez, "(...) a visão do Comitê contra a Tortura em seu Comentário Geral n. 20, segundo o qual regime de isolamento prolongado equivale a atos proibidos pelo art. 7.º do Pacto, e conseqüentemente a um dos atos definidos no art. 1.º ou art. 16 da Convenção (...).

Além disso, o Comitê recomendou que o tratamento fosse abolido do sistema. Se não "*in totum*" pelo menos quando aplicado durante a detenção provisória.

(...) qualquer imposição de regime de isolamento que exceda 15 dias constitui tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante, dependendo das circunstâncias."

Juan Mendez pontuou que o confinamento solitário que se pratica no Brasil, "pode ser considerado, por vários motivos, uma violação da obrigação internacional do Brasil de abolir em termos absolutos a prática da tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante".

Rômulo de Andrade Moreira²¹ chega a denominar o RDD de "monstro", identificando o regime posto como veículo capaz de levar o detento a loucura e debilidade, avesso a qualquer possibilidade de ressocialização.²²

Assim, conclui-se que, se a tortura é "qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de (...) castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência (...)" e se o RDD ocasiona intenso sofrimento físico ou mental, irretorquivelmente tal conduta constitui ato que atenta contra direito humano.

Em outros Estados, assolados por práticas violadoras de direitos humanos, de terceiro mundo, que não o nosso, os prazos assustam. Na Nigéria, por exemplo, pessoas detidas recebem a pena de isolamento por até três dias no caso de medidas disciplinares, no Cazaquistão, indivíduos podem ser mantidos em regime de isolamento por mais de dois meses. Ínfimos se comparados com o sistema brasileiro, que, certamente, possui criminosos mais perigosos... Pasmee!! Em Guantánamo o período máximo de isolamento é de 30 dias. Ao analisar este fato especialistas ficaram estarelecidos ao verificarem que, apesar do período máximo ser de trinta dias, na prisão destinada à "terroristas" (inimigos) existiam alguns que permaneciam nesta situação por 18 meses.

Se não bastasse, e nunca basta, outros pontos do "isolamento à brasileira",²³ parodiando famosa frase de Sobral Pinto, ainda afronta outros caros direitos humanos consagrados.

Fere a presunção de inocência, já que sua imposição é possível para presos sobre os quais pesam "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando".

Nem se diga acerca do RDD preventivo, permitido pelo caput do art. 60 da LEP. Ora, à qualquer imposição de medida sancionatória no ambiente da execução penal deve corresponder justo, rápido e efetivo mecanismo de tensão oposta. Permitir a imposição cautelar de um isolamento pelo período de 10 dias extravasa a lógica do razoável. Veja o que diz a respeito, as "Regras Mandela"

"41. 2. Os prisioneiros devem ser informados, sem demora e em linguagem que entendam, a natureza das acusações contra eles e deve ser dado tempo adequado e condições para preparação de sua defesa.

(...)

5. No caso de uma quebra de disciplina que é processado como um crime, os prisioneiros têm direito a todas as garantias do devido processo legal aplicáveis ao processo penal, incluindo o livre acesso a um consultor jurídico”²⁴ (tradução livre).

Ademais, o RDD retrata um direito penal do autor²⁵ e não do fato. Todas as restrições impostas pelo RDD “(...) não estão dirigidas à fatos, e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são ‘suspeitos’ de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso direito penal de autor, onde ‘não importa’ o que se faz ou omite (fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor) (...)”.²⁶

O Código de Hamurabi quando tratou dos Wardum; o que seria a própria “*captis diminutio*” do direito romano senão uma declaração de guerra? Do mesmo modo ocorreu durante a Inquisição, fenômeno da Idade Média; e na própria Segunda Grande Guerra Mundial, que tiveram como “inimigos” os “negros”, “judeus” e “ciganos”, respectivamente.

Nesta perspectiva, outro autor, também muito conhecido dispõe:

“O cidadão alemão é privilegiado em relação ao estrangeiro. Essa honra excepcional também implica em deveres. O indivíduo sem honra, sem caráter, o criminoso comum, o traidor da Pátria, etc., pode, em qualquer tempo, ser privado desses direitos.”²⁷

A imposição do RDD mais do que impor uma disciplina prisional, busca, e isso é um fato, impor tratamento diferenciado ao preso perigoso.

