

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO É CONSTITUCIONAL ?

O LEGISLADOR, O JUDICIÁRIO E A CAIXA DE PANDORA

Luiz Flávio Gomes

Rogério Sanches Cunha

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

Sumário. 1. O Regulamento Disciplinar Diferenciado. Bastidores. 2. O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional ? 2.1 – É possível estabelecer o RDD via Medida Provisória ? 2.2 – É possível estabelecer o RDD via Lei Ordinária Federal ? 2.3 – É possível estabelecer o RDD via delegação federal para Estados e DF ? 3. O RDD e a LEP 4. Conclusões

LUIZ FLÁVIO GOMES:

É Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri (2001)

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1989)

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba (1979).

Professor de Direito Penal de vários cursos de pós-graduação, dentre eles Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

É Professor Honorário da Faculdade de Direito da Universidad Católica de Santa María, Arequipa/Peru.

Foi Promotor de Justiça em São Paulo de 1980 a 1983, Juiz de Direito de 1983 a 1998 e advogado nos anos de 1999 e 2000.

Individual expert observer do Xº Congresso da ONU, realizado em Viena de 10 a 17 de abril de 2000.

Membro e Consultor da Delegação brasileira no Décimo Período de Sessões da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal da ONU, realizado em Viena de 08 a 12 de maio de 2001.

ROGÉRIO SANCHES CUNHA

Promotor de Justiça de São Paulo

Professor de Direito Penal e Processo Penal - IELF

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1998).

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA

Promotor de Justiça/Promotor Eleitoral – MG

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Bauru (1996).

Professor de Direito Processual Penal 1 da FADOM(graduação) - Divinópolis/MG

Professor de Direito Eleitoral da FADOM(pós-graduação) - Divinópolis/MG

Professor de Pós-graduação(Direito Eleitoral) da Fundação Escola Superior do Ministério Público-Belo Horizonte

Professor/ Conferencista do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público-Belo Horizonte

Professor de Direito Eleitoral, Prática Forense, Estatuto da Criança e do Adolescente e Processo Penal do Curso Satelitário- Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes (IELF) - São Paulo/SP

Autor do livro Direito Eleitoral Brasileiro, 2ª edição, Del Rey, 2002

Autor do livro - Manual de Prática Forense, 1ª edição(no prelo), RT, SP, 2004

Autor do livro - Manual de Direito Penal Eleitoral & Processo Penal Eleitoral, 1ª edição(no prelo), JUSPODIVM, Salvador/BA, 2004

1. O Regulamento Disciplinar Diferenciado e os bastidores.

A origem do RDD encontra-se na Grécia, porém, com outra terminologia.

No Brasil Império, havia também o “cárcere duro” para os criminosos que desobedecessem o Imperador.

Em março de 2003, o Governo Federal estudava uma medida provisória para criar um sistema de “cárcere duro” no país, aplicado aos condenados por delitos ligados ao crime organizado. Esta era a idéia originária, tendo como objetivo principal, dar amparo legal ao Regulamento Disciplinar Diferenciado (RDD), existente como norma administrativa em prisões de segurança máxima do Rio e São Paulo.

Márcio Thomaz Bastos, em entrevista à imprensa, admitiu em março de 2003:

“Admitimos o endurecimento do regime, mas também o conceito de que só deve ir para a prisão quem é perigoso.”

Cumprе destacar que o caso reclamava urgência, após o assassinato, no dia 15 de março de 2003, do juiz corregedor da Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente, Antônio José Machado Dias.

Assim, o Ministro Márcio Thomaz Bastos esteve com o Governador de São Paulo, Geraldo Alckmin (PSDB), e com o secretário da Administração Penitenciária de SP, Nagashi Furukawa.

Segundo o Ministro, o RDD era uma “boa medida” e o Judiciário paulista já havia declarado sua legalidade.

A decisão paulista, sobre a legalidade do RDD, apenas amparado em Resolução (nº 26/2.001), da Secretaria da Administração Penitenciária, foi a seguinte na época:

SÃO PAULO

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 400.000.3/8, da comarca de PRESIDENTE PRUDENTE, no qual é impetrante o bacharel MARCO ANTONIO ARANTES DE PAIVA e paciente J. F. M.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, denegar a ordem, de conformidade com o voto nº 11.446 do Relator sorteado, o qual passa a integrar este julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores HAROLDO LUZ (Presidente e Relator), RIBEIRO DOS SANTOS e PEDRO GAGLIARDI.

São Paulo, 21 de novembro de 2.002.

HAROLDO LUZ

Relator

Habeas Corpus nº 400.000.3/8 - Presidente

Prudente

Impetrante: o bacharel Marco Antonio

Arantes de Paiva

Paciente: J. F. M.

Relator Desemborgador Haroldo Luz

voto nº 11.446

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO PENAL -

Transferência de reeducando para estabelecimento prisional de regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, nos termos de Resolução nº 26/2.001, da Secretaria da Administração Penitenciária em atenção ao interesse público - Legalidade - Constrangimento inexistente - Ordem denegada.

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO PENAL -

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - Restrição a direitos de reeducando - Legalidade - Constrangimento inexistente - Ordem denegada.-

O bacharel MARCO ANTONIO ARANTES DE PAIVA impetra uma ordem de habeas corpus em favor do reeducando J. F. M., R. G. nº, vulgo "Bahia", atualmente preso e recolhido ao Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Venceslau, em desconto de penas privativas de liberdade de 9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 4 (quatro) dias de reclusão pela prática de delitos patrimoniais, apontando sofrer constrangimento ilegal do DIRETOR DO REFERIDO ESTABELECIMENTO PRISIONAL; do COORDENADOR DE UNIDADES PRIMONIAIS DA REGIÃO OESTE DO ESTADO e do SECRETÁRIO ADJUNTO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por ter sido removido a estabelecimento destinado ao cumprimento de penas privativas de liberdade em regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, nos termos da Resolução nº 26, de 04 de maio de 2.001, da Secretaria da Administração Penitenciária.

