

BREVES NOTAS SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Vlamiir Costa Magalhães

Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Federal Criminal;

Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro

RESUMO

O presente estudo aborda aspectos controvertidos sobre o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), versando sobre questões como sua natureza jurídica, suas hipóteses de aplicação e, sobretudo, sua legitimidade constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Regime Disciplinar Diferenciado. Função Cautelar. Legitimidade Constitucional

SUMÁRIO

1 Introdução 2 Conceito e Natureza do Regime Disciplinar Diferenciado 3 A possível função cautelar do Regime Disciplinar Diferenciado e suas conseqüências 4 Conclusão 5 Bibliografia

1 Introdução

As origens mais remotas de um regime de custódia mais rigoroso destinado a presos incomuns são apontadas ainda na Antiguidade, embora com denominações diversas. No Brasil, há referências deste tipo também na fase imperial de nossa história. Em tempo mais recente, já vinham sendo discutidas propostas de implantação de medidas nesse sentido quando, em 15 de março de 2003, ocorreu o homicídio do então juiz corregedor da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente, Dr. Antônio José Machado Dias, por obra de facção criminosa insatisfeita com sua atuação honesta e exemplar no trato de presos perigosos.

A partir de então, foram incrementados os esforços para o necessário enrijecimento das regras prisionais em face de indivíduos cujo comportamento no cárcere ponha em risco a sociedade e as próprias autoridades públicas. De início, tentou-se adotar instrumentos eficazes de custódia por meio de simples atos administrativos, via esta que foi alvo de merecidas críticas, sobretudo ante a realidade de que somente lei em sentido formal constitui veículo constitucionalmente adequado para dispor sobre tópico que, necessariamente, envolve justificadas restrições a direitos fundamentais.

Neste ponto, temos a opinião de que as normas sobre execução penal e condições gerais de custódia de presos provisórios estão submetidas ao princípio da reserva legal, sendo a matéria sujeita à competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Carta Magna. Assim, trilhando caminhos corretos diante da Constituição, o Regime Disciplinar Diferenciado foi finalmente disciplinado pela Lei nº 10.792/2003, sendo inserido na Lei de Execuções Penais (LEP, Lei nº 7.210/84) - mais especificamente nas subseções “Das Faltas Disciplinares” e “Das Sanções e Recompensas” - o que, de certa forma, gera ainda perplexidade e equívocos interpretativos sobre a natureza do instituto e suas possibilidades de aplicação. Há de se expressar a constatação de que, também por se tratar de tema relativamente novo para os padrões habituais do mundo jurídico, a escassez de subsídios doutrinários e jurisprudenciais contribui para o quadro cinzento de dúvidas e incertezas sobre o assunto.

2 Conceito e Natureza do Regime Disciplinar Diferenciado

Para que melhor sejam vislumbrados os aspectos do Regime Disciplinar Diferenciado, é benfazeja a análise dos respectivos dispositivos da Lei nº 7.210/84, *verbis*:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione a 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.

.....

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.

Em síntese, pode-se definir o Regime Disciplinar Diferenciado como um conjunto de regras rígidas que orienta o cumprimento de pena privativa de liberdade - quanto ao réu já condenado - ou a custódia do preso provisório. Destarte, de acordo com o caso concreto, o instituto pode assumir duas feições: o RDD “punitivo” (art. 52, caput e incisos, da Lei nº 7.210/84) e o RDD “cautelar” (art. 52, parágrafos 1º e 2º, do mesmo diploma legal).

Os fundamentos para decretação do RDD podem consistir: a) na prática de falta grave (cf. arts. 50, I a VI, da Lei nº 7.210/84), devidamente comprovada em procedimento próprio, com observância de ampla defesa; b) na existência de fundado risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou, ainda, c) na fundada suspeita de envolvimento ou participação do custodiado, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando - essas duas últimas hipóteses encontram-se previstas nos parágrafos do art. 52 da Lei nº 7.210/84.

Há postura restritiva que vê o RDD como medida exclusivamente sancionatória, adstrita, portanto, ao cometimento de faltas graves. Penso que tal frágil entendimento talvez seja motivado pelo já mencionado posicionamento normativo do instituto, o que, no entanto, não autoriza que se afaste a possibilidade de emprego do RDD com função cautelar - o que, aliás, decorre igualmente da letra clara e expressa dos parágrafos 1º e 2º do art. 52 do diploma legal analisado.

Nesta última hipótese, inegavelmente estamos diante de instrumento que goza de previsão legal e configura-se como verdadeira medida cautelar típica. Não é admissível que em plena era da globalização e da internet, onde também afloram novas e criativas expressões do crime organizado, venha a se pregar a exaustividade do rol de providências cautelares relacionadas no vetusto Código de Processo Penal de 1941. Ora, mais de meio século se passou desde a edição deste diploma legal, sendo certo que o desenvolvimento da sociedade, da tecnologia e da criminalidade impõe a aceitação de que o Estado possa fazer uso de artifícios aptos a inibir imediatamente a reiteração de práticas que afrontam, sobremodo, a ordem pública.

A jurisprudência tem corroborado as idéias aqui expostas¹ e, neste diapasão, é digno de referência o acórdão proferido, de forma unânime, pela 2ª Turma Especializada do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja relatoria coube à ilustre desembargadora federal, Dra. Liliane Roriz², a seguir:

¹Neste sentido foi o voto prolatado pelo Desembargador Federal, Dr. Nefi Cordeiro, membro do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verdadeira lição quanto a vários aspectos aqui abordados, *verbis*:

“[...] Assim sendo, tenho que o **regime disciplinar diferenciado** - que autoriza a determinação do isolamento do preso - pode ser determinado tanto para os presos que cometem faltas graves (*caput*), quanto para aqueles que apresentem risco à segurança (§ 1º) ou que integrem organização criminosa, quadrilha ou bando (§ 2º), sendo que a prova dos autos indica que o paciente enquadra-se nos parágrafos acima citados.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o **Regime Disciplinar Diferenciado**, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional - liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos - e, também, no meio social

[...] O **Regime Disciplinar Diferenciado** é previsto, portanto, como modalidade de sanção disciplinar (hipótese disciplinada no caput do art. 52, da LEP) e, também, como medida cautelar (hipóteses dos §§ 1º e 2º da LEP) [...]

Pelo mesmo fundamento, a possibilidade de inclusão do preso provisório no RDD não representa qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, nos termos do que estabelece o parágrafo único do art. 44 da Lei de Execução Penal, ‘estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório [...]’

[...] Dessa forma, tenho como legítima a atuação estatal ao instituir o **Regime Disciplinar Diferenciado**, tendo em vista que a Lei nº 10.792/2003 busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas as quais atuam tanto no interior do sistema prisional - liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos - quanto fora, ou seja, em meio à sociedade civil [...]

9. Por outro lado, cumpre salientar que o **regime disciplinar diferenciado** não constituiu uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou um novo **regime** de cumprimento de pena em acréscimo aos **regimes** já existentes (fechado, semi-aberto e aberto).

Na verdade, o RDD nada mais é do que um **regime** de disciplina carcerária especial que tem como característica um maior grau de isolamento do preso com o mundo exterior, inclusive com o bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos. Trata-se de uma medida emergencial que visa transformar o caos do sistema penitenciário para, ao menos em relação aos presos mais perigosos, impor-lhes um verdadeiro **regime** de segurança máxima, sem o qual, infelizmente, a atuação desses líderes de organizações criminosas não pode ser contida.

10. Assim, aos criminosos que, mesmo aprisionados, pretendem continuar exercendo sua maléfica liderança, subjugando e usando os demais presos como massa de manobra em sua rebeldia, é imperioso que o Estado lhes imponha um **regime** de disciplina diferenciado que, sem ser desumano ou contrário à Constituição, possa limitar os direitos desses presos, evitando que continuem a comandar organizações criminosas de dentro dos estabelecimentos penais [...].

Quanto à competência, entendo que, tratando-se de preso provisório realmente compete ao juiz do processo definir não somente a necessidade da prisão, como também poderá desde logo vislumbrar situação legal autorizadora do **regime diferenciado**, desde que comprovada nos autos da ação penal.

Finalmente, parece-me que ainda na hipótese de ausência de previsão legal específica, o que não é o caso, poderia o juiz do processo determinar medidas cautelares que justificadamente entendesse necessárias, como a separação dos presos, as restrições de contato com determinadas pessoas, etc. Trata-se de medida ínsita ao poder geral de jurisdição, que para sua efetividade exige do julgador por vezes medidas inominadas garantidoras do resultado útil do processo e da ordem social [...]” (Relator Nefi Cordeiro, Classe: HC - Habeas Corpus, Processo: 2006.04.00.034761-0, UF: RS, Data da Decisão: 30/10/2006, Órgão Julgador: Sétima Turma, Fonte: *DJU*, Data: 7/11/2006, p. 428-429).

² Do mesmo órgão do TRF - 2ª Região (HC nº 2007.02.01.000623-2, rel.: des. fed. Liliane Roriz, por unanimidade, 2ª Turma Especializada, j. em 15/2/2007) provém a precisa decisão que rechaçou o estapafúrdio argumento de que o direito à prisão especial do réu bacharel em Direito ou advogado afastaria a aplicabilidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Dessa forma, afastou-se mais uma vez a pretensão de tornar prerrogativas profissionais em escudos obstadores da razoável e ponderada concretização dos ideais de Justiça.

CRIMINAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PODER ESPECIAL DE CAUTELA DO JUIZ. PRISÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE

1. Compete ao Juízo que autorizou as escutas telefônicas fixar o regime de cumprimento da prisão preventiva.
2. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) - que se caracteriza como um regime de disciplina carcerária especial -, embora esteja regulamentado na Lei de Execuções Penais, se aplica tanto ao cumprimento de pena privativa de réu condenado como à custódia de preso provisório, podendo, assim, assumir duas modalidades distintas: punitiva e cautelar.
3. O RDD punitivo, por força de sua própria natureza, depende de procedimento disciplinar que assegure o direito de defesa (art. 59), de requerimento circunstanciado da autoridade competente (art. 54, par. 1º), de manifestação do Ministério Público e da defesa (art. 54, par. 2º), e, por fim de decisão fundamentada do juiz competente (art. 54, caput).
4. O RDD cautelar, também por força de sua própria natureza, está adstrito ao poder especial de cautela do órgão judicial, com vistas a eliminar uma situação de perigo evidente para a sociedade.
5. Muito embora se trate de medida cautelar tipificada na LEP, não prevê a norma legal qualquer procedimento que possa ser aplicado, diferentemente do que fez com o RDD disciplinar, confiando ao órgão julgante a avaliação e sopesamento de sua necessidade e conveniência.
6. A manifestação prévia do Ministério Público e da defesa só se impõem quando se tratar de regime disciplinar diferenciado punitivo, o que explica a posição topográfica do dispositivo legal supracitado no capítulo das sanções disciplinares, bem como a referência do *caput* a estas sanções disciplinares aplicadas aos custodiados.
7. A medida impugnada teve caráter cautelar, vez que fundamentada no risco à segurança pública, na necessidade de resguardo da sociedade, na manutenção da ordem no meio penitenciário, bem como no fato de se ter apurado - mediante as interceptações telefônicas autorizadas pelo Juízo *a quo* -, que o paciente, mesmo custodiado, não só dava continuidade às suas atividades delituosas, dentre elas homicídios, contrabandos, formação de quadrilha e corrupções ativas, como também chefiava uma das organizações criminosas que desenvolvem a atividade de exploração de máquinas de “caçaníqueis” na Zona Oeste desta cidade.
8. No que tange às restrições impostas ao paciente, relativamente às visitas íntimas, horários para banho de sol e audiências com advogados, estas são inerentes à imposição do RDD, sob pena de tal regime tornar-se inócuo e não diferenciado, contrariando o

próprio objetivo para o qual foi criado, sendo que, no caso concreto, tais restrições, além de atenderem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, se mostram imperiosas ao fim a que se destina, uma vez que o regime prisional comum, a que o acusado estava inicialmente submetido, já se mostrou totalmente incapaz de afastar o paciente de suas atividades delituosas.

9. Ordem denegada.³

3 A possível função cautelar do Regime Disciplinar Diferenciado e suas conseqüências

Nesta linha, mesmo que por absurdo não se enxergue a tipicidade cautelar do RDD, o exercício do poder geral de cautela (art. 3º do CPP c/c art. 798 do CPC) ainda assim autorizaria a aplicação do instituto como medida cautelar atípica, sobretudo perante sinais robustos de que, após a decretação da prisão provisória, alguns custodiados pareçam apenas ter mudado de endereço, continuando a conduzir, do interior do cárcere, seus negócios ilícitos, dentre outras práticas irregulares, como ameaças telefônicas a testemunhas, contratação de prostitutas, promoção de festas, churrascos e outras barbaridades inaceitáveis já ocorridas em unidades prisionais do estado do Rio de Janeiro.

Sobre o poder geral de cautela no âmbito processual penal, é obrigatória a referência a alguns trechos do ensinamento de dois eminentes magistrados federais do Rio de Janeiro, professores Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Abel Fernandes Gomes, *verbis*:

[...] Entretanto, sobre a liberdade de locomoção, frise-se que a própria Constituição prevê a relatividade do princípio, quando dispõe no art. 5º, inciso XV, que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens* [...]”

A liberdade de locomoção é, por assim dizer, um direito fundamental relativo, pois terá seu exercício individual assegurado enquanto não colidir com o interesse público, a partir de onde poderá, nos termos da lei, encontrar limitações destinadas a solucionar tal conflito.

Não obstante as controvérsias em torno da existência ou não de um processo penal cautelar distinto, jamais se poderá negar que o processo penal conta com uma série de medidas cautelares que, em última análise, estão dispostas na lei processual penal para instrumentalizarem, quando necessário, o exercício da jurisdição [...]

³ Habeas Corpus nº 2001.02.01.000481-8, rel. desembargadora federal Liliane Roriz, por unanimidade, 2ª Turma Especializada do TRF - 2ª Região, j. em 15/2/2007.

Em que pese o Código de Processo Penal não possuir a expressa denominação e organização unificada de um processo cautelar, ao contrário do que ocorre com o Código de Processo Civil, ostenta em suas disposições legais inúmeras medidas que a doutrina supracitada, entre outras, classifica como cautelares, tais como a prisão em flagrante e fiança, prisão preventiva, aplicação provisória da interdição de direitos e de medidas de segurança e medidas assecuratórias.

Mas será que somente as medidas cautelares identificadas nos artigos do CPP poderão ser adotadas? Ou haverá a possibilidade de o juiz determinar outras cautelares inominadas? [...]

Segundo esta linha de doutrina, Processo Civil e Processo Penal constituiriam ramos daquela unidade, e a divisão que resultou feita deriva apenas do conteúdo da pretensão deduzida em juízo, seja penal ou extrapenal, razão pela qual se desenvolveu uma Teoria Geral do Processo, matéria obrigatória no ensino das faculdades de Direito.

Existindo, assim, uma Teoria Geral do Processo, em conseqüência passamos a contar, também, com princípios e institutos que são gerais e comuns ao Direito Processual como um todo, e que não é transposto do Código de Processo Civil para o Direito Processual Penal por analogia, como se poderia cogitar, diante da ausência de uma disposição legal no Código de Processo Penal nos moldes daquela do art. 798 do CPC.

Como frisou ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS:

“Consoante já se acentuou (inf. n. 59), sendo Calamandrei o mais acatado sistematizador da doutrina relativa às medidas cautelares, procuramos adaptar as providências cautelares previstas em nosso Código de Processo Penal à classificação por ele exposta, no intuito de demonstrar que a doutrina do processo civil é que vai iluminar o processo penal, visto que este além de mais apoucado no campo doutrinário, é servido, em nosso direito, por um código sem qualquer orientação técnica.”

Na verdade, o poder geral de cautela utilizado no Processo Penal deriva dos princípios gerais do direito, pois se existe no ordenamento jurídico um processo cautelar cuja finalidade é tutelar o processo principal com medidas que possibilitem o desenvolvimento regular e a prestação jurisdicional útil e efetiva na ação principal, é óbvio que a taxatividade dessas medidas poderá, diante de determinadas circunstâncias, ser insuficiente para a solução de um caso concreto, levando o Juiz a adotar outra medida mais eficaz, adequada e proporcional.

O instituto do poder geral de cautela está expressamente previsto no art. 798 do CPC, mas reflete-se no processo penal como inerente à sistemática do direito processual como um todo, por força do disposto no art. 3º do CPP.

Como bem observa FREDERICO MARQUES:

“Essa orientação sobre interpretação encontra acolhida na lei processual vigente, em face do que dispõe o art. 3º, quando admite os suplementos dos princípios gerais do direito. É claro que dentre

esses princípios, devem ocupar o primeiro lugar os de Direito Processual, que, por ser unitário (retro n. 5), está formado por normas e regras contidas em ambos os seus ramos; e como o processo civil é a parte tecnicamente mais aperfeiçoada do Direito Processual, dele é que são extraídos, em sua maioria, esses princípios.”

A instrumentalidade que as medidas cautelares exercem perante o processo de conhecimento é um dos princípios gerais do processo cautelar, sendo própria de ambos os ramos do Direito Processual: o Penal e o Civil [...]

Na verdade, se está diante da legítima aplicação do art. 798 do CPC, com base na suplementação da lei processual penal que não prevê expressamente o poder geral de cautela do juiz, mas que é inerente ao processo como uma ciência e sem o qual a instrumentalidade das medidas cautelares, como um todo, não pode funcionar em toda sua extensão.

O exercício do poder geral de cautela pelo juiz criminal, fundamentado na aplicação dos princípios gerais do Direito Processual, em nada confunde-se com sua utilização fincada na analogia.

*A prévia oitiva da parte contrária, antes da decisão sobre a medida requerida, poderá ser determinada ou não, uma vez que é inerente ao processo das medidas cautelares em geral, a possibilidade da determinação de medidas inaudita altera pars, quando haja perigo de que a parte requerida venha a frustrar a execução da cautela, se cientificada anteriormente. Mesmo nesta hipótese, o controle e o contraditório em torno das providências cautelares poderão ser exercitados de forma diferida no futuro.*⁴ (grifo nosso)

Diante de tal quadro, não há dúvidas de que a questão é relevante e nos remete a um dilema: ou as autoridades estatais têm a coragem de usar do meio rigoroso, mas legítimo e imprescindível para fazer cessar a continuidade de agressões à paz social ou estamos todos fadados a assistir, de forma tímida, passiva e covarde, à derrocada do Estado Democrático de Direito diante de comportamentos criminosamente ousados.

É primordial destacar que, em sua face cautelar, o Regime Disciplinar Diferenciado não implica em decretação de penas ou situações definitivas, nem mesmo pode ser confundido com a esdrúxula figura da regressão cautelar do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Longe disso! Trata-se de simples providência que - repita-se - pode ser cautelarmente adotada, daí porque é impertinente a já conhecida alegação acerca da necessidade de observância de prévio contraditório e oportunidade de defesa, sendo plenamente viável a postergação da manifestação tanto do Ministério Público quanto da Defesa, desde que a necessidade premente ditada pelas circunstâncias assim justifique.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de Direito Penal e Processo Penal: Em Especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 321-328.

Em sentido contrário à suposição de que as regras do RDD constituem sofrimento desnecessário e inócuo, é interessante lembrar o teor das declarações do indivíduo conhecido por “Fernandinho Beira-Mar”, referido por Luiz Flávio Gomes, em artigo conjunto, no seguinte sentido:

Em um depoimento obtido pelo *Fantástico*, da TV Globo, levado ao ar no dia 9/11/2003, Beira-Mar revela como é a vida sob o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e não deixa dúvidas de 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 [...] ⁵

Com efeito, opondo-se à precipitada rejeição ao instituto, está também o fundamentado comentário de Marcelo Lessa Bastos, *verbis*:

Não se consegue compreender as críticas doutrinárias que são endereçadas ao isolamento absoluto de presos líderes de organizações criminosas, após se terem informações seguras de que continuam a comandar seus negócios. O isolamento é imperativo e é a única medida efetiva que se dispõe para neutralizar a ação dessas pessoas. Isto visa a enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para dispersar o seu comando. Não há que se opor ao isolamento argumentos no sentido da função educadora da pena, porque tais pessoas, ainda que não possam perder este *status* de pessoas, ao contrário do que crê Jakobs, demonstram cabalmente que não estão querendo se ressocializar. Resta, pois, como forma legítima de proteção dos cidadãos, que igual têm o direito constitucional à segurança pública, isolar essas pessoas, pelo tempo necessário para neutralizar sua influência na organização a que pertença, nem que isto leve todo o tempo restante de sua pena. Sinceramente, as críticas endereçadas ao “RDD” não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosas, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudiano caso de desequilíbrio intelectual. ⁶

⁵ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional?: O Legislador, O Judiciário e a Caixa de Pandora*, p. 16. Disponível em <www.bu.ufsc.br>.

⁶ BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao Direito Penal do Inimigo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1.319. Disponível em <www.jus.uol.com.br>. Acesso em 10 fev. 2007.

Em adendo, faço coro com este autor no tocante ao descabimento da falácia de que o Regime Disciplinar Diferenciado violaria a ampla defesa devido à restrição de visitas de advogados a seus clientes. Tal pensamento simplesmente ignora a preocupante realidade extraída de diversos casos noticiados pela mídia em que alguns advogados deturparam seu papel e passaram a prestar serviço de “mensageiros” e “pombos-correio” de organizações criminosas. Por incrível que pareça, mesmo diante deste cenário, alguns dirigentes da classe advocatícia ainda têm ousado ostentar corporativismo vergonhoso, insistindo em defender o acesso ilimitado e isento de controles de advogados a estabelecimentos penais, opondo-se até mesmo à realização de revistas.

Creio que a referida resistência é injustificada e acaba depondo contra a própria categoria - certamente composta, em sua esmagadora maioria, por pessoas de bem. Destarte, tal argumentação merece repúdio, eis que nosso ordenamento jurídico não tolera privilégios pessoais ou prerrogativas absolutas. Ainda neste ponto, é novamente invocável a preleção de Marcelo Lessa Bastos:

Non há dúvidas de que todo criminoso precisa ter a assistência de Advogado, antes e depois de sua condenação: antes, para velar por sua ampla defesa; depois, para velar pela correta observância dos princípios gestores da execução penal. No entanto, nisto não se compreende a missão de integrar organizações criminosas, fatos que não podem se enquadrar no conceito de exercício profissional, constituindo, ao revés, em infrações penais, tratáveis pelo art. 288 ou pelo art. 29 do Código Penal, conforme o caso. *Não há absolutamente nenhum argumento convincente que justifique a necessidade de contato físico entre o Advogado e o preso. Eles podem, perfeitamente, conversar separados por um vidro e um interfone, sem que esta medida prejudique, em absolutamente nada, o exercício profissional e os direitos inerentes ao princípio constitucional da ampla defesa. Não conta que na profissão de Advogado estejam previstos procedimentos como abraço, toques corporais, apertos de mão, etc, porque não parece necessário nenhum tipo de exame físico para o diagnóstico das causas criminais e a definição de seu tratamento jurídico [...].*⁷ (grifo nosso)

Mais adequado e cogente torna-se o RDD nos casos em que, isoladamente, a prisão cautelar não se revela capaz de atender à finalidade para a qual foi decretada, sobretudo quando há indícios de que a ordem pública permanece sendo reiteradamente violada pela verossímil continuidade das atividades ilícitas. Vale repisar que, enquanto

⁷ Ob. cit., p. 17.

expressão de tutela jurisdicional cautelar, não há de se falar em necessidade de requerimento prévio de quem quer que seja (Ministério Público ou autoridade penitenciária) para decretação da medida, já que - como visto - o Regime Disciplinar Diferenciado nem sempre caracteriza sanção, podendo, por isso, ser empregado de ofício e *inaudita altera pars*, sempre que necessário, pois, afinal, é o Juízo o guardião precípua da boa condução do processo, enquanto relação jurídica⁸.

Sobre a possibilidade de emprego da tutela jurisdicional cautelar de ofício, versando sobre o âmbito da teoria geral do processo, verifica-se que, em regime de convergência, seguem, respectivamente, Marcellus Polastri e Galeno Lacerda, *verbis*:

Ora, a cautela de ofício é prevista no art. 797 do CPC, ao se deferir o poder ao juiz de decretar medidas cautelares sem a audiência das partes, vale dizer, sem provocação ou de ofício e, neste caso, conforme também já visto, *não há, por outro lado, ofensa ao princípio ne procedat iudex ex officio previsto no art. 2º do mesmo Código de Processo Civil [...]*⁹

Enquanto, porém, na jurisdição contenciosa e na voluntária, incide, em regra, o art. 2º - “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais” - o que faz indispensável a incoação alheia, as atividades de ofício, porque resultantes diretas do poder-dever judicial, tornam-se secundários e não-essenciais os possíveis pedidos dos sujeitos da relação processual. Mesmo sem eles, impende o juiz o dever de agir [...]¹⁰

Com igual vigor, da referida natureza cautelar do RDD infere-se que também não há que se cogitar da obrigatoriedade de fixação *ex ante* do prazo de duração da medida, já que esta deve persistir enquanto subsistirem as circunstâncias que justificaram a sua decretação. Apenas em observância ao princípio da proporcionalidade, entendemos que não deva ser ultrapassado o limite legal de tempo abstratamente previsto (art. 52, I, da Lei nº 7.210/84).

⁸ “Sobre este tópico, é de se reforçar que não concordamos com a visão precipitada de que os termos empregados pelo art. 52 e parágrafos da Lei 7.210/84 geram insegurança e abrem caminho para arbitrariedades, conforme exposto no trabalho de Rogério Sanches Cunha e Thales Tácito Pontes Luz Pádua Cerqueira (Regime Disciplinar Diferenciado. Breves Comentários. *Execução Penal: Leituras Complementares*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 107). Trata-se de desconfiança generalizada e injustificável, eis que ao legislador é inviável prever todas as formas de possível vulneração do resultado útil do processo, motivo que sustenta a farta previsão normativa de noções jurídicas propositalmente indeterminadas a serem fixadas por órgãos jurisdicionais diante das circunstâncias do caso concreto, o que efetivamente ocorre em relação ao RDD relativamente à interpretação da expressão ‘alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade’” (art. 52, § 1º, da Lei nº 7.210/84).

⁹ LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 271.

¹⁰ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Das Medidas Cautelares*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 80.

Outrossim, cabe sublinhar que não se está defendendo aqui que o RDD seja uma espécie de remédio para todos os males do sistema carcerário brasileiro, sob a inspiração do movimento da lei e da ordem ou do expansionismo punitivo. Nada disso! Trata-se, como se sabe, de providência enérgica, que se revela, porém, diante de certas circunstâncias, um autêntico “mal necessário”. Ao contrário do que defendem os mais afoitos, o RDD não é um mero subproduto do denominado Direito Penal do Inimigo ou um retrocesso inconstitucional. Em verdade, retrocesso seria admitir que o Poder Público se curvasse ou quedasse inerte diante de veementes acintes e constrangedoras ameaças de desequilíbrio. Aliás, neste ponto, apresenta-se singularmente aplicável o dizer de Luiz Flávio Gomes (et. al.), *verbis*:

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 [...]

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 (9.034/95 e 10.217/01), bastando o artigo 288 do CP que se afigure nocivo a sociedade.¹¹

Em tempo, cabe destacar que a infundada insinuação de possível inconstitucionalidade da previsão legal acerca do RDD já foi devidamente rechaçada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos termos referidos, *verbis*:

Ementa

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

¹¹ GOMES; CUNHA; CERQUEIRA. op. cit., p. 21.

1. *Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.*
2. *Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional - liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos - e, também, no meio social.*
3. *Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do *habeas corpus*.
Precedentes [...]*
5. *Ordem denegada.*¹² (grifo nosso)

4 Conclusão

À guisa de finalização deste breve estudo, sem a mais mínima pretensão de esgotar o tema, deixo claro mais uma vez o sentimento de que o Regime Disciplinar Diferenciado é ferramenta constitucionalmente legítima a ser aplicada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tanto como sanção quanto como cautela, sempre com o devido cuidado por se tratar de medida restritiva de direitos, contudo, sem qualquer receio, sempre que tal instrumento mostrar-se útil para não permitir que os germes da balbúrdia e do descrédito institucional venham a se instalar no corpo estatal.

¹² HC nº 40.300/RJ; HC nº 2004/0176564-4, Relator(a): Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128), Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento: 7/6/2005, Data da Publicação/Fonte: DJ 22/8/2005, p. 312, RT vol. 843, p. 549.

5 Bibliografia

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de Direito Penal e Processo Penal: em especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Das medidas cautelares*, v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIMA, Marcelus Pollastri. *A Tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANCHES, Rogério Sanches Cunha; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz Pádua. *Regime Disciplinar Diferenciado: breves comentários*. In *Execução Penal: leituras complementares*. Salvador: Juspodivm, 2006.