É, nestes termos, que temos que o RDD trata-se de uma “manifestação” de um direito penal pautado na existência e concretização de um inimigo e que busca anulá-lo e educá-lo, criando o “*pater bonus familiae*”, defendendo a “sociedade”.

É assim que, seja por ser sanção disciplinar que tem o homem como objeto e não como fim em si mesmo, por aplicar sanção disciplinar que não visa a readaptação, seja por constituir em tortura e em tratamento cruel e desumano, seja porque é vilipêndio ao reconhecimento da presunção de inocência, seja, por fim, por se tratar de direito penal do autor e não do fato, o RDD é insofismavelmente inconveniente, não guardando consonância com seu fundamento de validade e deve ser extirpado de nosso ordenamento jurídico.

3.3. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Outro ponto de suma importância para o presente trabalho: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que, aliada aos posicionamentos externados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é ator de singular importância na construção do significado de toda amalgama dos direitos humanos violados pelo RDD.

Já em suas primeiras decisões acerca do assunto, a Corte firmou entendimento de que determinadas penas impostas, sob certas condições constituem, independentemente da finalidade, por si sós, tratamento cruel e desumano, ocorrendo, desta feita, violação ao art. 5.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois agredem o direito à integridade pessoal.

No caso Velázquez-Rodríguez vs Honduras,²⁸ a CorteIDH, no ano de 1998, por unanimidade, condenou o Estado de Honduras ao pagamento de indenização a Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, por violação aos deveres de respeito e garantia do direito à “*liberdade pessoal*” reconhecido no art. 7.º, da

Convenção, c/c o art. 1.º (1) da mesma, além dos deveres de respeito e garantia do direito à “*integridade pessoal*” reconhecido no art. 5.º, da Convenção, também, c/c o art. 1.º (1) da Convenção; além de outros.

Neste julgado, a Corte, neste ponto por unanimidade,²⁹ entendeu que:

“(…) o isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa aos quais vê-se submetida a vítima representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da liberdade psíquica e moral da pessoa e do direito de todo detido ao devido respeito à dignidade inerente ao ser humano, o que constitui, pelo seu lado, em violação das disposições do art. 5.º da Convenção, que reconhecem o direito à integridade pessoal, como segue:

(…)

187. O desaparecimento de Manfredo Velásquez é de violação do direito à integridade pessoal reconhecido no art. 5.º da Convenção (supra 156). Em primeiro lugar, porque o só fato do isolamento prolongado e da incomunicabilidade coativa representa um tratamento cruel e desumano que lesa a integridade psíquica e moral da pessoa e o direito de todo detido a um trato respeitoso da sua dignidade, em contradição com os parágrafos 1.º e 2.º do citado artigo.”

Em outro caso a Corte Interamericana afirmou que o “(…) o isolamento em cela reduzida sem ventilação nem luz natural, os maus tratos, a intimidação por ameaças e outros atos violentos, e também as restrições ao regime de visitas, constituem fatos provados e não desvirtuados pelo Estado, tratando-se, conseqüentemente, de violação do direito à integridade pessoal”.³⁰

No caso Cantoral-Benavides vs. Peru, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deixou expressamente consignado, citando, inclusive outros julgados, que “Desde sus primeras sentencias, esta Corte ha establecido que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (…)”.³¹

O mesmo ocorreu no caso Suárez-Rosero vs. Equador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pontuou: “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”.

Conforme se vê a Corte é recheada de casos envolvendo o Regime Disciplinar Diferenciado, ou o isolamento prolongado, ou o isolamento solitário... O que de comum existe entre eles é o entendimento pacífico deste órgão acerca de sua crassa lesão aos direitos humanos.

4. Considerações finais

A ideia de legiferar, regulamentando, ainda que minimamente, um regime que já existia, dando ares de recrudescimento da pena, só pode ter uma função simbólica. Esse é o pano de “frente”, se me permitem a figura de linguagem, da “instituição” formal do RDD.

A constatação é a de que habitamos num país que sofre de uma produção legislativa esquizofrênica e bipolar. Se por um lado existem leis que discriminizam condutas e instituem mecanismos alternativos ao cárcere, doutro temos normas repressivas e estigmatizadoras, como a que instituiu o RDD, totalmente pautada numa política paleorrepressiva ou de *hard control*.