Protesta por estar injustamente submetido a rigoroso regime disciplinar pelo prazo de 12 (doze) meses, em afronta a Lei de Execuções Penais; ausência de prévia previsão legal da sanção administrativo; incompetência do diretor técnico da penitenciária em aplicar a medida, em contrariedade às garantias individuais constitucionais do devido processo legal e ampla defesa, pois nem sequer restou instaurado procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar.

Alega, ainda, que o teor do artigo 50 da Resolução SAP – nº 26/2.001 restringe direitos do reeducando previstos no artigo 41, da Lei das Execuções Penais, pois "somente recebe alimentos por parte de familiares uma vez por mês", além de ficar submetido "a cela isolada durante toda a permanência" com saída restrita de apenas uma hora por dia; bem como "negado o direito de assistência material e religiosa, pois não previstas no regulamento" e "limitado o número de visitas, por, fim aduz "suspensa a 'regalia' de visita íntima por todo o período" e impossibilidade de manter "contato com o mundo exterior" pois somente pode se comunicar por meio de "carta para a sua família, sendo as demais proibidas e suspensos ainda os meios de informação" (fls. 2/11).

Indeferida a liminar (fls. 26), foram prestadas as informações pelos indigitados coatores (fls. 33, 52, 84/85 e 89), a liminar requerida foi indeferida (fls. 117), tendo o Juízo da Vara das Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente, também, prestado informações (fls. 120/121), a d. Procuradoria de Justiça opinou por denegar-se o writ (fls. 127/131).

É o relatório.

Toma-se conhecimento desta impetração, pois, segundo já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, em precedentes análogos, ora adotados como razão de decidir, "Por se tratar de ação constitucional, o habeas corpus é sempre cabível, quando se acha em jogo o status libertatis, pouco importando, como no caso concreto, haja recurso específico - Lei de Execução Penal, artigo 197" (R.H.C. nº 3.037-SP, Sexta Turma, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, D.J.U. de 25.10.93, p. 22.511) e "O fato de a Lei de Execução Penal prever o cabimento de agravo contra as decisões do Juízo das Execuções jamais pode constituir, por si só, motivo para que o Tribunal deixe de conhecer do habeas corpus. A ser assim, também quando interposta apelação ou recurso em sentido estrito, a parte ficaria impedida de requerer o writ, embora sofrendo coação ilegal ou violência à sua liberdade de ir e vir" (R.H.C. nº 4.689-PB, Quinta Turma, Rel. Min. JESUS COSTA LIMA, D.J.U. de 28.08.95, p. 26.644, ambas as ementas in ALFREDO DE OLIVEIRA GARCINDO FILHO [org.], Jurisprudência Criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, Curitiba: Ed. do Autor, 1, 999, 5ª ed., p. 224).

Assim, apesar de conhecido o presente writ este deve ser denegado.

Isso porque inexiste na espécie qualquer ilegalidade a ser sanada pelo remédio heróico, pois conforme informou o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente o paciente "deu entrada em 21.12.2001 na Penitenciária II de Presidente Venceslau, sob nossa jurisdição. Em 31 de maio próximo passado, foi transferido para o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, também sob a jurisdição deste Juízo" (fls. 120).

Logo, a transferência do reeducando, apesar de ter sido efetivada administrativamente, nos termos do artigo 20 da Resolução SAP-026, de 4 de maio de 2.001, o Poder Judiciário, em nenhum momento deixou de acompanhar a execução da pena, tanto que nos autos de execução nº 466.055 (17.237) o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente, acabou por indeferir pedido de "remoção imediata do sentenciado para um dos estabelecimentos comuns do Estado" no julgamento do incidente de excesso e desvio de execução (fls. 122).

Aliás, como bem decidiu o d. Magistrado a restrição aos direitos do reeducando previstos no artigo 41, da Lei das Execuções Penais, decorre antes de mais nada da "atual realidade do sistema prisional, o Estado foi levado a construir presídios especiais para abrigar os criminosos cuja presença no meio carcerário possa colocar em risco a ordem e a disciplina interna e a própria integridade física dos condenados e assim, possa o Estado cumprir o disposto no artigo 1º da LEP" (fls. 122), inexistindo portanto afronta ao teor do texto da Carta Magna, pois as referidas medidas administrativas não afrontam os direitos do reeducando, ora paciente, sem contar que o artigo 47, da Lei das Execuções Penais ao tratar do poder disciplinar na execução da pena privativa de liberdade já prevê a possibilidade do referido munus ser exercido conforme disposições regulamentares, tal como ocorrido com a edição da Resolução SAP-026, de 4 de maio de 2.001.

O tratamento diferenciado imposto ao paciente, com a restrição de: "somente recebe alimentos por parte de familiares uma vez por mês", ficar submetido "a cela isolada durante toda a permanência" com saída restrita de apenas uma hora por dia; falta de "direito de assistência material e religiosa, pois não previstas no regulamento", "limitado o número de visitas" (fls. 3) e "suspensa a 'regalia' de visita íntima por todo o período" (fls. 4), conforme já afirmando, em nenhum momento afronta os regramentos disciplinados pela Lei das Execuções Penais na aplicação terapêutica da pena do reeducando de maneira abstrata, ainda mais na espécie, quando o paciente trata-se de reeducando com "muitas faltas disciplinares de natureza grave" e "sobretudo porque pertence a facção criminosa do PCC", conforme se observa do teor do ofício da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Oeste do Estado endereçado ao Secretário Adjunto daquele órgão administrativo almejando a inclusão do paciente na denominada Unidade de Regime Disciplinar Diferenciado (fls. 125).

