



Titulo: O Regime Disciplinar Diferenciado como Instrumento Violador do Princípio da Dignidade Humana e a Proibição da Tortura No Brasil

Autor: Bianca Vettorazzo Brasil Pereira

Publicado em: Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 7, 2010, pp. 69-99

Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume7/>

ISSN 1981-9439

Com o objetivo de consolidar o debate acerca das questões relativas ao Direito e as Relações Internacionais, o Centro de Direito Internacional – CEDIN - publica semestralmente a Revista Eletrônica de Direito Internacional, que conta com artigos selecionados de pesquisadores de todo o Brasil.

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva do(s) autor (es), que cederam ao CEDIN os respectivos direitos de reprodução e/ou publicação. Não é permitida a utilização desse conteúdo para fins comerciais e/ou profissionais. Para comprar ou obter autorização de uso desse conteúdo, entre em contato, info@cedin.com.br

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO INSTRUMENTO VIOLADOR AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A PROIBIÇÃO DA TORTURA NO BRASIL¹

Bianca Vettorazzo Brasil Pereira*²

RESUMO

Este artigo utilizou-se do método indutivo partindo de pesquisas bibliográficas e pretende demonstrar a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, tendo em vista que este viola o Princípio da Dignidade Humana, bem como a proibição de qualquer forma de tortura ou tratamento cruel desumano ou degradante. Dessa forma, para uma melhor compreensão do texto mostrou-se útil um brevíssimo histórico da construção dos Direitos Humanos no mundo e no Brasil, bem como discorrer sobre o conceito da dignidade humana. Além disso, discorreu-se sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista as similaridades presentes entre a referida Teoria e o RDD.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Humanos; Tortura Psicológica; Tratamento Cruel Desumano e Degradante; Dignidade Humana; Direito Penal do Inimigo; RDD.

1 INTRODUÇÃO

A esfera internacional de Direitos Humanos, que passava por uma reconstrução após sua ruptura³, ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial, teve uma rachadura⁴ com os atentados terroristas realizados em 11 de setembro nos Estados Unidos, haja vista que

¹Este artigo é um resumo do resultado de uma pesquisa de iniciação científica realizada na Faculdade de Direito de Vitória, sendo que o texto integral da pesquisa se encontra disponível na referida faculdade.

²Discente do décimo período de Direito da Faculdade de Vitória. E-mail: byvbape@hotmail.com.

³ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 53.

⁴BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **Direito de nacionalidade**: em face das restrições coletivas e arbitrárias. Curitiba: Juruá, 2007. p. 144.

tal país, começou a torturar prisioneiros em seu poder, em locais como Abu Ghraib e Guantánamo.

Acontece que as restrições a Dignidade Humana e a proibição de qualquer forma de tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante não se limitou ao Estados Unidos, passando a vigorar em vários Ordenamentos Jurídicos mundiais, no Brasil isso se deu com a aprovação da Lei 10792/03 que prevê que presos provisórios ou condenados fiquem recolhidos em celas individuais sendo restrito seu contato a duas pessoas por semana, incluindo advogados, entre outras violações.

Nesse trabalho buscaremos mostrar que a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) viola a dignidade humana e caracteriza uma tortura psicológica e um tratamento cruel desumano e degradante o que não pode ser admitido, em um país democrático que possui, inclusive, em sua Carta Magna, disposto como cláusula pétrea a proibição de quaisquer formas de tortura, bem como a dignidade humana como um de seus princípios.

2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Como ressalta José Afonso da Silva⁵, foi no decorrer da Idade Média que surgiram os primeiros direitos ditos humanos. Contudo foi com a criação da Carta Magna, em 1215, que trouxe limitações aos poderes do rei, que ocorreu um importante marco para a construção dos Direitos Humanos no Ocidente⁶.

Em 1787, os Estados Unidos promulgaram sua própria Constituição, como país soberano. Em 1791, com a criação das emendas I e V, apresentou o direito a liberdade

⁵SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151.

⁶ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **Declaração de direitos da Virgínia**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

como alicerce da Constituição americana⁷, bem como proibiu em sua VII ementa, promulgada na mesma data, que penas cruéis fossem impostas a presos⁸.

Em 1789 a França utilizando-se de fundamentos de pensadores como Locke, Rousseau e Montesquieu,⁹ realizou uma Revolução e elaborou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que previa vários direitos tais como: o direito a igualdade (artigo 1º), o direito a liberdade (artigo 4º), a anterioridade em matéria penal (artigo 8) e o direito a presunção de inocência (artigo 9º)¹⁰.

Importante observação é a de José Afonso da Silva¹¹ quando diz que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi mais “universalizante” que outras declarações de Direitos Humanos, pois buscava instituir direitos a todos os homens e não só aos franceses.

Tais construções de Direitos Humanos, contudo, foram interrompidas com as atrocidades cometidas pelo período denominado por Eric Hobsbawm¹² de “guerra mundial de 31 anos”. Esse termo é utilizado pelo autor para denominar as duas Guerras Mundiais e o período entre as mesmas, pois para ele estas caracterizam uma única Guerra Mundial, seja pelos horrores em nível global advindos das mesmas, seja pela influencia que a primeira Guerra teve para a ocorrência da segunda.

Deve-se observar que ambas as Guerras violaram os Direitos Humanos já reconhecidos naquela época. Esse momento histórico representa dessa forma, uma ruptura na

⁷MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.p. 9.

⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Americana**. Disponível em:<<http://www.embaixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=usdocs.php&itemmenu=110>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

⁹SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 157.

¹⁰FRANÇA. **Declaração de direitos dos homens e do cidadão**. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

¹¹SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 157.

¹²HOBBSAWM, ERIC. **Era dos extremos: O breve século XX: 1914-1991**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.p. 30.

construção de Direitos Humanos realizada anteriormente ao período das Guerras Mundiais¹³.

Isso porque, as barbaridades ocorridas na Segunda Guerra Mundial foram denominadas por Hannah Arendt como a “ruptura da lógica do razoável”¹⁴, haja vista que no nazismo as pessoas passaram a serem descartáveis, desconsiderando assim, as suas dignidades.

A referida ruptura demonstrou a necessidade de uma reconstrução dos Direitos Humanos e a internacionalização dos mesmos¹⁵. Assim, foram necessárias mudanças na esfera internacional, para que a proteção dos Direitos Humanos em todo o mundo não dependesse das delimitações Estatais e fossem restritas pelo respeito à soberania de cada país. Dessa forma, a partir de então, o desrespeito aos Direitos Humanos não poderia se esconder atrás do princípio da soberania, permitindo a intervenção internacional quando tais Direitos fossem violados dentro da esfera de cada país¹⁶.

