

RDD – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Luiz Vicente Cernicchiaro

— Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

— Doutor em Direito Penal e Criminologia, pela *Università degli Studi Roma*.

— Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1969.

— Advogado

O Direito Penal está passando por um momento de crise. Crise tão séria, que envolve o Parlamento e os Tribunais brasileiros.

Não se pode conferir interpretação correta da lei se não forem levados em conta os — princípios — que regem essa área dogmática. Diga-se o mesmo da — execução penal — a ela umbilicalmente relacionada.

Análise dos repositórios de jurisprudência evidencia, tantas vezes, não haver a devida preocupação com o sentido material da lei penal. O mesmo acontece com a — execução penal. Não se trata, pois, de crise tópica. Ao contrário, atinge a própria principiologia desse setor jurídico.

O Direito deve disciplinar — valorativamente — a vida em sociedade. Sem princípios, far-se-á simples operação de jogo de xadrez, ou seja, raciocínio meramente formal, vazio, indiferente ao aspecto mais importante: a teleologia da norma jurídica. E o pormenor ganha realce quando se trata de Direito Penal e da Execução Penal (sem olvidar o Direito Processual Penal). Essas áreas dogmáticas não se referem a transações civis, ou comerciais, não buscam interesse meramente patrimonial. Importante frisar, Direito Penal trata, impõe disciplina, estabelece regramento de conduta ao ser humano.

A parte mais importante da Constituição da República é a menos citada. Sem exagero, tantas vezes, ignorada, tida por muitos como meramente enunciativa: o preâmbulo. Aí, está explícito, uma das metas da Carta Pública é organizar “uma sociedade fraterna, “sem preconceitos”. E, no Título II — “Dos Direitos e Garantias Fundamentais “(art. 5^o) registra, no inciso III: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

Nesse ângulo devem ser interpretadas as normas do Direito Penal, do Direito Processual Penal e da Execução Penal.

Evidente, em toda sociedade, há condutas valiosas e condutas proibidas (desvaliosas).

O Direito recepciona os respectivos comportamentos. De um lado, aprovando-os. De outro, repelindo-os.

O modo de reagir não pode ser casuístico. Há de resultar de princípios, referências aplicadas à legislação, impondo-se-lhe legitimidade. Não basta a lei estar em vigor. É indispensável, repita-se, ganhar aceitação material.

E como traduzir essa preocupação? Prefiro denominá-la — *legitimidade*! A Constituição brasileira, no rol dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consagra o princípio que rege o Estado Democrático de Direito. No tocante ao Direito Penal: a anterioridade da lei penal: “ não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5^ª XXXIX). Essa norma, entretanto, não está isolada no sistema. Coordena-se aos “Princípios Fundamentais” que erigiram literalmente a proteção da pessoa humana (art. 1^ª, III). Esses comandos dirigem-se também aos integrantes dos Poderes da República. O contraste de uma norma jurídica à Constituição se dá formal ou (e) materialmente.

A norma jurídica somente se adapta aos Princípios Fundamentais quando ajustar-se (formal e materialmente) à Carta Política. No primeiro aspecto, reclama-se, por dedução, a norma ordinária guardar harmonia com a que ela é hierarquicamente superior: a lei ordinária, relativamente a Constituição; o decreto, por sua vez, quanto à lei. Do ponto de vista material, impõe-se comparação entre os preceitos das normas, a fim de a derivada não contrariar *ideologicamente* a que lhe é referência. Em se ilustrando: a Constituição não pode contrastar princípios ideológicos. A lei ordinária, também ideologicamente, precisa estar em harmonia com a Carta Política, do mesmo modo que o decreto ajusta-se imediatamente à lei ordinária e, mediamente, vincula-se à Lei Maior e aos Princípios Gerais do Direito. Com isso, ganham-se legalidade e legitimidade.

Essas observações evidenciam a importância do Poder Judiciário. Não é mera **longa manus** do Legislativo. Isso não gera nenhuma ofensa à separação de Poderes. Ao contrário, integra-os em unidade material. O Direito — ideologicamente — não evidencia contradições. As normas interligam-se. Não se contrapõem. Nessa extensão, uma lei, insista-se, só ganha legitimidade se estiver ajustada aos princípios do sistema jurídico!