E, mais recentemente enquanto em trânsito à Penitenciária do Estado para apresentação judicial, quando juntamente com outros detentos, mediante uso de arma de fogo e de bomba de fabricação caseira, tentou fugir do referido estabelecimento (fls. 125), o que por si só justifica sua inclusão no referido tratamento diferenciado imposto ao paciente.

Sem embargo a impossibilidade de manter irrestrito "contato com o mundo exterior", pois somente pode se comunicar por meio de "carta para a sua família, sendo as demais proibidas e suspensas ainda os meios de informação", posto que a referida restrição decorre da imposição do regime diferenciado previsto no artigo 5º, inciso IX, da Resolução SAP-026, no qual o paciente encontra-se incluído a fim de evitar, dentre outras restrições, a excessiva comunicação com o mundo exterior por meio de correspondência evitando-se que venha exercer negativa liderança sobre outros reeducandos inclusos no sistema prisional ou, mesmo, sobre os demais integrantes da facção criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital" ainda em liberdade, sem contar também, que o parágrafo único do artigo 40, da Lei das Execuções Penais, permite, taxativamente, a restrição e até mesmo a suspensão dos direitos do condenado mediante ato motivado do diretor do estabelecimento, tal como efetivado na espécie (fls. 125), cujo objetivo maior é evitar a reiterada afronta a disciplina imposta ao condenado no desconto da pena corporal a elo imputada.

Ademais, como bem assinalou o d. Preopinante, em passagem ora acolhida ut razão de decidir: "a Resolução SAP-026, não ultrapassa os limites do poder regulamentar de que dispõe a administração dos presídios, subscrita por seu representante maior, que é o Secretário de Administração Penitenciária, posto que autorizada pelo disposto no art. 45 de Lei de Execução Penal" (fls. 131).

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Haroldo Luz

Relator

No Congresso Nacional havia o projeto de lei 5073/2001, prevendo o RDD com duração máxima de 360 dias, com repetição por nova falta grave de mesma espécie, cumprimento da pena em cela individual, na qual o condenado deveria permanecer por 16 horas diárias e visitas semanais com apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas. Estas medidas seriam aplicadas pelo Diretor(estariam enumeradas nos incisos I, II e III do artigo 52), enquanto que as medidas previstas no projeto, IV e V(inclusão no RDD) ficaria ao conselho disciplinar, conforme o regulamento. Já os artigos 58 da LEP e 86, no projeto original, tinham redação idêntica a da Lei 10792/03.

Por outro lado, o secretário de Administração Penitenciária de São Paulo, Nagashi Furukawa, entregou ao Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, documento com as sugestões do governo paulista alterando o projeto de Lei 5073/2001, para permitir a ampliação do prazo de isolamento em até 1/6 da pena, na forma que foi consagrada na Lei 10792/03.

Segundo o governador de São Paulo, Geraldo Alckmin (PSDB), a proposta paulista seria aplicada a presos integrantes de facções criminosas, presos de alta periculosidade e que podem subverter a ordem do sistema penitenciário e presos que coloquem em risco a segurança externa.

"Para esses casos é possível aplicar o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) com isolamento maior do que já é hoje", disse Alckmin. O documento propunha ainda que a medida fosse estendida inclusive a presos provisórios, o que foi consagrado na Lei 10792/03.

Alckmin sustentava que as mudanças na Lei de Execução Penal podiam ser feitas por medida provisória.

Outra medida que foi apresentada a Thomaz Bastos, no encontro, foi a ampliação do uso da vídeo conferência para os depoimentos de presos. Como não se tratava de um item da Lei de Execução Penal, Alckmin avaliava que a sugestão pode ser avaliada em outra oportunidade. **"Mas o necessário é que as unidades prisionais tenham instalações que permitam a realização de vídeo conferências",** disse o governador.

Ele lembrou que em apenas 60 dias, de 1º de janeiro a 2 de março, período de férias forense, o governo paulista gastou só com escolta de presos para depoimento nos fóruns R\$1,4 milhão. **"Fizemos 11 mil escoltas, foram mobilizados 22 mil policiais e 7,4 mil viaturas, é uma despesa enorme e uma logística muito complicada."**

Ele afirmou, ainda, que o Poder Judiciário tinha a disposição **480 policiais militares** para a segurança pessoal, além dos soldados PM responsáveis pela segurança externa de Fóruns.

E assim, a Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003 foi consagrada, nos bastidores alhures mencionados.

2. O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional ?

Para responder esta questão, devemos destacar 3 pontos jurídicos:

2.1 – É possível estabelecer o RDD via Medida Provisória ?

Como é cediço, a fonte de produção material ou substancial do Direito Penal refere-se ao órgão incumbido de sua elaboração. A União é a fonte de produção do Direito Penal no Brasil (artigo 22, I da CF/88 – competência privativa da União¹).

Luiz Flávio Gomes, um dos subscritores do presente trabalho, sustenta que há consenso em torno da tese de que jamais pode uma MP (do Presidente da República) criar delitos ou impor penas ou mesmo cuidar de qualquer agravamento da execução das penas (cf. neste site nossos comentários críticos contra a MP 28/02, que agravou o sistema de execução de penas; cf. ainda GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: RT, 1999, p. 250).

Isso porque o princípio da reserva legal significa que algumas matérias estão subtraídas do âmbito das medidas provisórias e só o Congresso pode, sobre elas, legislar.