Naquele momento histórico os nossos representantes políticos insistiram em manietar a ideia de que a pena de prisão era pouco para determinados inimigos e que eles deveriam sofrer mais. Nas

percucientes palavras de Galard, "(...) emprega-se uma demonstração de força punitiva contra o indivíduo condenado para recalcar toda confissão da incapacidade do Estado de controlar o crime. A pressa em condenar a penas pesadas alguns indivíduos esconde, na verdade, o fracasso da busca da segurança do conjunto da população".³²

Ou seja, a reforma institucionalizou em âmbito nacional "um *regime integralmente fechado plus* regido por disposições singulares de cunho inabilitador".³³ Ora, não há como explicar a promulgação de uma lei que trata de algo que, segundo nossos tribunais, poderia ser regulamentado através de regulamentos.

Isso ocorre de maneira arrimada, numa ânsia punitivista-vingativa contra determinados setores segregados da sociedade. E, como bem observado pelo nunca assaz citado Eugênio Raul Zaffaroni, "E nisso Nietzsche tinha razão: a vingança é vingança contra o tempo. Eu me vingo porque não posso fazer com que o que já foi não tenha sido. É como a raiva que sentimos quando dormimos no metrô e perdemos uma estação. Tudo bem, você desce, caminha por uns quarteirões e pega o trem de novo. Mas, quanto ao tempo, não podemos pegar o metrô de volta".³⁴

Uma segunda perspectiva, ou "pano de fundo", que pode ser apontada: de onde vem essa necessidade de se punir mais e mais severamente? Sem querer entrar na matéria, mas apenas abrindo ensejo ao questionamento: a necessidade de se criar o "*pater bonus familiae*" que trabalha, tal qual "*The Tramp*", e que consome, nada mais do que uma engrenagem, servindo o poder.

Se não consome (...) "os jogadores incapazes e indolentes devem ser mantidos fora do jogo. Eles são o refugio do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. Além disso, há uma outra razão por que o jogo não se beneficiará em deter a produção de refugio: é necessário mostrar aos que permanecem no jogo as horripilantes cenas (como se lhes diz) da outra única alternativa – a fim de que estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como jogo".³⁵

Mas, independentemente destas constatações, o RDD é rude e clara violação dos mais mezinhos direitos humanos, ainda mais do modo como vem sendo aplicado no Brasil.

Se a desculpa da ausência de critérios seguros a apontarem o verdadeiro continente do termo "tortura" perdurou até então, ela já não serve mais. Atualmente, se é verdade que existe alguma situação fática que gere dúvida; existe, inegavelmente, um núcleo conceitual do que seria "tortura", do que consistiria em impor sofrimento físico ou mental. E o RDD é tortura, é tratamento cruel, desumano, degradante.

E tal afirmativa não é um grito isolado, mas uma realidade encampada por mecanismos internacionais encarregados de atribuir um significado aos signos: dignidade, tratamento cruel, tortura, devido processo legal, presunção de inocência.

Fechar os olhos para isso é o mesmo que nunca tê-los aberto. Calha aqui trazer Saramago:

"O medo cega, disse a rapariga dos óculos escuros; São palavras certas, já éramos cegos no momento em que cegámos, o medo nos cegou, o medo nos fará continuar cegos; Quem está a falar, perguntou o médico; Um cego, respondeu a voz, só um cego, é o que temos aqui."

E, empedernidos e hipnotizados com a solução punitivista fácil e populista, apontando uma resposta fácil, os mecanismos formais de política penal tratam o encarceramento em massa da pobreza como uma resposta imediata para os conflitos sociais.³⁶ Mas não só isso. Trata-se de uma legislação simbólica, pautada na ânsia da conquista de votos, uma justificativa inócua de nossos representantes para suas mazelas fundamentais, como se quisessem transferir a responsabilidade pela desigualdade social para os ladrões de galinha, que não se ajustam.

Ora, se as resoluções que legitimaram um regime que já era aplicado não são inconstitucionais, como alguns tribunais apontaram, ofereço meu reino por aquele que me trouxer um cavalo e, com ele, a explicação da inserção do RDD na LEP que não a ilegítima atividade legiferante populista e eleitoreira.

Tais leis colocam o Brasil no pódio, já que é o terceiro país em número de pessoas que cumprem pena privativa de liberdade.