Para isso, extinguiu-se a Liga das Nações (que havia sido criada no ano de 1919, pós-Primeira Guerra Mundial, com o intuito de prevenir novas Guerras Mundiais), pois a mesma se mostrou ineficaz para tal finalidade¹⁷, e em 1945, criou-se um novo órgão internacional denominado de Organização das Nações Unidas (ONU), dando a essa organização o poder de intervir e responsabilizar os Estados quando esses violassem ou ainda, deixassem de proteger os Direitos Humanos¹⁸.

¹³BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **A Ruptura da lógica do razoável e os eternos caminhantes**: o Diálogo ente Arte e Direito como uma Nova Forma de Construção do Saber. Disponível em: <http://www.referencia.org.br/noticias/producao/olivia/eternos_caminhantes.doc>. Acesso em: 17 nov. 2009.

¹⁴LAFFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: Um Diálogo com O Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 15.

¹⁵PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 118.

¹⁶PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 119.

¹⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 112.

¹⁸PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 119.

Além disso, houve uma revisão das três Convenções de Genebra, que versavam sobre direitos mínimos a serem cumpridos em tempo de guerra, bem como ocorreu a criação de uma quarta convenção em 1949¹⁹.

Deve-se destacar que a Terceira Convenção de Genebra, datada de 1929, buscou garantir direitos básicos aos prisioneiros de guerra impedindo, por exemplo, que fossem submetidos a qualquer forma de tortura (artigo 3º)²⁰.

Outro fator importante para a reconstrução, foi a criação em 1948, pela ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que internacionalizou os Direitos dos Homens, devendo estes serem protegidos mundialmente e não apenas dentro de cada país, e elevou o direito a Dignidade Humana a fundamento dos Direitos Humanos, utilizando-se do conceito kantiano sobre a Dignidade²¹.

Deve-se observar que o único requisito necessário para ter os direitos dispostos no referido instrumento internacional assegurados é a condição de ser humano²². Assim, todos os seres humanos devem ter sua dignidade respeitada não importando sua raça, cor, credo, ou crime cometido.

Evidenciando a dignidade humana como princípio universal e repudiando qualquer espécie de tortura, a Declaração, em seu artigo V, dispôs que “Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Além da DUDH criou-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que entraram em vigor em 1976.²³

¹⁹GENEBRA. **Convenções de Genebra.** Disponível em: <<http://www.cicr.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/genevaconventions>>. Acesso em: 8 dez. 2008.

²⁰GENEBRA. **Convenções de Genebra.** Disponível em: <<http://www.cicr.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/genevaconventions>>. Acesso em: 8 dez. 2008.

²¹ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 53.

²²PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 137.

²³BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **Direito de nacionalidade:** em face das restrições coletivas e arbitrárias. Curitiba: Juruá, 2007. p. 77-81.

Deve-se destacar que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos consagrou os direitos de primeira dimensão, aprofundando e ampliando os direitos dispostos na DUDH²⁴. Dentre os direitos apontados no Pacto destacamos a proibição da tortura, das penas e dos tratamentos cruéis e degradantes (artigo 7º)²⁵.

Observa-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formaram a Carta Internacional de Direitos Humanos (CIDH).²⁶

Dessa forma, observa-se que após a Segunda Guerra Mundial houve uma retomada dos ideais de respeito à dignidade humana, bem como de repúdio à violações dos Direitos Humanos, inclusive à violações de dispositivos que vedam a tortura.

É de crucial importância destacar a Convenção Sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, datada de 1984, que tem como objetivo combater tais práticas e punir os responsáveis por realizarem as mesmas.

Além da Convenção Sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, foi elaborado, na esfera regional americana, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura com o objetivo de reafirmar os direitos de não ser submetido a tortura, previstos na Convenção Contra a Tortura, bem como na Declaração Universal dos Direitos dos Homens.²⁷

Entretanto, contrapondo-se a reconstrução de Direitos Humanos, como bem salienta Olívia Cerdoura Garjaka Baptista, “os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001

²⁴ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos humanos como tema global**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 35.

²⁵ONU. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>> Acesso em 17 fev. 2010.

²⁶BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Direitos Humanos e meio ambiente. In: Congresso de Direito e Engenharia ambiental, 1., 2007, Vitória. **Anais ...** Vitória: Instituto Terra da Gente, 2007.

²⁷ONU. **Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeatort.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2010.

representam um marco no Direito Internacional, uma ‘rachadura’ que pode colocar em risco os avanços e conquistas dos direitos humanos alcançados nos últimas décadas”²⁸.

Tal “rachadura” teve como uma de suas conseqüências a restrição de Direitos Humanos em diversos Ordenamentos Jurídicos, muitas vezes através da ampliação da legislação já existente de restrição ao Direito de liberdade, ou mesmo da criação novas leis a respeito²⁹. Entre tais legislações destacamos a admissão do uso de tortura em países como os Estados Unidos da América e o Brasil, como se pretende comprovar a adiante.

A respeito dos Estados Unidos da América observa-se que os mesmos passaram a usar diversas práticas de tortura nos prisioneiros em seu poder, em lugares como Abu Ghraib, localizado no Iraque, e Guantánamo, situado em Cuba, e passaram a denominar a prática de tortura como “métodos de interrogatório”³⁰. Com tal denominação, buscava o Governo Norte Americano se livrar da aplicação das leis de proibição do uso da tortura³¹. Além disso, argumentava o país que tais lugares encontram-se fora da Jurisdição norte americana e que, por isso, a legislação do país não se aplica nessas localidades³².

Ademais, para abonar tais ações o Governo norte americano usou justificativas jurídicas de que tais métodos eram empregados em “combatentes inimigos” e não em “prisioneiros de guerra” o que, para o governo, os liberava de seguir a Terceira Convenção de Genebra³³.

²⁸BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **Direito de nacionalidade**: em face das restrições coletivas e arbitrárias. Curitiba: Juruá, 2007. p. 144.

²⁹THE ECONOMIST. For whom the liberty bell tolls. **The Economist**, EUA, 31 ago 2002. Disponível em: <http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=1301751&source=login_payBarrier>. Acesso em: 16 fev. 2010.

³⁰DANNER, Mark. A lógica da tortura. **Revista Política Externa**. Trad. de Paula Zimbres. São Paulo, v.13. n.2, p. 33-44, set./nov.2004.p. 33.

³¹DANNER, Mark. **The red cross torture report**: What It Means. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/22614>>. Acesso em 10 fev. 2010.

³²THE ECONOMIST. For whom the liberty bell tolls. **The Economist**, EUA, 31 ago 2002. Disponível em: <http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=1301751&source=login_payBarrier>. Acesso em: 16 fev. 2010.

³³BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **Direito de nacionalidade**: em face das restrições coletivas e arbitrárias. Curitiba: Juruá, 2007. p. 150.