No âmbito penal há reserva legal e isso decorre da garantia da *lex populi* (somente lei do povo, aprovada por seus representantes, é que pode afetar o *ius libertatis* do cidadão - cf. sobre a *lex est quod populus jubet atque constituit* GOMES, Luiz Flávio. Medidas provisórias e direito penal. São Paulo: RT, 1999, p. 222).

E a reserva legal também é princípio norteador da Leis de Execuções Penais, quando esta interferir na liberdade do condenado, criando, modificando ou agravando a pena ou respectivos benefícios.

No artigo jurídico publicado na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 14 - JUN-JUL/2002, pág. 24 (MEDIDA PROVISÓRIA *PRO REO*), o Luiz Flávio Gomes sustentou que,

“o Presidente da República, depois da EC 32/01 (art. 62, § 1º, I, b, da CF), definitivamente não pode adotar medidas provisórias (contra o réu) sobre Direito penal ou processo penal. Medidas que restringem a liberdade devem emanar diretamente do Congresso Nacional.

¹ Na competência privativa a União pode delegar (parágrafo único do artigo 22), enquanto que na competência exclusiva não há delegação (artigo 21 da CF/88)

Sobre essas matérias só a União (pelo Congresso Nacional) pode legislar (CF, art. 22). Há reserva de competência legislativa. Ainda sobre elas vigora, como sabemos, não só o princípio da legalidade (CP, art. 1º; LEP, art. 2º; CP, art. 40) senão sobretudo o da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX)”

Assim, toda e qualquer regra que venha a criar, modificar, extinguir ou reduzir a satisfação do Estado de punir **ou executar a pena**, deve ser considerada de natureza penal, como por exemplo, as normas de execução penal que tornem mais gravoso o cumprimento da pena ou que impedem ou criam requisitos para progressão de regime ou outro benefício legal.

Portanto, as normas atinentes ao RDD tem natureza mista, ou seja, possui uma fachada de processo penal (execução penal), porém, com um acentuado caráter de Direito Penal, já que torna mais rigoroso o regime e portanto, interfere na liberdade do cidadão. Sendo norma mista, suas regras regem-se pela disciplina do Direito Penal e não do Direito Processual Penal, logo, aplica-se o artigo 5º, XL da CF/88, sendo pois, irretroativa tal lei, além de incompatível por medida provisória. Dessa forma, não se pode afirmar que o RDD seja apenas uma lei processual penal (mera execução penal), pois seria sofisma a isto lhe outorgar.

Corolário, conforme ensinamento do professor Luiz Flávio Gomes, toda medida provisória, por natureza, é transitória. Tanto assim que perde a eficácia alguns dias depois de publicada se o Congresso não a transformar em lei.

Justamente por isso é absolutamente inconcebível na esfera penal (direito penal propriamente dito, processo penal ou execução penal) a existência de crime ou pena ou agravamento de sanção provisória. Medida Provisória contra o *ius libertatis* não é possível.

Como condenar alguém por um crime ou impor uma pena ou uma sanção drástica a um preso com fundamento numa legislação que é transitória, provisória, leia-se, que pode perder a eficácia rapidamente?

2.2 – É possível estabelecer o RDD via Lei Ordinária Federal ?

Neste particular a resposta é positiva, pois a CF/88 não reservou a emenda constitucional ou mesmo lei complementar a disciplina da matéria de Execução Penal. Aliás, a própria Lei de Execuções Penais é lei ordinária(7.210/84), recepcionada pela CF/88 como tal.

Portanto, é possível estabelecer o RDD via lei ordinária federal, sendo este o meio jurídico mais adequado, uma vez que, como vimos, não pode medida provisória estabelecer o RDD.

Desta forma, o requisito formal que criou o RDD encontra-se constitucional(Lei 10792/03 – lei ordinária), uma vez que o atual Regime Disciplinar Diferenciado, antigo Regulamento Disciplinar Diferenciado, legalizou condutas disciplinares até então questionáveis de constitucionalidade, conforme HC citado.

2.3 – É possível estabelecer o RDD via delegação federal para Estados e DF ?

De acordo com o parágrafo único do artigo 22 da CF/88, somente lei **complementar** federal poderá autorizar os Estados-membros a legislar sobre matéria penal, em relações a questões específicas (matérias previstas na lei complementar que tenham interesse tão somente local).

Porém, os Estados não podem legislar sobre matéria fundamental de Direito Penal ou de Execução Penal, criando crimes, vedando benefícios de execução penal ou, por via oblíqua, sob pretexto de disciplina, criar limitações na liberdade do cidadão, ainda mais severas que as normas da União.

Ademais, o efeito decorrente do princípio da legalidade impõe que toda e qualquer regra que venha a criar, modificar, extinguir ou reduzir a satisfação do Estado de punir ou executar a pena, deve ser considerada de natureza penal, como por exemplo, as normas de execução penal que tornem mais gravoso o cumprimento da pena ou que impedem ou criam requisitos para progressão de regime ou outro benefício legal.

É a conhecida competência suplementar, que pode ou não ser delegada aos Estados, senão, por lei complementar.

A Lei 10792/03 é lei ordinária, de forma que a delegação contida no seu **artigo 5º, inciso IV** padece do vício formal de constitucionalidade.

Por outro lado, quando o artigo 24, I da CF/88 impõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre direito penitenciário, surgem as indagações:

Qual o conceito de Direito Penitenciário ?
Qual o alcance da competência concorrente ?

Para Arminda Bergamini Miotto, Direito Penitenciário consiste no “conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade, abrangendo, por conseguinte, o regulamento penitenciário” (Curso de ciência penitenciária. Saraiva, 1975. v. 1. p. 59).