O que surpreende é que tal discurso é propalado, inclusive, na academia, já que se ensina nas faculdades de direito que a pena seria um modo de transformar um indivíduo supostamente marginal em um aproveitável proletário padrão,³⁷ ou num "*Animal laborans*". Consequentemente, os novos "doutores", bacharéis em direito, tentarão, então, ensinar o conceito de saúde pública a indivíduos que nunca foram decentemente atendidos em hospitais públicos; dissertarão sobre a importância do patrimônio a pessoas que não possuem renda; enaltecerão o respeito e a vida a indivíduos que sempre foram desrespeitados e que convivem com a morte desde a infância; pregarão a imponência da norma e do sistema de justiça àqueles que nasceram em situação de descaso estatal e social, dentre outros inúmeros exemplos que ilustram o distanciamento entre a operacionalização do sistema jurídico e a realidade que ele toca.³⁸

As consequências são nefastas.

"Ao levantar um Regime Disciplinar Diferenciado de execução de pena o Estado elege um inimigo potencial, tendo que combatê-lo para justificar e reafirmar a confiança no próprio sistema. Bodin já advertia que é saudável (c' est une chose slutaire) para o corpo da República buscar e punir severamente os 'bruxos' (inimigos). De outra maneira, existe o perigo do próprio povo matar a pedradas os magistrados e os bruxos.

(...)

O RDD busca eficiência na neutralização do inimigo pungente, ciente de que toda prisão, ao tempo que furta a liberdade retira certa "dose" de dignidade do indivíduo.³⁹ O Regime Disciplinar Diferenciado, legitimado por amplos setores da comunidade jurídica, acabou por institucionalizar profunda dicotomia entre os presos portadores de direitos e os inimigos. Em relação a estes, o Estado passa a não ter qualquer responsabilidade social, voltando seus mecanismos para combater permanentemente sua forma de vida perigosa."⁴⁰

Nas palavras do falecido Nelson Rolihlhla Mandela, que passou 27 anos de sua vida na prisão: "Dizem que não se conhece um país realmente até que se esteja em seus cárceres. Não se deve julgar uma nação por como trata seus cidadãos mais privilegiados, mas os mais desfavorecidos".

Encerramos como começamos, com Burges, pois, de fato, sob o manto desta cegueira, alguns "Alex DeLarge" serão criados. Será que esse era o intento? É certo que não.

É assim que o RDD, tal qual disciplinado, é irracional, pois não possui coerência interna jurídico penal, contrastando com os documentos produzidos pela comunidade jurídica internacional, perdendo fundamentação antropológica.

5. Referências bibliográficas

AVENA, Norberto Cláudio Pancaro. *Execução penal: esquematizado*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. *Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva.

BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2004.

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. In: CARVALHO, Salo de. (org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Lei de execução penal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTINEGRO, Monaliza Maelly Fernandes. Todos estão ficando cegos. Disponível em: [<http://justificando.com/2015/07/07/todos-estao-ficando-cegos>].

MOVIMENTO ANTITERROR. Carta de Princípios. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 10. Porto Alegre: TEC/Notadez, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional dos direitos humanos. Direito internacional público e privado. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RÉ, Aluísio Iuns Monti Ruggeri (org.). *Temas aprofundados*. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2013.

SILVA, Danni Sales. Regime Disciplinar Diferenciado: dissecando a pena do inimigo. *Revista Jus Navigandi*. n. 3934. ano 19. Teresina. 09.04.2014. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/27564>]. Acesso em: 04.08.2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Sou garantista porque cumpro a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-fev-11/tourinho-neto-sou-garantista-porque-cumpro-constituicao].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1.

Pesquisas do Editorial

- DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ISOLAMENTO EM CELA E DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO, de Salvador Cutiño Raya - RBCCrim 49/2004/251

- REINTEGRAÇÃO SOCIAL E AS FUNÇÕES DA PENA NA CONTEMPORANEIDADE, de Ana Gabriela Mendes Braga - RBCCrim 107/2014/339
- CRÍTICA ÀS TIPIFICAÇÕES RELATIVAS AO TRATAMENTO DO "CRIME ORGANIZADO" NO PROJETO DE CÓDIGO PENAL E NA LEI 12.850/2013, de Rudá Santos Figueiredo - RBCCrim 113/2015/145