Deve-se acrescentar que mais dois atentados terroristas foram realizados, nos quatro anos seguintes aos atentados de 11 de setembro de 2001: os atentados terroristas de Madri, ocorridos em 11 de março de 2004, e os de Londres³⁴, ocorridos em 7 de julho de 2005, o que colaborou o cenário de instabilidade na comunidade internacional tornando a “rachadura” mais acentuada e crítica e tendo como resultado uma maior restrição dos direitos de liberdade na esfera interna de muitos países, inclusive no Brasil, como se verá no Capítulo seguinte deste trabalho.³⁵

3 INTERFACES ENTRE AS MUDANÇAS GLOBAIS E AS MUDANÇAS NO CENÁRIO LOCAL

A reconstrução dos Direitos Humanos, realizada no processo internacional pós-Segunda Guerra Mundial teve reflexo no Brasil, ainda que com atraso, haja vista que no período de 1964 à 1985, o país passava por uma ditadura militar e, em decorrência desta, os avanços no ramo internacional dos Direitos Humanos não tiveram consonâncias com a legislação nacional até o final do regime ditatorial.³⁶

Com o fim da ditadura, que se deu em 1985, e a promulgação da Constituição de 1988 foram um marco na história do Brasil, haja vista que instauram a retomada do regime democrático no país, além de colocar o Estado em consonância com o movimento de reconstrução dos Direitos Humanos, iniciado no pós-Segunda Guerra³⁷.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 introduziu Princípios e direitos adotados na Declaração Internacional de Direitos Humanos como, por exemplo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º III), e a proibição de tortura tratamento cruel desumano e degradante (artigo 5º III). Adotou tais direitos em seus primeiros artigos

³⁴BERNSTEIN, Richard. Ataque a Londres leva governos a endurecer. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 ago. 2005. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2008200518.htm>>. Acesso em 20 fev. 2010.

³⁵COOK, Robin. Combate ao terror não pode restringer liberdades. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 mar. 2004. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u70416.shtml>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

³⁶PONTIERI, Alexandre. Breves considerações sobre a tortura. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº324, p.119-121, out. 2004.

³⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 24.

demonstrando a importância dos mesmos, inclusive lhes dando “status” de cláusula pétrea.³⁸

Deve-se destacar que a Constituição brasileira de 1988 foi a primeira a estabelecer a tortura como crime e ainda classificar esse crime como inafiançável e insuscetível de ou anistia³⁹.

Tal regra, contudo, era de eficácia limitada, haja vista a necessidade de uma lei infraconstitucional que definisse o tipo penal e indicasse a respectiva pena. E como no Brasil vigem os Princípios da Legalidade (artigo 5º inciso II) e da Irretroatividade em matéria penal⁴⁰ (artigo 5º inciso XL, bem como artigo 45º §1º da LEP) o crime de tortura continuou sem ser punido por um tipo próprio até 1997, ou seja, nove anos após a promulgação da Constituição, sendo que antes da promulgação da Lei 9.455/97 o crime era punido como lesão corporal ou constrangimento ilegal o que desrespeitava frontalmente as Convenções Internacionais, bem como a Constituição de 1988⁴¹.

Dessa forma, em 1997 promulgou-se a Lei 9.455 que dispõe sobre dois tipos de tortura: as realizadas por particulares e as realizadas por agentes públicos em seus prisioneiros. Para esta última, estabeleceu-se uma pena de reclusão de dois a oito anos.

Observa-se que pela elaboração e pela entrada em vigor da Lei 9.455/97 o Brasil avançou na implementação do compromisso que fixou através da assinatura dos tratados internacionais de repúdio a tortura⁴².

³⁸DHNET. **A incorporação dos direitos humanos no direito constitucional brasileiro.** Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/4/constituicao.html#9>>. Acesso em 03 maio 2010.

³⁹PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 203.

⁴⁰Salvo nos casos em que a nova lei beneficiará o réu ou nos casos em que se extingue o tipo penal, situações em que a norma alcançará o réu tendo em vista favorecer este.

⁴¹PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 203.

⁴²BASSO, Marco Antonio. Tortura: evolução histórica e jurídica. A tutela do direito fundamental e a dignidade da pessoa humana. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 19, p. 169, 2005.

Percebe-se, dessa forma que o movimento jurídico adotado pelo Brasil no processo de redemocratização estava em consonância com o movimento de reconstrução dos Direitos Humanos, iniciado no pós-Segunda Guerra, embora nosso país o tenha feito com atraso em razão do período ditatorial enfrentado entre 1964 à 1985.

Entretanto, os retrocessos na esfera internacional de violação dos Direitos Humanos em especial no pós- 11 de setembro de 2001, também se fizeram sentir no Brasil, dessa vez mais rapidamente.

Isso porque, como vistos no Capítulo 2, após os atentados de 11 de setembro de 2001, vários países passaram a restringir os Direitos de Liberdade em vista de supostamente “proteger” seus cidadãos.⁴³ Dessa forma, vários países adotaram legalmente o uso da tortura. Para isso contaram com o apoio da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Güther Jakobs e Manuel Cancio Melía⁴⁴, que será trabalhada no Capítulo 5 desse artigo.

O Brasil, seguindo as mudanças do cenário internacional, elaborou, dessa vez mais rapidamente, a Lei 10792/03, que introduziu no Ordenamento Jurídico o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e passou a permitir que pessoas condenadas, ou mesmo suspeitos de terem realizado crimes que afrontassem a ordem e disciplina do país, pudessem ser submetidos ao RDD.

O tratamento disposto no RDD submete o preso ao recolhimento em cela individual (artigo 52, II); limita suas visitas a duas pessoas, podendo estas permanecer com o detento apenas duas horas por semana, incluindo advogados (artigo 52, III), e só admite duas horas diárias de banho de sol (artigo 52, IV).

Esse confinamento dos presos, inclusive antes de serem condenados, caracteriza uma tortura psicológica e um tratamento cruel desumano e degradante, tendo em vista que o

⁴³THE ECONOMIST. For whom the liberty bell tolls. **The Economist**, EUA, 31 ago 2002. Disponível em: <http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=1301751&source=login_payBarrier>. Acesso em: 16 fev. 2010.

⁴⁴GRECO, Rogério. Direito Penal do inimigo. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Mato Grosso, v. 1, nº 1, p. 144, jul - dez. 2006

mesmo fica sem contato com outras pessoas praticamente o dia inteiro, além de violar a dignidade humana do detento.

Sobre o tema Alexandre de Moraes⁴⁵ preleciona que a pena conferida a um presidiário pela prática de um crime só pode restringir o seu direito de liberdade e não limitar outros direitos, como o convívio com sua família, ou seu direito de defesa (este se encontra violado pela limitação do tempo em que o preso pode passar com seu advogado), ou, mesmo, a sua segurança física e mental (esta última colocada em risco pelo isolamento em que o preso é submetido).