Tal conceito, no entanto, não pode, sob via oblíqua, atingir o conceito de norma penal ou mista (artigo 22, I e seu parágrafo único da CF/88), ou seja, normas que conduzam a privação ou restrição da liberdade do cidadão. Logo, direito penitenciário significa normas dos Estados que particularizem, adaptem os princípios, bases da Lei Federal a peculiaridades regionais do estabelecimento prisional.

Portanto, o artigo 24, I da CF/88 cuida de matéria penitenciária e não penal ou mista (cujas regras são aparentemente de processo penal, leia-se, execução penal, porém, com acentuado caráter de direito penal), sob pena do Estado estar legislando sobre Direito Penal, competência privativa da União (artigo 22, I da CF/88)

Na competência concorrente do artigo 24, I a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo inconstitucional o que dela ultrapassar, sendo que nesta competência concorrente, não há possibilidade de delegação por parte da União, aos Estados e DF das matérias elencadas no artigo 24 da CF, nem por lei complementar, pois o artigo 24 não tem previsão para isso, como tem o artigo 22, I da CF/88.

Assim, os incisos I, II e III do artigo 5º da Lei 10792/03 são constitucionais, pois atendem o artigo 24, I da CF/88.

O **inciso V** também é **constitucional**, não cuidando a hipótese do artigo 22, I e seu parágrafo único da CF/88 e sim, do artigo 24, I c/c §3 e §4º da CF, que cuida da competência suplementar-supletiva dos Estados.

A competência **concorrente ou suplementar** do artigo 24 da CF/88 pode se dar de suas espécies:

- a) de forma **complementar** – a União, através de lei federal estabelece normas gerais, ficando os Estados e DF com competência para normas específicas ou locais, conforme já visto;

- b) de forma **supletiva** – previsto no artigo 24, §§3º e 4º da CF/88. Neste caso a hipótese é outra, ou seja, esta competência somente ocorre em face da desídia da União em editar lei federal sobre determinado assunto, quando Estados e DF passam a ter, temporariamente, competência plena para criação de normas de caráter geral que, a qualquer tempo pode ter sua eficácia suspensa se houver a superveniência de lei federal regulando as normas gerais.

O inciso V do artigo 5º da Lei 10792/03 cuidou exatamente da competência concorrente supletiva, quando a União confessou sua omissão na elaboração de programa de reintegração ao regime comum e a recompensa ao bom comportamento, clamando que os Estados e DF os fizessem.

Todavia, o **inciso IV do artigo 5º da Lei Ordinária Federal 10792/03 é inconstitucional**, por não observar a essência da competência concorrente e por tratar-se de norma com acentuado caráter de Direito Penal, logo, somente passível de delegação via lei complementar (artigo 22, I e seu parágrafo único da CF/88). Vejamos o artigo 5º, IV que delega por lei **ordinária** norma com caráter penal (em verdade, norma mista):

Art. 5º da Lei 10792/03:

Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar."

Como se observa, no **inciso IV** o acentuado caráter de Direito Penal (artigo 22, I e seu parágrafo único da CF/88, que somente permitiria delegação por lei complementar) encontra-se na limitação da defesa, dogma constitucional (**artigo 5º, LV da CF/88**), já que a pretexto de disciplina(até então, norma concorrente), o Estado poderia limitar o exercício da defesa dos condenados, inclusive, para defendê-los da inclusão injusta ou ilegal no regime disciplinar diferenciado.

3. O RDD e a LEP

Transferido desde maio de 2003 para o presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes, a 600 km de São Paulo, o traficante Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar, disse que já não suporta mais o sistema rigoroso da prisão.

Em um depoimento obtido pelo "Fantástico", da TV Globo, levado ao ar no dia 09/11/2003, Beira-Mar revela como é a vida sob o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e não deixa dúvidas que o modelo é eficaz:

- O serviço que é feito aqui, nunca vi em outra cadeia. Assistente psicológica, social, tratamento dos funcionários é perfeito. Quanto a isso não tem o que reclamar, mas a situação humana que a gente fica aqui é uma coisa absurda, completamente absurda.

Beira-Mar foi transferido para Presidente Bernardes em maio de 2003, depois de uma longa negociação para decidir o seu destino.

Na época, ele aparentava confiança. Depois, o traficante, que já comandou os morros do Rio e uma rede de tráfico com ramificações até no exterior, está de cabeça raspada e barba feita.

Autoridades judiciárias fazem entrevistas periódicas gravadas com os presos de Presidente Bernardes para assegurar que a integridade física deles seja preservada.

Em Presidente Bernardes as regras rígidas acabaram com as brigas entre os presos. Os detentos mais perigosos não falam entre si; todos ficam em celas individuais sem desenhos ou fotos; e não há visitas íntimas:

- Aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida. Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é que é a verdade.

No Regime Disciplinar Diferenciado, primeira versão, o banho de sol era limitado a uma hora por dia; não havia atividades recreativas; TV e rádio eram proibidos, assim como jornais e revistas; e livros, só os da biblioteca.

Beira-Mar contou que acabou de ler o romance Arlequim, de Morris West, uma história policial que envolve chantagens e atos terroristas. Mas ele gostou mesmo foi de um outro livro:

- Eu li a história de Ruanda e achei interessante. Achei muito bom.

Ruanda, na África, enfrentou nos anos 90 uma guerra tribal que provocou a morte de 800 mil pessoas.