O delito, mercê do princípio da legalidade, é definido em lei. Até aí, tem-se aspecto, e tão-só, formal. Exige-se mais. Estar em contraste com a ideologia do ordenamento jurídico, em particular com as normas que lhe dão sustentação: de hierarquia e legitimidade. Nesse passo, recorde-se **Reale**, impondo destruição entre “fundamento de ordem axiológica, eficácia social e validade formal ou vigência, porque emanada do poder competente, com obediência aos trâmites legais”.

Não basta a norma obedecer ao procedimento legislativo. Até aqui, tem-se aspecto simplesmente formal. Ainda o ilustre Professor: “Mesmo, porém, quando ainda não se caracterizou o desuso, o Judiciário, ao ter de aplicar uma regra em conflito com os valores do ordenamento, atenua, quando não elimina, os seus efeitos aberrantes, dando-lhes interpretação condizente com o espírito do sistema geral.” (“Lições”, Saraiva, 1995, p. 113)

O Judiciário, a fim de a decisão alcançar — *justiça material* — necessita, antes de tudo, promover a crítica da norma através dos princípios vigentes, em particular quando encerrados na Constituição.

O Judiciário não pode desenvolver mero raciocínio formal. As premissas também precisam ser objeto de crítica.

Dentre os — “Princípios Fundamentais” — da Carta Política — o art. 1^o, no inciso III, realça a — *dignidade da pessoa humana*!

Costumo dizer, a Carta Política, como as demais normas jurídicas, encerra propósitos para caracterizar o Estado Democrático; busca realizar a “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (Preâmbulo).

A Constituição, como o restante do ordenamento jurídico, tem em mira promover a — *justiça material*. Representa momento histórico de transição!

A Criminologia moderna não se preocupa somente com o “homem delinqüente”, como acontecia no alvorecer. Hoje, apesar das ramificações, tem também como objeto a sociedade e o ordenamento jurídico. O trabalho do legislador deve ser analisado no sentido material e ideológico! A lei é meio, trânsito para realizar — *valores*! Se os contraria, evidente, perde legitimidade. Aqui, resplandece a grande importância do Poder Judiciário. Toda norma (legislada, ou não) precisa passar pela crítica de dois referenciais: a) crivo formal (obediência ao procedimento legislativo); b) crivo material (obediência aos princípios do Direito, de que a Constituição é aspecto importante). A

própria Carta Política torna-se objeto de análise, dado poder encerrar dispositivos que desviem referencial teleológico de suas normas. Ilustrativamente: o rigor imposto ao “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). O casuísmo, entretanto, cede espaço à principiologia que, aliás, dispensa, para sentir-se sua extensão, o ditado do legislador. Cultura, respectivos valores, independem de declaração formal. Impõem-se, ao contrário, ao próprio legislador. E também ao Poder Judiciário. Assim o é porque a lei, além de obedecer ao procedimento legislativo (aspecto formal), precisa submeter-se aos princípios axiológicos (ainda que não explicitados), o que corresponde à legitimidade!

Se o texto legislativo não se ajustar a esses parâmetros, será inconstitucional (formal, e (ou) materialmente). Resulta, como consequência, não merecer aplicação!

A Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003 — altera a Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 — Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal e dá outras providências — merece cuidadosa análise — dado dispor relativamente à Lei de Execução Penal, ao Código de Processo Penal, como registra a ementa, e ao Direito Penal.

Atenção ao disposto no art. 52, **caput**, com a seguinte redação:

“A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado...”

Esse regime é também aplicável aos “presos provisórios ou condenados, que apresentaram alto risco para ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, § 1º) bem assim, “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. 52, § 2º)

Impõe-se análise da natureza jurídica das mencionadas normas da Lei n. 10.792/2003.

O Código Penal reúne princípios e normas relativas à infração penal (Parte Geral) e o rol de crimes em espécie (Parte Especial). (Decreto-Lei n. 2.848/1940 c.c. Lei n. 7.209/1984)

A Lei de Execução Penal, por seu turno, encerra os comandos regentes da execução penal, tendo por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (“Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984”).