Assim, observa-se que vários países passaram a restringir Direitos Humanos no pós-11 de setembro, dentre eles o Brasil, através do RDD.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na Antiguidade Clássica, a dignidade humana tinha relação com a posição social que a pessoa ocupava na coletividade, ou com o seu grau de reconhecimento perante a sociedade, acreditando-se, assim, existirem pessoas mais dignas e pessoas menos dignas⁴⁶. Isso porque, considerava-se que a posição social em que a pessoa se encontrava estava diretamente ligada a sua própria essência, que era denominada pelos Gregos como *persona*⁴⁷.

Seguindo a linha de raciocínio de haver pessoas mais dignas que outras, Aristóteles, em 384 a. C., afirmava que o indivíduo se confundia com a própria noção de Estado, acreditando que o ser estava totalmente vinculado a idéia de cidadão. Só era indivíduo aquele que fosse considerado cidadão, o que excluía, por exemplo, os escravos⁴⁸.

⁴⁵MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.p. 247-248.

⁴⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 30.

⁴⁷COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.15.

⁴⁸SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Basto Editor, 1999. p. 20.

No século XIII, São Tomas de Aquino retomou a idéia Clássica de que a dignidade humana era um fator a ser conquistado e não um valor intrínseco do homem⁴⁹.

Entretanto, diferenciando-se da idéia Clássica, Kant, no século XVIII, entendia que a dignidade humana esta diretamente relacionada aos seres racionais, estando presente em todos eles e independento de qualquer qualidade subjetiva do ser humano. Para o referido autor, os seres humanos não podem ser tratados como objeto, que são coisas mensuráveis, já que os seres humanos não são passíveis de quantificação valorativa⁵⁰. Nesse sentido, nenhuma pessoa pode ser tratada como objeto. Sendo a dignidade um valor pessoalíssimo, inviolável e indisponível.

Retomando a idéia de que a dignidade era a consequência de um prestígio conquistado e não um resultado da própria condição humana Hegel, no final do século XVIII, afirmou que o ser humano se tornava digno ao se tornar cidadão e não a nascer⁵¹.

É relevante observar que o entendimento sobre o conceito de cidadania estaria diretamente ligado a noção de direitos políticos, só tendo status de cidadão o sujeito apto a votar em um determinado país. Ou seja, só teria dignidade, na idéia prelecionada por Hegel, a pessoa que pudesse votar em um determinado país.

No século XX, Hannah Arendt, com fundamento na experiência totalitária, aludiu que o respeito à dignidade humana só existiria em um Estado que estimule a criatividade do ser humano, permitindo o total desenvolvimento da pessoa humana, o que só seria possível em um Estado Democrático⁵².

Deve-se observar que Hannah Arendt, também contribuiu para a alteração que o conceito de cidadania vêm sofrendo, sendo afirmado por ela, como o “direito a ter

⁴⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 30.

⁵⁰KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

⁵¹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 37.

⁵²MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003. 29-32.

direitos”⁵³ não excluindo assim, aquele indivíduo nacional que não tem direitos políticos.

Ainda no século XX, Tzvetan Todorov aludiu, diferentemente da maior parte dos autores, que a dignidade humana não se confunde com a honra. Isso porque, esta leva em consideração a visão que a sociedade tem de um indivíduo. Já a dignidade humana seria a idéia subjetiva que o individuo tem de si mesmo. Deste modo, a Dignidade estaria no nexó entre o querer e o poder agir do sujeito, sendo violada quando terceiros interrompessem tal conexão⁵⁴.

Assim, observou o citado Tzvetan Todorov⁵⁵, que era o que acontecia em Auschwitz, isso porque apesar de muitos saberem que sairiam de lá mortos, alto era o número de suicídios, pois tal gesto final configurava uma autodeterminação de vontade e dessa forma, os devolvía a dignidade. Haja vista, que os suicidas tomavam em suas mãos a escolha de morrer e não esperavam ser mortos pelas mãos dos nazistas.

Parece-nos correto o conceito de dignidade humana dado pelo autor Tzvetan Todorov, haja vista que para este a dignidade é um valor intrínseco e inviolável do ser humano, mas esta, não necessariamente encontra-se vinculada à noção que a sociedade tem sobre a honra ou a moral de uma determinada pessoa, isso porque esta pessoa pode ser mal quista na sociedade mais não ter tido sua dignidade violada.

Diante do exposto observa-se que historicamente há duas correntes em relação ao conceito de dignidade humana. Uma que alega a dignidade ser uma característica a ser conquistada pelo ser humano e outra que afirma a mesma ser um direito intrínseco a todos os seres humanos independente de qualquer fator externo.

Deve-se destacar que a Carta Internacional de Direitos Humanos consagrou o entendimento de Immanuel Kant, uma vez que reconheceu que todos os seres humanos são dotados de dignidade humana, dispendo em seu artigo 1º “Todos os seres humanos

⁵³BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Direitos Humanos e meio ambiente. In: Congresso de Direito e Engenharia ambiental, 1., 2007, Vitória. **Anais** ...Vitória: Instituto Terra da Gente, 2007.

⁵⁴TODOROV, Tzvetan. **Em face do extremo**. Trad de Egon de Oliveira Rangel e Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1995.p.71.

⁵⁵TODOROV, Tzvetan. **Em face do extremo**. Trad de Egon de Oliveira Rangel e Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1995.p. 73.

nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”⁵⁶.

Assim, atualmente, qualquer teoria que afronte o direito à dignidade humana estará colidindo com a Carta Internacional de Direitos Humanos, bem como com outros instrumentos internacionais e locais.

A Constituição da República brasileira de 1988 seguiu a linha da Carta Internacional de Direitos Humanos, uma vez que consagrou o Princípio da dignidade humana, no artigo 1º inciso III da mesma, como valor intrínseco a todos os homens, colocando a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito⁵⁷.

É importante explicar a forma de aplicação desse Princípio da dignidade Humana no Brasil. Para Flávia Piovesan, este constitui um núcleo fundamental e informador de todo sistema jurídico do país, servindo de parâmetro para todas as interpretações e compreensão da constituição nacional⁵⁸.

Assim, é que para Flávia Piovesan⁵⁹ o Princípio da dignidade humana é um superprincípio, haja vista que é neste Princípio que todos os outros princípios, bem como todas as normas internacionais e as normas internas dos países devem se basear.

Com esse conceito sobre dignidade humana, Flávia Piovesan assenta o exato sentido e importância ao referido Princípio, sendo que sem o respeito a este não se pode falar em Estado Democrático de Direito.