Para o promotor de Justiça de São Paulo Márcio Cristino, entrevistado pelo Fantástico, o regime rigoroso deixa o preso fragilizado:

- Se percebe que existe uma coisa maior que o poder criminoso que ele tem. Isso gera uma depressão muito grande, um impacto psicológico muito grande. E hoje, em razão disso, eles contam com assistência psicológica

Beira-Mar confirmou a tese do promotor:

- Toda semana eu estou saindo uma hora para conversar com a psicóloga. A assistente social tem me dado uma assistência aí com um remédio, mas eu não quero me viciar. Mas está complicado.

Na versão do regime, visita, só uma vez por semana e previamente agendada. Durante o encontro de duas horas o preso ficava atrás de uma grade de ferro protegida por uma tela

- Isso aqui é horrível. Nada se compara com isso aqui. É uma fábrica de fazer maluco, sinceramente.

O ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, apóia o RDD:

- Se ele se recuperar, ótimo. Se ele nunca se recuperar, pelo menos durante o tempo em que ele estiver preso não terá condições de se conectar, de dar ordens, de comandar as suas atividades criminosas - diz o ministro.

No Estado de São Paulo o preso ficava sob o rigor do RDD (primeira versão) no máximo por um ano. Se causar problemas, pode haver prorrogação de mais 12 meses de confinamento. Era um castigo imposto por exemplo para presos que comandam crimes de dentro da prisão, o que acontece até na super segura cadeia de Presidente Bernardes, que abriga 67 bandidos. Além de Beira-Mar, estão presos no referido estabelecimento, Marcos Camacho, o Marcola, chefe de uma organização criminosa paulista, e Pedro Chiechanowicz, acusado de ser um dos maiores seqüestradores do Brasil.

Por outro lado, para a polícia, a insatisfação dos presos com o RDD foi o estopim para a onda de violência no Estado. Quatro dias antes de começarem os ataques, dois integrantes de uma facção criminosa entregaram uma lista de exigências à direção do presídio. Entre outras coisas, eles reivindicam futebol liberado, duas horas diárias de banho de sol, rádio FM, visita íntima uma vez por mês, além de **rocamboles, água de coco, condicionador de cabelo, bebida energética e até hidratantes para a pele.**

A polícia disse que não cederia às exigências. A vigilância dos presídios foi reforçada. O setor de inteligência da polícia já tinha indícios que o crime organizado planejava novos atentados. Já foram presos 23 acusados de participar dos ataques.

Para os criminosos que queriam regalias em Presidente Bernardes, as autoridades avisaram que o RDD não iria mudar.

- É um regime duro, um regime forte para aqueles criminosos fisicamente perigosos, para os chefes de quadrilha e para os quadrilheiros. Estes têm que estar isolados, num regime disciplinar duro. Essa é a nossa posição, que nós apoiamos - completou Thomaz Bastos na citada entrevista ao programa Fantástico.

- Eu já estou chamando formiga de meu louro. Olha o ponto que eu cheguei. Sinceramente, são sete meses numa situação completamente... Eu não desejo para o meu pior inimigo passar pelo que estou passando - admitiu Beira-Mar.

E o famoso **RDD** (Regime Disciplinar Diferenciado) foi consagrado na Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, disciplinando-o de maneira um pouco diferente da primeira versão, bem como materializando-o na LEP(Lei 7.210/84), no instituto da FALTA GRAVE(artigo 52 da LEP):

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

Portanto, o RDD somente se aplica a preso provisório ou condenado que, durante o cumprimento da pena INTERNAMENTE no estabelecimento penal(e não externamente, por exemplo, o que encontra-se de Livramento Condicional) cometa crime doloso (e não crime culposos² ou contravenção penal) **que ocasione**

² O professor Thales Tácito e Luiz Flávio Gomes entendem que não é possível o RDD nos crimes preterdolosos, porquanto o que o torna mais gravoso é o resultado culposos e não o dolo da conduta. Corolário, não poderia um preso por crime preterdoloso incluir-se no RDD-regra(artigo 52, *caput* da LEP), salvo se dentro das exceções do RDD, ou seja, apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade(artigo 52, §1º da LEP) ou integrar o crime organizado(artigo 52, §2º da LEP).

Já o professor Rogério Sanches entende ser possível o RDD para quem cometa crime preterdoloso, seja na regra(artigo 52, *caput* da LEP) ou nas exceções(artigo 52, §§1º e 2º da LEP). Isto porque o crime preterdoloso nada mais é do que um crime doloso agravado pelo resultado culposos. Logo, dentro desse espírito, entende o professor Rogério Sanches, *data venia*, abrangido pelo dispositivo em comento, lembrando da lesão corporal seguida de morte.)

subversão da ordem ou disciplina internas. Logo, não será todo e qualquer crime doloso que sujeitará o seu agente ao RDD, mas apenas aqueles que causam tumulto carcerário.

Observamos, ainda, que a tentativa, nos termos do que disposto no parágrafo único do artigo do 49 da LEP, será punida com a sanção correspondente à falta consumada (*infração disciplinar de atentado*). No entanto, “como na tentativa as conseqüências do fato não existem ou não são tão graves quanto na consumação, na fixação da sanção disciplinar será tida em vista essa circunstância para a escolha da natureza ou duração da punição” (Mirabete, Execução Penal. Atlas. 2003, p. 138).

Além de responder penalmente pelo crime doloso praticado, sofrerá sanção administrativa durante a Execução Penal.

Essa sanção consistirá nas seguintes características, CUMULATIVAMENTE APLICADAS:

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

Portanto, o RDD na primeira ocorrência tem duração de um ano, em verdade, contado em dias (artigo 10 do CP).

Na reincidência de falta grave (crime doloso), o RDD poderá ser superior ou não a 1 ano, pois o limite é de 1/6 da pena efetivamente aplicada.