Não se pode olvidar o princípio da legalidade, regente básico do Direito Penal, com assento no art. 5^o, XXXIX da Carta Política: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A sentença penal condenatória define a situação jurídica do condenado.

Justifica, então, esta pergunta: o condenado, no correr do cumprimento da pena, pode ser submetido a regime jurídico mais grave do que o contido na sentença condenatória?

O **status** de condenado se define no momento em que a sentença penal condenatória transitar em julgado. E mais. Aspecto importante: o regime da execução também é definido nesse momento! Em outras palavras: o **status** de condenado se regula pela legislação vigente na data do fato conforme sentença condenatória transitada em julgado. E qual sua extensão? Esta pergunta é fundamental! Confere-lhe intocabilidade (salvo se lei se evidenciar mais favorável ao réu)! Tecnicamente: define-se a *relação penal condenatória*! *Formalmente*, é a espécie de sanção prévia à prática de delito. *Materialmente*, o conteúdo normativo dessa sanção! A pena, na espécie, e na execução, deve existir previamente a conduta delituosa. A pena não é mera forma. Ao contrário, encerra conteúdo. E mais. Conteúdo de espécie e de execução. O art. 33 do Código Penal socorre essa afirmação: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Disposição coordenada com a norma do art. 33, § 1^o, do Código Penal.

O Réu tem direito à pena individualizada, bem como a execução conforme o regime vigente à data da prática da infração penal condenatória.

O art. 1^o da Lei n. 7.210/1984, aliás, é categórico: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal...”

Em outras palavras: *a sanção penal é instituto jurídico de conteúdo a teor do disposto no art. 33 do Código Penal.*

A execução penal, por seu turno, efetivará as disposições de sentença, ou decisão criminal a fim de proporcionar condições para a harmônica integração social de condenado e do internado (Lei de Execução Penal, art. 1^o).

A condenação penal, assim, quanto à espécie de pena e da respectiva execução, é definida na sentença condenatória transitada em julgado, consoante a legislação vigente na data do fato delituoso. Insista-se: o tipo penal encerra a conduta vedada e a respectiva sanção!

Em conseqüência, o condenado não poderá ser submetido a outro regime. A Lei de Execução Penal integra a Lei Penal no tocante à dinâmica do cumprimento da sanção. Desse modo, também a LEP está submetida à lei de execução vigente na data da execução penal, a fim de preservar o condenado de não ser submetido a tratamento mais rigoroso.

Impõe-se, por isso, para aplicação de — *regime disciplinar diferenciado* — considerar a lei penal e a lei de execução penal *vigentes à data do fato delituoso!*

O art. 52 da Lei n. 7.210/1984, enseja “sanção disciplinar”, conforme redação originária. A Lei n. 10.792/2003 alterou-a para acrescentar o — regime disciplinar diferenciado.

O complexo normativo brasileiro, entretanto, por interpretação lógico-sistemática, de conteúdo constitucional, impõe restrições ao novo sistema de execução da pena!

Em primeiro lugar, a sentença penal condenatória transitada em julgado, antes de 1^o de dezembro de 2003, insista-se, porque definiu o **status** de condenado, prevalece à nova legislação, se mais favorável ao condenado.

Em segundo lugar, o “preso provisório”, ainda “que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, § 1^o) e “sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento de participar, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando” também tem o benefício da legislação menos severa. Insista-se: a data da prática do fato delituoso como infração penal é a referência de aplicação, por imperativo constitucional.

Enfim, o RDD, no que evidenciar maior severidade, em confronto com a legislação em vigor, na data do fato definido como ilícito penal, não pode ser aplicado! Assim determina o disposto no art. 1^o do Código Penal — “Não há crime sem lei anterior que o defina. *Não há pena sem prévia cominação legal!*”.

Legem habemus! Não se pode olvidar, ademais, o conteúdo das normas (análise em outro estudo), a fim de ser preservada a dignidade da pessoa humana!