5 DIREITO PENAL DO INIMIGO

⁵⁶BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Direitos Humanos e meio ambiente. In: Congresso de Direito e Engenharia ambiental, 1., 2007, Vitória. **Anais ...** Vitória: Instituto Terra da Gente, 2007

⁵⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 26

⁵⁸PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 27

⁵⁹PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 30

Como mencionado no Capítulo 2, os atentados terroristas ocorridos nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, tiveram como uma de suas relevantes conseqüências a difusão, pelo mundo, de restrições aos Direitos Humanos,⁶⁰ defendendo ser possível a violação dos mesmos dependendo da situação específica⁶¹. Ganhando força teses como a do Direito Penal do Inimigo, de Güther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, com o objetivo de fundamentar estas restrições de Direitos Humanos.

Tal Teoria se baseia na premissa de que há dois tipos de criminosos distintos: os cidadãos que cometem crimes tidos pelos autores como comuns, e que por isso devem ter todos os seus direitos respeitados, e os inimigos que cometem crimes classificados pelos autores como mais graves, como os terroristas, por exemplo, com os inimigos o Estado não é obrigado a respeitar nenhum Direito Humano⁶², pois, para o autor, estes perderam o “*status de pessoa*”.⁶³

Para sustentar sua teoria, Güther Jakobs utiliza a Teoria do Contrato Social, e cita Rousseau para quem seria necessária a desistência de algumas liberdades por parte de todos cidadãos para que os mesmos vivessem em sociedade. Assim, teoricamente, todos os cidadãos teriam assinado um contrato se comprometendo a seguir as regras necessárias para se conviver em sociedade, obtendo em troca segurança, o que não existia antes da sociedade, ou melhor, no Estado Natural.⁶⁴

Assim, para Güther Jakobs os criminosos ao cometerem o ato delituoso estão a infringir esse Contrato Social o que, para ele, justificaria a expulsão deste sujeito do contrato social, fazendo automaticamente que este indivíduo não fosse mais suscetível a direitos protetivos.

⁶⁰MOREAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.p. 234.

⁶¹THE ECONOMIST. For whom the liberty bell tolls. **The Economist**, EUA, 31 ago. 2002.Disponível em: <http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=1301751&source=login_payBarrier>.

Acesso em: 16 fev. 2010.

⁶² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 21.

⁶³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 26.

⁶⁴ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Disponível em: <www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em: 06 jul 2010.

Relevante observação é a Rogério Greco, que confrontado a idéia de Güther Jakobs, sobre a retirada de um sujeito do Ordenamento Jurídico, em razão desse não se comportar de acordo com o Contrato Social, afirma: “Não podemos desistir do homem sobre o falso argumento de ser ele incorrigível, de possuir um defeito de caráter, que o impede de agir como os demais cidadãos⁶⁵.”

Ou seja, por pior que seja o crime cometido pelo transgressor, mesmo que este sujeito não seja passível de ser ressocializado, isso não dá ao Estado a prerrogativa de violar os Direitos Humanos desse indivíduo, haja vista que este deve ter seus direitos, como o da dignidade humana, respeitados.

Neste sentido, frontalmente contrária a idéia de Güther Jakobs, sobre o contrato social, encontra-se a idéia de Cesare Beccaria⁶⁶ que também acredita na teoria do Contrato Social, entretanto, para o autor o contrato é uma via de mão dupla, sendo que o indivíduo tem obrigações com a coletividade e esta por sua vez tem obrigações com o indivíduo.

Para Güther Jakobs a reação aos atentados de 11 de setembro de 2001, comandado, pelos Estados Unidos, ilustra a Teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que se torna clara que a conduta do Estado diante de tais crimes não pode ser tratar os criminosos como simples infratores das normas, mais sim como indivíduos que desrespeitaram frontalmente os preceitos do Ordenamento Jurídico colocando o mesmo em risco, e deste modo não devem ser tratados como pessoas detentoras de direitos.

Relevante se mostra destacar as conseqüências deste raciocínio, haja vista que a aplicação do Direito Penal do Inimigo nos Estados no pós 11 de setembro de 2001, levou o país a prender 750 pessoas, em seis anos, em sua prisão em Guantanamo, sendo que 500 delas foram transferidas sem acusação nenhuma para outros países⁶⁷. Ou seja,

⁶⁵GRECO, Rogério. Direito Penal do inimigo. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Mato Grosso, v. 1, nº 1, p. 145, jul - dez. 2006.

⁶⁶BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

⁶⁷GARCIA, Débora Faria. De Beccari a Jakbs: Panorama do sistema criminal em Face da dignidade humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 887, p. 453-489, set. 2009.

2/3 dos presos foram encarcerados arbitrariamente sobre a justificativa de que o país estava a tratar com seus inimigos e dessa forma, estes não tinha direito algum.

Além disso, observa-se o caráter subjetivo desta teoria, sobre o assunto Rogério Grego⁶⁸ argumenta que qualquer pessoa que esteja no poder pode decidir que o seu adversário partidário é o inimigo argumentando, por exemplo, a falta de patriotismo deste opositor.

Ainda afirmando a possibilidade de se desconsiderar todos os Direitos Humanos de um cidadão que seja considerado inimigo Manuel Cancio Meliá explica que o Direito Penal do Inimigo⁶⁹ “supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos”⁷⁰. Assim, o autor propõe que nos casos em que seja aplicado tal instrumental, não seja punido o fato cometido pelo criminoso mais sim o próprio autor do fato⁷¹.

Criticando veementemente essa afirmação Luiz Flávio Gomes⁷², que se tornou um dos maiores opositores do Direito Penal do Inimigo, preleciona que os defensores de tal teoria deve ser considerado um inimigo do direito penal garantista, pois a teoria fere os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Um exemplo de restrições legislativas dado por Günther Jakobs é “Nesse contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade de um preso entrar em contato com seu

⁶⁸GRECO, Rogério. Direito Penal do inimigo. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Mato Grosso, v. 1, nº 1, p. 146, jul - dez. 2006

⁶⁹JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 71.

⁷⁰JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 75..

⁷¹JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 75..

⁷²GOMES, Luiz Flávio. **Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050926124904851>. Acesso em: 11 abr. 2010.

defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa»⁷³

Observa-se a semelhança do disposto acima pelo referido autor e o Regime Disciplinar Diferenciado (10792/03) constante no Ordenamento Jurídico brasileiro, haja vista que este restringe o contato que o advogado tem com seu cliente para apenas duas horas semanais, observando que o mesmo tempo é também dividido para os familiares do preso⁷⁴.

Outro ponto importante de ser observado é que a Teoria do Direito Penal do Inimigo retoma uma idéia, que como visto anteriormente (Capítulo 3), é endossada por filósofos como Aristóteles, São Tomas de Aquino e Hegel de que o “status” de cidadão, e conseqüentemente a dignidade de uma pessoa, é uma decorrência da posição que essa pessoa se encontra, podendo ser retirada a qualquer tempo.

Assim, é que os autores da Teoria do Direito Penal do Inimigo afirmam que o “status” de cidadão é um fator que deve ser decidido pelo Estado, sendo que este é que escolhe quais pessoas terão “status” de cidadão e quais não⁷⁵. É importante notar que os mesmos afirmam que o “status” de pessoa também pode ser perdido a qualquer momento, cabendo ao Estado decidi-lo⁷⁶.

Entretanto, como visto no Capítulo 3, tanto a Carta Internacional de Direitos Humanos quanto a Constituição do Brasil (artigo 1º inciso III) reconhecem que todos os seres humanos são dotados de Dignidade Humana, que não pode ser nem restringida nem violada. Observe-se que a Teoria do Direito Penal do Inimigo afronta diretamente a

⁷³JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 40.

⁷⁴MOREAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 196.

⁷⁵JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 79.

⁷⁶JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 26.

CIDH e a Constituição nacional, não sendo, portanto, legítima na esfera internacional e nem na esfera nacional.

Assim, claro se mostra que a Teoria do Direito Penal do Inimigo afronta o princípio da Dignidade Humana, pois a referida teoria alega ser possível violar tal princípio, haja vista que alega que determinadas pessoas não precisam ter suas dignidades respeitadas e como vistos este Princípio não pode ser violado em hipótese alguma.

6 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Como visto, no Capítulo 3, o Brasil seguindo o movimento internacional de restrições de Direitos Humanos, que se difundiu pelo mundo depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, alterou a lei de execuções penais, Lei 7210/84, e introduziu, pela Lei 10792/03, o Regime Disciplinar Diferenciado.

Assim, em consonância com a Teoria do Direito Penal do Inimigo o Brasil através da Lei 10792/03 fez uma clara distinção entre dois tipos de presos, haja vista que aqueles que tiverem cometido crimes que afrontem a ordem ou a disciplina do país poderão ser submetidos ao RDD⁷⁷.

O RDD, Lei 10792/03, fez com que detentos condenados ou presos preventivamente, o que leva a uma clara violação do Princípio da Presunção de Inocência (artigo 5º LVII CF)⁷⁸; pudessem ser submetidos ao recolhimento em cela individual (artigo 52, II); limitou suas visitas a duas pessoas, podendo estas permanecerem com o detento apenas duas horas por semana, incluindo advogados (artigo 52, III), e só admitiu duas horas diárias de banho de sol (artigo 52, IV).

Note-se, o caráter subjetivo de tal previsão legal, haja vista que a lei não explica o que seria uma subversão a ordem ou disciplina interna, muito menos estabelece quem a

⁷⁷MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.14, n.168, p. 19, nov. 2006.

⁷⁸BARBOZA, Leandro de Oliveira. **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais**: breve histórico legislativo Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 04 junho 2010.

definiria ou avaliaria se os pressupostos legais estariam presentes, podendo a interpretação da mesma levar a uma aplicação arbitrária de tal dispositivo legal.⁷⁹

Aumenta, ainda, a arbitrariedade da Lei 10.792/03, de acordo com o seu artigo 60, o fato de a autoridade administrativa ter o poder de submeter o preso, sem ordem judicial, por dez dias ao RDD o que se assemelha muito com a Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei 314/67 artigo 47 § 1º) da época da Ditadura Militar no Brasil, haja vista que esta lei permitia que uma pessoa fosse presa e ficasse incomunicável por dez dias.

Além disso, observa-se que o RDD viola a dignidade humana, haja vista que confinar o preso em cela individual por até um sexto de sua pena, como disposto em seu artigo 52 inciso I, submete este a um sofrimento mental que pode resultar no abalo de sua personalidade, de seu caráter e de sua própria sanidade mental, não contribuindo em nada para a sua ressocialização⁸⁰.

Isso porque o princípio da dignidade humana é um superprincípio⁸¹, o núcleo fundamental e informador de todo o sistema jurídico nacional, devendo, necessariamente servir de parâmetro para todas as interpretações e compreensões da constituição do Brasil⁸²

Assim, qualquer norma que adentre o Ordenamento Jurídico nacional que afronte tal Princípio será tida como inconstitucional e, ainda, violadora do Estado Democrático de Direito, haja vista que este se fundamenta no referido Princípio, de acordo com o artigo 1º inciso III da Constituição Federal.⁸³

⁷⁹MOREIRA, Rômulo Andrade de. Regime disciplinar diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 325, p. 122, nov. 2004.

⁸⁰BARBOZA, Leandro de Oliveira. **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais**: breve histórico legislativo Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁸¹PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 30

⁸² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 27

⁸³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 79.

O RDD, também, configura uma tortura psicológica e um tratamento cruel desumano e degradante na medida em que o Estado submete o preso em seu poder a um confinamento quase que absoluto, em que o detento não tem contato algum com o mundo exterior e onde apenas tem acesso a sua família por no máximo duas horas semanais. Assim, o detento permanece confinado em sua cela por dias sem falar com ninguém e tendo contato ao sol por apenas duas horas diárias, o que claramente viola a sua integridade mental, podendo levá-lo ao desespero.

Mostra-se necessário trazer o conceito de tortura psicológica que como preleciona Guilherme Nucci "não se trata de agressão física, mas de atos que levam o indivíduo ao desespero, ainda que sua integridade corporal seja preservada"⁸⁴

Ou seja, não é pelo fato de que a tortura aplicada pelo RDD não deixa marcas corporais ou lesões físicas que exclui o referido Regime de estar aplicando uma forma de tortura no país, em que ao invés de marcas corporais são deixados no indivíduo graves abalos mentais.

Assim, para nós o isolamento quase que absoluto do preso, a sua falta de privacidade e a retirada do seu poder de autodeterminação caracterizam formas de tortura psicológica, haja vista que violam a integridade psíquica do preso.

Já o seu pouco convívio com sua família e as poucas horas de sol diárias caracterizam, para nós, um tratamento cruel, desumano e degradante, pois os referidos maus tratos são mais brandos que a tortura, mas ainda são violadores⁸⁵.

Alias, sobre os efeitos que o RDD pode gerar no preso já entendeu o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária em sua décima resolução que o RDD "promove a destruição emocional, física e psicológica do preso, que, submetido a isolamento

⁸⁴NUTTI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo Penal**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 108.

⁸⁵MOREIRA, Rômulo Andrade de. Regime disciplinar diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 325, p. 122, nov. 2004.

demasiadamente longo, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinação, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves⁸⁶.”

Ou seja, o RDD é uma forma de tortura que não é permitida pelos instrumentos internacionais de prevenção a tortura e nem pela Carta Magna do país, como visto no Capítulo 2, qualquer forma de tortura ou tratamento cruel desumano e degradante é vedada pela Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo V); pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 7º); pela Terceira Convenção de Genebra (artigo 3º); pela Convenção Sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes; pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e pela Constituição Federal do Brasil (artigo 5º, inciso III que tem *status* de cláusula pétrea).

Agrede a Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo V), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 7º) e a Terceira Convenção de Genebra (artigo 3º), haja vista que estes proíbem expressamente qualquer forma de tortura e de tratamento, cruel, desumano e degradante. Convenção Sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, em especial, no seu artigo 1º, haja vista que este proíbe a utilização de tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante não importando a periculosidade do preso ou o crime que ele tenha cometido e é isso que ocorre no RDD que com a desculpa de que o preso é muito perigoso, pois participa de quadrilha ou bando, ou porque ele cometeu um crime que prejudica a ordem ou indisciplina do país a Lei 10.792/03 permite o confinamento quase que absoluto do detento

Também, agride a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura que dispõem que independente do grau de periculosidade do preso ou da insegurança que ele proporcione para a instituição penitenciária, este não poderá ser torturado ou submetido a tratamento cruel, desumano e degradante. Que é o que ocorre no RDD, pois sobre o argumento de que “o preso apresenta alto risco a ordem e a segurança do

⁸⁶MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 64.

estabelecimento penal ou da sociedade”⁸⁷ a Lei 10792/03, em seu artigo 52, os submete à tortura e a tratamento cruel desumano e degradante.

Inclusive, importante observar que o Brasil através da Lei 9.455/97, em consonância com os dispositivos internacionais dispõe em seu artigo 1º inciso II que “Constitui crime de tortura submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”.

Assim, previu que configura-se tortura qualquer sofrimento mental infringido ao detento, tendo em vista castigar este ou com o intuito de prevenir que esse cometa qualquer conduta criminosa. E é exatamente isso que ocorre no RDD, haja vista que com o intento de castigar o criminoso considerado perigoso pelo crime cometido, bem como pela desculpa de evitar que o mesmo volte a cometer um crime, mesmo este estando dentro da cadeia, o Estado brasileiro permite que o preso seja submetido a tortura psicológica.

Aliás, nesse sentido, também, já entendeu o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que considerou o RDD inconstitucional por não garantir a sanidade do preso, pela duração exagerada da medida e, ainda, pela subjetividade de tal regime, haja vista que este não possui uma tipificação clara dos crimes que são sujeitos ao RDD⁸⁸.

Nesse sentido, também, entendeu o TRF da 1ª região que decidiu:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD. LEI 7.201/84, ART. 52, COM REDAÇÃO DITADA PELA LEI 10.792/2003.1. **O Regime Disciplinar Diferenciado viola o preceito constitucional que veda que o preso seja submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); infringe a letra e do inciso XLVII do art. 5º, que impede a aplicação de penas cruéis; e o inciso XLIX do mesmo artigo 5º**

⁸⁷MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Especial Penal**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 179.

⁸⁸WEIS, Carlos. O conselho nacional de política criminal e penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.13, n.155, p. 15, out. 2005.

que assegura aos presos respeito à integridade física e moral (entendimento em contrário do Juiz Cândido Ribeiro). 2. O só fato de o paciente ser acusado de ter participado de organizações criminosas, quadrilha ou bando, não implica ter de ser submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. 3. Inocorrência de cometimento de falta grave do paciente de modo a levar o juiz incluí-lo no RDD. 4. Não pode o juiz incluir o paciente no RDD por tempo indeterminado, pois a lei fixa o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo a sanção ser renovada, se houver cometimento de nova falta grave da mesma espécie. (grifo nosso)⁸⁹

Ou seja, claro se mostra que o RDD permite a tortura psicológica no país o que é vetado tanto por tratados e convenções internacionais como pela Constituição do Brasil e ainda, viola o Princípio da Dignidade Humana, que como visto, é o principal fundamento do Estado Democrático de Direito nacional.

Assim, enquanto o RDD estiver em vigor no Brasil o país estará institucionalizando uma forma de tortura, bem como colocando em risco o Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto neste trabalho observa-se que o Brasil, seguindo o movimento internacional de restrições de Direitos Humanos, que se difundiu pelo mundo após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, e que tem como base teórica a Teoria do Direito Penal do Inimigo, positivou a Lei 10792/03 que alterou a lei de execução penal (7.210/84) e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado.

Acontece que, como visto, o RDD viola frontalmente a Dignidade Humana, disposto no artigo 1º inciso III da Constituição Brasileira, bem como a proibição de qualquer forma de tortura e tratamento cruel desumano e degradante, previsto no artigo 5º inciso da Carta Magna.

⁸⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal Primeira Região. **Habeas Corpus** nº200601000280509. Desembargador Tourinho Neto. Zaid Arbid (impetrante), Juiz Federal da 1ª Vara de MT (impetrado), João Arcanjo Ribeiro (paciente). 3ª Turma do Tribunal Regional Federal Primeira Região. 24 out. 2006. Disponível em <www.trf1.gov.br>. Acesso em 28 maio. 2010.

Isso porque o RDD permite que um detento, condenado ou preso preventivamente, que tenha cometido crimes que apresentem alto risco para a ordem e a segurança da sociedade, possa ser confinado a um isolamento quase que absoluto, pois limita suas visitas em duas horas semanais (sendo que dentre estas visitas encontra-se a visita do seu advogado), limita o banho de sol em duas horas diárias, sendo que este pode ser em horário contrário ao dos outros presos, e restringe o seu acesso à revistas, jornais e outros meios que permitam seu contato com o mundo externo.

Observa-se que o RDD faz uma clara diferenciação entre dois tipos de detentos os que tenham cometido crimes que apresentem alto risco para a ordem e a segurança da sociedade e os presos que tenham cometido crimes que não se enquadrem nesta classificação. Sobre os primeiro é aplicado o RDD, o que para nós, o submetem a uma tortura psicológica e a um tratamento cruel, desumano e degradante.

Essa diferenciação em muito se assemelha ao Direito Penal do Inimigo, teoria que defende existir dois tipos de criminosos: os cidadãos que cometem crimes comuns e os inimigos que cometem crimes que violem a segurança nacional, sendo que estes não precisariam ter nenhum Direitos Humanos assegurados⁹⁰.

Como visto o Regime Disciplinar Diferenciado viola a dignidade humana que para nos é inerente a qualquer ser humano independente do crime que ele tenha cometido. Entendemos que a dignidade humana é um direito personalíssimo que não pode ser violado e que é de suma importância, sendo um “supraprincípio”⁹¹ em que todas as outras normas se fundamentam.

Vale destacar que qualquer lei que viole a dignidade humana confronta a Carta Magna brasileira, bem como a Carta Internacional de Direitos Humanos e ainda outros instrumentos internacionais e locais.

⁹⁰JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p. 21.

⁹¹PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 30

Assim, submeter um preso a um confinamento quase que total, sendo que este pode durar até um sexto da sua pena, claramente viola a o Princípio da Dignidade Humana, o que torna o RDD inconstitucional, além de ferir a CIDH.

Além de violar a dignidade humana do preso o RDD o submete a uma tortura psicológica e a um tratamento cruel desumano ou degradante, pois o reduzido contato com sua família, o pouco contato com sol e a ausência de contato com o mundo exterior através de revistas jornais e outros meios, fazem com que o preso fique confinado em sua cela por dias sem falar com ninguém e tendo pouco contato com o sol o que viola sua integridade mental, podendo levá-lo ao desespero.

Assim, não é porque o RDD não deixa marcas físicas no torturado que este não está aplicando a tortura e o tratamento cruel desumano ou degradante no preso, haja vista que este sofre um imenso abalo mental.

Observa-se, que qualquer forma de tortura ou tratamento cruel desumano e degradante é vedada pela Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo V); pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 7º); pela Terceira Convenção de Genebra (artigo 3º); pela Convenção Sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes; pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; pela Constituição Federal do Brasil (artigo 5º, inciso III que tem *status* de cláusula pétrea) e pela lei nacional número 9.455/97 que dispõem sobre a tortura.

Dessa forma, o Brasil, apesar de expressamente proibir a tortura em sua Constituição, artigo 5º inciso III, e colocar o Princípio da Dignidade Humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, artigo 1º inciso III, permitiu que uma lei que viola o Princípio da Dignidade Humana, bem como possibilita que tais presos sejam submetidos à tortura psicológica e a um tratamento cruel desumano e degradante adentrasse o Ordenamento Jurídico do país.

Assim, para nós, enquanto o RDD estiver em vigor no país estará em risco o Estado Democrático de Direito, haja vista que este se fundamenta na dignidade humana (artigo

1º inciso III da Constituição Federal). Além disso, em um Estado Democrático de Direito não se pode permitir, em hipótese alguma, o uso de tortura em presos.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. São Paulo: Atlas, 2001.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos humanos como tema global**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Direitos humanos e meio ambiente. In: CONGRESSO DE DIREITO E ENGENHARIA AMBIENTAL, 1., 2007, Vitória. **Anais** ...Vitória: Instituto Terra da Gente, 2007.

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **Direito de nacionalidade**: em face das restrições coletivas e arbitrárias. Curitiba: Juruá, 2007.

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. **A Ruptura da lógica do razoável e os eternos caminhantes**: o Diálogo ente Arte e Direito como uma Nova Forma de Construção do Saber. Disponível em: <http://www.referencia.org.br/noticias/producao/olivia/eternos_caminhantes.doc>. Acesso em: 17 nov. 2009.

BARBOZA, Leandro de Oliveira. **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais**: breve histórico legislativo Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 04 junho 2010.

BASSO, Marco Antonio. Tortura: evolução histórica e jurídica. A tutela do direito fundamental e a dignidade da pessoa humana. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 19, p. 169, 2005.

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

BERNSTEIN, Richard. Ataque a Londres leva governos a endurecer. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 ago. 2005. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2008200518.htm>>. Acesso em 20 fev. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal Primeira Região. **Habeas Corpus** nº200601000280509. Desembargador Tourinho Neto. Zaid Arbid (impetrante), Juiz Federal da 1ª Vara de MT (impetrado), João Arcanjo Ribeiro (paciente). 3ª Turma do Tribunal Regional Federal Primeira Região. 24 out. 2006. Disponível em <www.trf1.gov.br>. Acesso em 28 maio. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.15.

COOK, Robin. Combate ao terror não pode constringer liberdades. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 mar. 2004. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u70416.shtml>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

DANNER, Mark. A lógica da tortura. **Revista Política Externa**. Trad. de Paula Zimbres. São Paulo, v.13. n.2, p. 33-44, set./nov.2004.p. 33.

DANNER, Mark. **The red cross torture report: What It Means**. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/22614>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

DHNET. **A incorporação dos Direitos humanos no Direito Constitucional brasileiro**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/4/constituicao.html#9>>. Acesso em 03 maio 2010.

Desaparecidos políticos. **Dossiê ditadura: Mortos e desaparecidos políticos no Brasil (1964-1985)**. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=221>> . Acesso em 23 maio 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Americana**. Disponível em:<<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=usdocs.php&itemmenu=110>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

FRANÇA. **Declaração de direitos dos homens e do cidadão**. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

GARCIA, Débora Faria. De Beccari a Jakbs: Panorama do sistema criminal em Face da dignidade humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 887, p. 453-489, set. 2009.

GENEBRA. **Convenções de Genebra**. Disponível em: <<http://www.cicr.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/genevaconventions>>. Acesso em: 8 dez. 2008.

GRECO, Rogério. Direito Penal do inimigo. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Mato Grosso, v. 1, nº 1, p. 144, jul - dez. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050926124904851>. Acesso em: 11 abril 2010.

HABERT, Nadine. **A década de 70 apogeu e crise da ditadura militar brasileira**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Ática, 2001.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX: 1914-1991.** 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INGLATERRA. **Magna carta inglesa.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

LAFFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: Um Diálogo com O Pensamento de Hannah Arendt.**São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Trad de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio Constitucional Fundamental.** Curitiba: Juruá, 2003. 29-32.

MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.14, n.168, p. 19, nov. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

MOREAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo a terceira velocidade do Direito Penal.** Curitiba: Juruá, 2008.p. 234.

MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Especial Penal.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 179.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 61-66.

MOREIRA, Rômulo Andrade de. Regime disciplinar diferenciado – RDD. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 325, p. 122, nov. 2004.

NUTTI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo Penal.** 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ONU. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>> Acesso em 17 fev. 2010.

ONU. **Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura.** Disponível em: <>. Acesso em: 09 mar. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007

PONTIERI, Alexandre. Breves considerações sobre a tortura. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº324, p.119-121, out. 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Disponível em: <www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em: 06 jul 2010.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Basto Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THE ECONOMIST. For whom the liberty bell tolls. **The Economist**, EUA, 31 ago 2002. Disponível em: <http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=1301751&source=login_payBarrrier>. Acesso em: 16 fev. 2010.

TODOROV, Tzvetan. **Em face do extremo**. Trad de Egon de Oliveira Rangel e Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papyrus, 1995.

WEIS, Carlos. O conselho nacional de política criminal e penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.13, n.155, p. 15, out. 2005.