Na primeira versão do RDD no máximo a prorrogação poderia se dar por mais 1 ano.

O problema é que a repetição do inciso não foi estabelecida, o que sugere a *prima facie* que poderá se dar tantas vezes quantas forem as faltas graves repetidas.

II - recolhimento em cela individual.

A conhecida solitária, porém, com acompanhamento psicológico. **O presente regramento deve ser implantado sem se desconsiderar as proibições trazidas pelo artigo 45 da LEP, onde, no seu primeiro parágrafo, veda o emprego de cela escura, acrescentando Mirabete, ainda, o uso de celas inabitáveis ou insalubres (op. cit., p. 132).**

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

Na primeira versão a visita também se limitava a 2 horas. Porém, afora, por previsão expressa, sem a menor possibilidade de criança(até 12 anos incompletos). Como a lei não tratou de adolescentes, em tese estaria permitida a visita de pessoas com 12 anos completos em diante.

A redação, porém, é confusa, porquanto dá a impressão que criança não entra no rol de duas pessoas, podendo entrar quantas forem, quando na verdade sequer pode entrar, pois o local e a forma dura de regime carcerário podem provocar um péssimo abalo psicológico na mesma(artigo 6º do ECA³).

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

Na primeira versão do RDD, o banho de sol era 1 hora por dia. Agora ampliou-se para 2 horas por dia.

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

³ Lei 8069/90: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento

Portanto, o RDD se aplica como regra a preso provisório ou condenado com trânsito em julgado a pena privativa de liberdade que dentro do estabelecimento prisional cometa falta grave(leia-se: crime doloso), subvertendo a ordem.

Excepcionalmente, também se aplica para preso provisório ou condenado com trânsito em julgado a pena privativa de liberdade de alta periculosidade para a segurança interna do estabelecimento ou da sociedade.

Portanto, o RDD se aplica no caso do preso, dentro do presídio ou estabelecimento prisional, comandar crimes do lado de fora do muro(extra muro), colocando em risco a sociedade e a própria milícia. Neste caso, o juiz da execução decidirá fundamentado em investigações sigilosas e escutas telefônicas de outros envolvidos, que se encontram fora do estabelecimento prisional, já que neste haverá bloqueadores de celular.

A gravidade do crime praticado não basta para presumir a personalidade do seu autor, havendo que existir, concretamente, dados que indiquem ser ele, enquanto preso, um perigo para ordem e a segurança do presídio.

Ninguém pode ser punido (muito menos com RDD) pelo que é, sim, pelo que faz. Seria absurdo (e retrocesso inconcebível) punir alguém pelo risco que representa, sem ter cometido internamente algum fato revelador de periculosidade.

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

Outra exceção onde se aplica o RDD repousa no preso provisório ou condenado com trânsito em julgado que integre organização criminosa, quadrilha ou bando. Portanto, não precisa praticar o crime da Lei das Organizações Criminosas(9034/95 e 10217/01), bastando o artigo 288 do CP que se afigure nocivo a sociedade.

Em síntese:

| RDD REGRA (artigo 52, caput da LEP) | RDD - 1º EXCEÇÃO (artigo 52, §1º da LEP) | RDD - 2ª EXCEÇÃO (artigo 52, §2º da LEP) |
|---|--|--|
| <i>presos provisórios ou condenados, apenas nacionais, que praticam <u>crime doloso</u> e ocasionem subversão da ordem ou disciplina internas – INTRA MUROS⁴</i> | <i>presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade – INTRA MUROS OU EXTRA MUROS⁵</i> | <i>presos provisórios ou condenados, apenas nacionais, sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando – INTRA MUROS OU EXTRA MUROS⁶</i> |

Pontos importantes:

- a) ao artigo 53 da LEP foi incluído o inciso V, ou seja, constituem sanções disciplinares a **inclusão no regime disciplinar diferenciado**;
- b) **princípio da judicialização do RDD**: para aplicar a sanção disciplinar do RDD somente o juiz das execuções penais, a requerimento fundamentado do Diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa. Curioso é que a nova Lei criou situações inusitadas para o Ministério Público: não previu a possibilidade do Ministério Público por seu órgão de execução penal requerer a aplicação do RDD e sim, tão somente, como *custus legis*, manifestar-se a respeito e, em seguida, a defesa, para finalmente o juiz da execução decidir em no máximo 15 dias. Portanto, não possibilitou o MP como parte requerer e como *custus legis*, quando manifesta-se por último, fala antes da defesa. Evidentemente que interpretação extensiva (artigo 3º do CPP) deve ser feita no artigo 54, §1º da LEP (com a nova redação), possibilitando o MP (por seu órgão com atribuição na execução penal) requerer a aplicação da RDD, uma vez que a LEP o considera integrante do sistema de execução penal (interpretação sistemática do artigo 68, II, “a” da LEP):

⁴ O RDD regra apenas se aplica a fatos praticados dentro do estabelecimento prisional.

⁵ O RDD exceção se aplica tanto a fatos praticados dentro do estabelecimento prisional, quanto do lado externo deste

⁶ O RDD exceção se aplica tanto a fatos praticados dentro do estabelecimento prisional, quanto do lado externo deste

Art. 68 da LEP:

Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (a amplitude da presente alínea torna inúteis as demais, todas, de certa forma, ligadas ao desenvolvimento regular do processo executivo. Eis, mais uma razão para incluir o Ministério Público no rol dos legitimados a requerer a imposição de RDD, deixando, nesse caso, de officiar como *custos legis*).

- c) Não pode o diretor aplicar o RDD e sim, apenas e tão somente, as sanções do artigo 53, I a V da LEP(advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos -artigo 41, parágrafo único;- isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 da LEP);
- d) Com a nova redação do artigo 57 da LEP, na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, sendo que nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 da LEP;
- e) O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos previstos na LEP não poderão exceder a 30 dias, salvo o RDD, onde o prazo é o já estudado(1 ano e na nova falta grave o máximo de 1/6 da pena);
- f) **detração do tempo de isolamento no RDD:** o artigo 60 da LEP, com a nova redação, criou a figura da detração no RDD, ou seja, o Diretor do estabelecimento prisional pode preventivamente decretar o isolamento do preso que comete falta grave(crime doloso) por 10 dias e se o mesmo incluir-se no RDD por decisão judicial, o tempo cumprido de isolamento detrai do tempo a ser cumprido no RDD;

g) artigos relevantes da Lei 10.792/03 para o RDD:

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 5º Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar."

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

Art. 8º A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

4. Conclusões

Na mitologia grega, desde que **Zeus** e seus irmãos (a geração dos deuses olímpicos) começaram a disputar o poder com a geração dos **Titãs**, **Prometeu** era visto como inimigo e seus amigos mortais como ameaça.

Sendo assim, para castigar os mortais, **Zeus** privou o homem do fogo, simbolicamente, da luz na alma, da inteligência...

Prometeu, "amigo dos homens", roubou uma centelha do fogo celeste e a trouxe à terra, reanimando os homens.

Ao descobrir o roubo, **Zeus** decidiu punir tanto o ladrão quanto os beneficiados.

Prometeu foi acorrentado a uma coluna e uma águia devorava seu fígado durante o dia, o qual voltava a crescer à noite.

Para castigar o homem, **Zeus** ordenou a Hefesto (Vulcano) que modelasse uma mulher semelhante às deusas imortais e que tivesse vários dons.

Atená (Minerva) ensinou-lhe a arte da tecelagem, **Afrodite (Vênus)** deu-lha a beleza e o desejo indomável, **Hermes (Mercúrio)** encheu-lhe o coração de artimanhas, imprudência, ardis, fingimento e cinismo, as **Graças** embelezaram-na com lindíssimos colares de ouro.

Zeus enviou **Pandora** como presente a **Epimeteu**, o qual, esquecendo-se da recomendação de **Prometeu**, seu irmão, de que nunca recebesse um presente de **Zeus**, o aceitou.

Quando **Pandora**, por curiosidade, abriu uma caixa que trouxera do **Olimpo** como presente de casamento ao marido, **dela fugiram todas as calamidades e desgraças que até hoje atormentam os homens.**

Pandora ainda tentou fechar a caixa, mas era tarde demais: ela estava vazia, **com a exceção da "esperança" que permaneceu presa junto à borda da caixa.**

O Legislativo, formado pela vontade popular com representatividade heterogênea, na melhor das intenções, tentando atender reclames sociais e pressão da mídia, publica leis a toque de caixa que são verdadeiras **caixas de Pandora** (conferir artigo do professor Thales sobre a Lei 10763/03 – *O legislador é mais o obreiro que faz a lei do que a testemunha que certifica*, no site www.ielf.com.br).

Após a abertura da caixa(leia-se: após a publicação da lei), o Judiciário fica solitário na missão de interpretar as normas(Hermenêutica Jurídica), sem afrontar a CF/88, porém, **como bode espiatório** das mazelas por ele não criadas. Se decide *incidenter tantum* pela inconstitucionalidade de determinados artigos, recebe da imprensa as críticas severas de estar protegendo bandidos perigosos. Se decide pela constitucionalidade de normas inconstitucionais, atende a imprensa, acalma a fúria social, mas quebra o seu juramento de justiça e essência do Poder. Perde autonomia, se enfraquece e pior, cria a falsa impressão que o problema de segurança pública foi resolvido.

Já o Poder Executivo Federal promete na Lei 10.792/03 a criação de presídios federais de segurança máxima, após quase 20 anos de promessa da Lei 7.210/84(sem nenhuma efetividade na execução penal).

Enquanto isso, no Palácio da Justiça, a Lei 10.628/02 cria foro vitalício, existe projeto de lei de senador vitalício, a reforma previdenciária mais assusta que integra e o crime organizado avança, cada vez mais forte, em represália ao Regime Disciplinar Diferenciado, deixando todos perplexos, uma vez que a Lei que o criou, esqueceu de criar mecanismos para o contra-ataque(elementos humanos, melhores salários, combate a corrupção nos órgãos públicos, melhoria bélica da milícia etc).

A multidão, de repente, tornou-se visível e instalou-se nos lugares freqüentes da sociedade. Antes, se existia, passava inadvertida, ocupava o quadro do cenário social; agora, adianta-se como personagem principal. Já não há protagonista: só há coro

(ORTEGA Y GASSET, in “Rebelião das Massas”)

Anexo: Lei 10.792, de 01º de dezembro de 2003

LEI Nº 10.792, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2003

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório." (NR)

"Art. 34.

§ 1º (parágrafo único renumerado)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios." (NR)

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

"Art. 53.

.....

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado." (NR)

"Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias." (NR)

"Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei." (NR)

"Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado."

....." (NR)

"Art. 60. 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." (NR)

"Art. 70.

I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso;

....." (NR)

"Art. 72.

.....

VI – estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar.

....." (NR)

"Art. 86.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

.....

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos." (NR)

"Art. 87.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei." (NR)

"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes." (NR)

Art. 2º (mudança no CPP)

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 5º Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar." (NR)

Art. 6º No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-a ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas.

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

Art. 8º A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 Revoga-se o art. 194 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Brasília, 1º de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos