

O regime disciplinar diferenciado no Brasil e no direito norte americano: violação do princípio da individualização da pena ou medida reguladora estatal de controle do comportamento de presos perigosos em estabelecimentos penitenciários

Eneida OrbageTaquary¹

Resumo

A análise do regime disciplinar diferenciado no Brasil e no sistema norte-americano, por intermédio do estudo dos regimes de cumprimento de pena no Brasil: o regime fechado, o semiaberto e o aberto que estão previstos no Código Penal Brasileiro, enquanto o regime disciplinar diferenciado se caracteriza como sanção disciplinar, estabelecida no âmbito da Lei de Execuções Penais. No sistema norte-americano, o regime de confinamento e isolamento está contido na estrutura do sistema penitenciário, ao lado de outros regimes menos rigorosos.

1 Introdução

O objeto da presente pesquisa versa acerca do regime disciplinar diferenciado. Não se trata de uma abordagem genérica sobre o predito regime, mas como ênfase na problematização da possibilidade do regime disciplinar diferenciado no Brasil e no direito norte-americano constituir violação do princípio da individualização da pena ou medida reguladora estatal de controle do comportamento de presos perigosos em estabelecimentos penitenciários.

O tema assume relevância porque a iniciativa de se estabelecer em caráter administrativo o regime disciplinar diferenciado somente ocorreu após a rebelião

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Delegada da Polícia Civil do Distrito Federal. Professora de Direito Penal no Uniceub.

em presídios de segurança máxima no Estado de São Paulo, que vitimizou condenados e pessoas inocentes da sociedade, gerando a pseudonecessidade de se estabelecer um sistema nos presídios de segregação pelo prazo de 180 e no máximo de 360 dias dos presos que possuíam liderança para organizar o crime. A rebelião dos delinquentes nos presídios paulistas gerou a necessidade de avaliar a implementação da Lei de Execuções Penais no Brasil, em especial como o Poder Judiciário, o Ministério Público e os diretores de sistemas penitenciários interpretam o princípio da individualização da pena.

Inicialmente, é forçoso reconhecer que os regimes de cumprimento de pena estão disciplinados no Código Penal Brasileiro e que não há previsão do regime disciplinar diferenciado. Esse é o ponto de partida para se reconhecer o sistema normativo penal brasileiro e suas características, no tocante aos regimes vigentes nos sistemas penitenciários brasileiros. Nesse cenário, é necessária ainda a pesquisa acerca da natureza jurídica da imposição do regime disciplinar diferenciado, se medida administrativa ou judicial, porque apesar da responsabilidade ser do Juízo da execução quem poderá solicitá-la será o diretor do presídio.

Ainda se faz necessária a abordagem do sistema regulatório de controle da segurança pública pelo Estado, em especial nos presídios considerados de segurança máxima e em outros em que se encontram recolhidas pessoas que representam risco à sociedade, logo consideradas perigosas. Neste contexto, será utilizada a denominação de periculosidade extraída do art. 59 do Código Penal Brasileiro interpretado de forma sistêmica.

Ao lado da pesquisa do regime disciplinar diferenciado, é importante destacar os princípios regentes do direito penal brasileiro, em especial os referentes à imposição da pena, bem como o sistema adotado no Brasil.

As hipóteses levantadas para alcançar resposta ao problema de pesquisa serão cinco e corroboram o método hipotético dedutivo utilizado, bem como as técnicas de pesquisa, a bibliografia brasileira e norte-americana e ainda artigos publicados em revistas jurídicas e na internet.

Há violação do princípio da individualização da pena no estabelecimento do regime disciplinar diferenciado, porque não está incluído entre os regimes de cumprimento de pena e logo é sanção administrativa e não de caráter penal, decorrente da condenação do réu.

A individualização da pena pressupõe respeito à identidade do preso, no tocante às suas peculiaridades como ser humano, que deve ser responsabilizado pelos seus atos, mas na proporção do que é condizente com a natureza social do homem, enquanto sujeito de direitos e obrigações. A aplicação do regime disciplinar diferenciado fundamenta-se estritamente na natureza do crime e não na personalidade do agente ou em outras condições de caráter personalíssimo, não perceptíveis aos olhos, mas alcançáveis mediante perícia psiquiátrica ou psicológica.

As sanções administrativas de caráter disciplinar devem ser reguladas por meio de lei, disciplinadas na Lei de Execuções Penais para garantir o comportamento do preso e ainda a consolidação de princípios dentro do sistema prisional, de forma a provocar a reflexão e a mudança de comportamento humano daquele que delinuiu e não reafirmar condutas criminosas, por intermédio de tratamento desumano. Os meios regulatórios disponíveis na Lei de Execução Penal são avançados e suficientes para se tratar diferentemente presos considerados perigosos, por meio do trabalho ou de atividades que possibilitem descobrir aptidões.

A partir da análise desses meios regulatórios próprios estabelecidos pelo Estado brasileiro e cotejando-os com os estabelecidos no sistema norte-americano se identificará a necessidade de reformulação das ações atualmente adotadas pelo sistema penitenciário brasileiro, no tocante à manutenção da disciplina nos estabelecimentos prisionais e à promoção da valorização do ser humano, mediante incremento ao trabalho no sistema prisional que reverta benefício para o detento, para sua família e para a sociedade, de forma a reduzir a reincidência e a necessidade de banimento do criminoso da sociedade por meio de regimes drásticos, como o disciplinar diferenciado.

A pesquisa tem por objetivos: a- estabelecer o regime disciplinar diferenciado como meio de regulação do comportamento de presos considerados perigosos

pelo Estado, nos moldes do modelo norte-americano de prisões supermax; b- o regime disciplinar diferenciado comprova a violação do direito a individualização da pena porque se transforma uma sanção administrativa em regime de cumprimento de pena; c- identificar a natureza jurídica do regime disciplinar diferenciado e identificar a origem do regime disciplinar diferenciado; e d- quais as alterações substanciais na criminalidade dos locais onde o regime foi implantado. A partir dessa análise, propõe-se recomendar a aplicação da Lei de Execuções Penais como meio regulatório estatal de efetiva reinserção do delinqüente na sociedade.

A necessidade de se regular o comportamento dos presos considerados perigosos nos sistema penitenciário brasileiro será adotada, verificando-se a legalidade do sistema a partir dessa regulação, nos moldes do regime secularmente estruturado.

2 O regime disciplinar diferenciado no brasil e as penitenciárias de administração máxima ou *super maximum security facilities-supermax*, no sistema norte americano

Apesar da denominação regime disciplinar diferenciado deve-se inicialmente afirmar que o instituto não está elencado no rol dos tipos de regime previstos pelo legislador nacional entre aqueles do art. 44 do Código Penal.

Como analisado no capítulo anterior, o legislador nacional previu três tipos de regimes, o fechado; o semiaberto e o aberto. O regime fechado é cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, para aqueles condenados à pena privativa de liberdade que excede a oito anos, enquanto o semiaberto é realizado em colônias agrícolas ou industriais para aqueles condenados cuja pena é inferior a oito e supera a quatro anos. As penas privativas aplicadas que não excedam a quatro, ou seja, iguais a quatro, serão cumpridas em regime aberto.

Logo, é forçoso concluir que não há previsão do regime disciplinar diferenciado entre os previstos pelo legislador no Código Penal Brasileiro, retirando-se de imediato o seu caráter de regime prisional, por força do princípio da reserva legal,

que impõe a cominação da pena no preceito secundário do tipo penal, de forma a vincular o magistrado ao regime de cumprimento, quando aplica a pena no caso concreto, fazendo a dosimetria da pena.

Note-se que o estabelecimento do regime prisional não fica ao arbítrio do Juiz criminal, mas é estabelecido consoante o *quantum* de pena fixado, na sentença condenatória.

2.1 Contexto penitenciário gerador do regime disciplinar diferenciado

O contingente populacional penitenciário distribuído em 71 estabelecimentos prisionais de São Paulo era de 59.867 presos, enquanto o sistema somente tinha capacidade para 49.059 presos. Havia a previsibilidade de que poderia ocorrer uma rebelião, dadas as condições que se impunham à massa carcerária. Os presos estavam amontoados em celas e, obviamente, relegados à ínfima proteção. Estavam os direitos decorrentes da custódia realizada pelo Estado em permanente exposição. Nesse contexto, foi se desenvolvendo a gênese da maior rebelião que se teve notícia no país, ocorrida em 18 de fevereiro de 2001.²

A Casa de Custódia de Taubaté foi o primeiro foco das rebeliões, culminando com a morte de nove presos. Após tal rebelião, houve um endurecimento das regras disciplinares, com o estabelecimento de regimes diferenciados e transferência de presos para outras unidades prisionais, provocando comoção nos presídios e desencadeando uma macrorrebelião no Estado de São Paulo, que “envolveu 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 4 (quatro) cadeias públicas, sob a responsabilidade da Secretaria da Segurança Pública do Estado.”³

² SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

³ SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

Após, o gravoso colapso do sistema penal paulista, adotou-se o regime disciplinar diferenciado em cinco unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e a Penitenciária I de Avaré, por intermédio da Resolução n° 26 de 04 de maio de 2001, proveniente da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, cuja finalidade era a ressocialização dos condenados, consoante a Lei de Execuções Penais.^{4/5}

Note-se que o regime disciplinar originou-se de uma decisão de um órgão administrativo, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que não teve seu ato anulado pelo Tribunal de Justiça local.⁶ À época, foi inaugurado o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes com finalidade precípua de receber os presos condenados e inseridos no regime disciplinar diferenciado. Em agosto de 2003, “três unidades recebem os internos em regime disciplinar diferenciado: o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, com capacidade para 160 presos, abrigava 54; a Penitenciária I de Avaré, com 450 vagas, abrigava 392 e o Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, com 160 vagas, abrigava 69 mulheres presas.”⁷ Consoante os dados da Secretaria citada, da população carcerária de 94.561 presos, 515 internos estavam em Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.⁸

⁴ A referenciada Secretaria administra 144 unidades prisionais e foi criada pela Lei n° 8209, de 04 de janeiro de 1993, e organizada por intermédio do Decreto n° 36.463, de 26/01/1993.

⁵ SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁶ As normas administrativas somente poderão ser declaradas inconstitucionais por voto da maioria do Conselho Especial do Tribunal de Justiça.

⁷ SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁸ SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

Em 2002, é instituído, por meio da Resolução SAP-59, o Regime Disciplinar Especial no Complexo Penitenciário de Campinas – Hortolândia.⁹ Logo após, surge o Regime Disciplinar Diferenciado, decorrente da Resolução SAP, 11, de 13-3-2001, que passou a disciplinar as medidas administrativas a serem tomadas perante a ocorrência de rebeliões ou qualquer tipo de manifestação violenta.¹⁰

O Estado de São Paulo foi pioneiro em estabelecer padrões de comportamento dos presos nos presídios, consolidando um regime de disciplina e de punições administrativas no sistema penitenciário brasileiro, determinadas consoante a conveniência e oportunidade da Administração Pública.¹¹

2.2 Conceito e natureza jurídica do regime disciplinar diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção de caráter administrativo que é aplicada a presos que se encontrem em regime fechado, em cumprimento de pena de reclusão, e que tenham comportamento considerado perigoso e logo sejam instigadores de indisciplina no interior do presídio e contribuam para motins ou para o comando de outros crimes graves, como a lavagem de dinheiro e o crime de organização criminosa, inclusive fora do presídio.¹²

O regime acima se destinava aos presos condenados que se apresentavam como líderes criminosos ou componentes de organizações criminosas, bem como

⁹ SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

¹⁰ SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

¹¹ SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

¹² SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

aos que necessitassem de tratamento singular em razão do comportamento, visando alguns estabelecimentos prisionais. O tempo máximo no regime era de 180 dias em caso de primeira imposição do regime e de no máximo 360 dias, em se tratando de nova determinação para o regime. A solicitação para a inserção do condenado no regime supracitado derivava do Diretor Técnico do Estabelecimento Penitenciário dirigido ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais que o analisava e, mediante concordância do Secretário Adjunto da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

Consoante a Resolução acima citada, art. 5º, durante a permanência no Regime Disciplinar Diferenciado e visando assegurar o direito dos presos que deveriam estar cientes dos seguintes requisitos: motivos da sua inclusão no regime; a saída da cela para banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia; acompanhamento técnico programado e duração de 2 horas semanais para as visitas; permanecer sem algemas, no curso das visitas; remição da pena pelo trabalho e pela educação, conforme a lei e a jurisprudência e a remição do RDD, à razão de 1 dia descontado por 6 dias normais, sem falta disciplinar, com a possibilidade de serem remidos, no máximo, 25 dias e cumpridos 155 dias de regime; a ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo; anteriormente remido; contato com o mundo exterior pela correspondência escrita e leitura e entrega de alimentos, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas.

Além dessas restrições, a motivação principal que ensejava a afirmação de inconstitucionalidade do regime estava baseada na decisão administrativa do Diretor Técnico do Estabelecimento Penitenciário, que somente necessitava do aval do Secretário Adjunto da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, pois somente comunicava a decisão em 48 horas ao Juízo da execução penal, nos moldes do art. 8º, da Resolução nº 26, já mencionada.

A ausência de participação do Poder Judiciário na determinação da medida disciplinar de caráter administrativo, bem como a origem da previsão do instituto, ocasionou a discussão acerca da sua constitucionalidade com a manifestação de que o regime contraria o objetivo pelo qual a pena é aplicada e impossibilita a res-

socialização. Nesse sentido se manifestou Alberto Silva Franco, ao afirmar “[...] a Resolução nº 26, de 4 de maio de 2001, da Secretaria de Assuntos Penitenciários, que instituiu, no Estado de São Paulo, o regime disciplinar diferenciado (RDD), é a expressão viva da *meia ilegalidade* na medida em que é ofensiva a princípios constitucionais e legais que cuidam da matéria [...]”.¹³

Prossegue o autor defendendo dois aspectos que seriam basilares para se vislumbrar uma inconstitucionalidade na previsão do Regime Disciplinar Diferenciado:

[...]: a) o direito de liberdade sofre, sem dúvida, reduções com a prisão do condenado, mas isso não quer dizer que represente uma supressão absoluta e que, portanto, a autoridade penitenciária não tenha limites de atuação no que tange a essa liberdade reduzida. “A liberdade ambulatoria”, como enfatiza Borja Mapelli Caffarena, “é perfeitamente gradual”(1) e tal gradualidade pode ser medida por critérios materiais e não jurídico-formais. [...] Tais fatos “interrompem materialmente a execução, mas formalmente se entende que a pena continua a ser cumprida”(2). Prova adicional de que o condenado não perdeu totalmente sua liberdade ambulatoria reside nos seus deslocamentos livres, embora sob vigilância, no interior do presídio. É evidente que deles desfruta num determinado grau, mas poderá perdê-los, legal ou ilegalmente. Quando essas sobras do direito de liberdade são questionadas e se busca impor uma sanção que restringe ainda mais a liberdade ambulatoria já bastante reduzida pelo cumprimento da pena, a matéria tem, inequivocamente, caráter penal e não meramente penitenciário; b) o regime disciplinar diferenciado contido na Resolução SAP-026/01 instituiu sanção disciplinar por cento e oitenta dias, na primeira inclusão, e por trezentos e sessenta dias, nas demais, “aos líderes e integrantes das facções criminosas” e “aos presos cujo comportamento exija tratamento específico” (art. 1º da Resolução).¹⁴

O autor enfatiza utilizando a expressão de Borja Mapelli Caffarena que se pretende com o Regime Disciplinar Diferenciado estabelecer uma sanção discipli-

¹³ FRANCO, Alberto Silva. *Meia ilegalidade*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/centroDados.php?acao=selCentros&id=191>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

¹⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Meia ilegalidade*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/centroDados.php?acao=selCentros&id=191>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

nar, restringindo de forma ainda mais veemente a denominada liberdade ambulatorial, ultrapassando os limites da humanidade.¹⁵

Também nesse sentido, Nilo Batista, ao discorrer que a pena, ainda que possua o caráter retributivo, não poderá se converter em vingança e deixar de centrar-se na pessoa do condenado como ser humano que não deve ser alvo de expiação.¹⁶

Zaffaroni e Pierangeli também entendem que a razão do Direito Penal não é a de “coisificar” o homem por meio de imposição de pena que sirva como mero simbolismo, de forma a transformar o sistema penal em abjeto e desumano, violador dos direitos e das garantias individuais, ao invés de se firmar como garantidor das liberdades e dos direitos individuais, consolidando valores humanos.¹⁷

Fundar valores, segundo Bobbio, “ocorreria de três modos, dentre eles destacando-se aquele que mostra que tais valores encontram sua base no consenso,” o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito [...].”¹⁸

Em que pese às críticas acima, o governo federal, impulsionado pela crise que se apresentou em São Paulo, resolveu apresentar Medida Provisória, propondo a modificação do sistema penitenciário brasileiro, trazendo três propostas: “cria um regime disciplinar diferenciado, para presos que estejam, em regime fechado e cometam falta grave equivalente à prática de crime doloso; [...] transfere para a autoridade administrativa a atribuição sobre a definição sobre qual estabelecimento prisional os presos devem cumprir pena [...] e determina que os interrogatórios e

¹⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Meia ilegalidade*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/centroDados.php?acao=selCentros&id=191>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

¹⁶ BATISTA, Nilo. *Entrevista originalmente publicada na revista Mais Humana, n. 02, 2001*. Disponível em: <<http://www.uff.br/maishumana/nilobatista.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 27.

inquirição os presos sejam realizados, sempre que possível, nos estabelecimentos penitenciários em que estejam recolhidos.”¹⁹

A referenciada medida previa ainda que o regime disciplinar diferenciado teria três características. A primeira delas seria o tempo de duração, que seria de trezentos e sessenta dias, no máximo, “sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;”²⁰ o “cumprimento da pena em cela individual, na qual o condenado deverá permanecer até por dezesseis horas diárias”²¹, bem como “visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração máxima de até duas horas, sendo que para o cumprimento desse regime disciplinar diferenciado, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir unidades prisionais destinadas, exclusivamente, a condenados em tal regime.”²²

A medida acima foi rejeitada porque entendeu-se que a matéria deveria ser projeto de iniciativa do Congresso Nacional, nos termos do art. 62, § 1º, inciso I, letra b, e não do Presidente da República, por meio de medida provisória, pois havia vedação constitucional.

A solução encontrada para o exame da inserção do Regime Disciplinar Diferenciado no sistema brasileiro foi a de se analisar o Projeto de Lei nº 5.073, convertido na Lei nº. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, ao alterar o art. 52 da Lei de Execução Penal previu: “[...] a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, sujeita o

¹⁹ BRASIL. *Medida Provisória n. 28, de 04 de fevereiro 2002*. Brasília, DOU de 5 fev. 2002. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2002/28.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

²⁰ BRASIL. *Medida Provisória n. 28, de 04 de fevereiro 2002*. Brasília, DOU de 5 fev. 2002. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2002/28.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

²¹ BRASIL. *Medida Provisória n. 28, de 04 de fevereiro 2002*. Brasília, DOU de 5 fev. 2002. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2002/28.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

²² BRASIL. *Medida Provisória n. 28, de 04 de fevereiro 2002*. Brasília, DOU de 5 fev. 2002. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2002/28.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado[...]”. Adotou o legislador tal qual previsto na medida provisória as características de vigência 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; o recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o direito a sair da cela por 2 horas diárias para banho de sol.”²³

A legislação permitiu ainda que o novo regime disciplinar alcançasse “presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”²⁴, e ainda” o preso provisório ou o condenado sob o qual recaia fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”²⁵

Na disposição do art. 53 da Lei de Execução Penal, que originalmente não previa o Regime Disciplinar Diferenciado entre as sanções disciplinares, este foi incluído, ao lado da advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); isolamento na própria cela, ou em local adequado nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo.²⁶

O estabelecimento do Regime Disciplinar Diferenciado, consoante a Lei n° 10.792/2003, será estabelecido pelo Juízo da Execução Criminal, mediante solicitação da autoridade administrativa que, em casos extremos, poderá decretar o “isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias”, computando-se esse tempo no período de cumprimento da sanção disciplinar.²⁷

²³ POLLASTRI LIMA, Marcelus; GLIOCHE, Angélica. (Org.) *Lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 566.

²⁴ POLLASTRI LIMA, Marcelus; GLIOCHE, Angélica. (Org.) *Lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 566.

²⁵ POLLASTRI LIMA, Marcelus; GLIOCHE, Angélica. (Org.) *Lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 566.

²⁶ POLLASTRI LIMA, Marcelus; GLIOCHE, Angélica. (Org.) *Lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 566.

²⁷ POLLASTRI LIMA, Marcelus; GLIOCHE, Angélica. (Org.) *Lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 566.

O regime visa separar presos considerados perigosos e vinculados ao crime organizado, entendendo-se como tal a organização de grupos, visando à prática de atividades econômicas; laços hierárquicos ou relações pessoais que permitam que certos indivíduos dirijam o grupo; o recurso à violência; à intimidação e à corrupção; e à lavagem de recursos ilícitos²⁸ ou ainda “grupo estruturado de três ou mais pessoas, atuando há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de praticar uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente convenção, com a intenção de obter direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.”²⁹

Dos conceitos acima se extrai que o crime organizado contém as elementares do crime de quadrilha ou bando, quais sejam o número de pessoas e a finalidade de praticar crimes, e incorpora outras, como maior estruturação do conjunto de pessoas, a distribuição de atividades pelos demais membros de forma mais especializada e ramificações em vários estados. Aqui também o conceito é vago e incompleto, nos moldes do crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, porque não há condenação, caso não se comprove que os quatro indivíduos praticaram mais de um crime.

Além da característica de estar o condenado vinculado à organização criminosa, é necessário que seja ele uma ameaça ao estabelecimento penitenciário onde se encontra. O binômio periculosidade do agente e a sua participação em um grupo de pessoas criminosas que tenham fins lucrativos extraídos com o produto ou proveito do crime é que irá determinar a caracterização ou não de organização criminosa.

O conceito de criminoso perigoso é ainda mais difícil de discutir, porque atrelado ao conceito de personalidade. A personalidade do agente revela a sua periculosidade.

²⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 8. O conceito é citado pelo autor para enfatizar a existência de vários conceitos. Esse conceito é da Organização das Nações Unidas. Extraído da Conferencia ocorrida na ONU em novembro de 1994.

²⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 8.

A personalidade pode ser compreendida, segundo Geraldo J. Ballone, como “a organização dinâmica dos traços no interior do eu formados a partir dos genes particulares que herdamos, das existências singulares que suportamos e das percepções individuais que temos do mundo, capaz de tornar cada indivíduo único em sua maneira de ser e de desempenhar o seu papel social.”³⁰

Também Debuyst entende que “o conceito de periculosidade incluía três elementos: a personalidade criminosa, a situação perigosa e a importância sócio-cultural do ato cometido. Segundo este autor, através da periculosidade seria possível fazer um diagnóstico dos traços de personalidade e definir adequadas medidas de intervenção”³¹, pois o conceito de periculosidade está intimamente relacionado com o conceito de personalidade. Mas acaba-se por entender que o criminoso teria uma personalidade criminosa casuisticamente.

Portanto, na atualidade, é muito temerário conceituar periculosidade a partir apenas de determinados comportamentos criminosos, posto que se reconhece uma série de fatores exógenos e endógenos que contribuem para a formação do homem delinquente, e não apenas características exteriores, sob pena de ser adeto do determinismo de Lombroso.

Para os efeitos da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, condenado perigoso será aquele que além de praticar crimes aviltantes à natureza humana, possui liderança no sistema penitenciário para captar outros para concorrer no crime de forma a criar uma associação para fins ilícitos e provoque motins ou resistências aos comandos legítimos de autoridades constituídas.

³⁰ BALLONE, Gerald J. *Personalidade*. Disponível em: <red-am.com.ar/ buscador/files/SALUD033.pdf>. Acesso em: 15 out. 2007.

³¹ Debuyst, Ch. 1989. Apud BALLONE Gerald J. *Personalidade*. Disponível em: <red-am.com.ar/ buscador/files/SALUD033.pdf>. Acesso em: 15 out. 2007.

O regime disciplinar fixa o modelo de confinamento e isolamento para o preso considerado perigoso, de forma a obrigá-lo ao silêncio e ao comportamento irrepreensível, bem como evitando o contato com os presos que poderiam constituir ou fomentar a organização criminosa, no interior dos presídios.

2.3 O sistema penitenciário norte-americano

Os Estados Unidos da América do Norte possuem um sistema penitenciário semelhante ao brasileiro em linhas gerais, visto que existem presídios de segurança máxima, média e mínima. São tais presídios centralizados no *Federal Bureaus of Prisons*, órgão destinado a uniformizar os procedimentos em funcionamento e os a serem adotados no sistema prisional norte-americano.³²

O sistema penitenciário norte-americano é escalonado em cinco níveis: os Campos Federais de Prisão - *Federal Prison Camps*; as Instituições Correcionais Federais de segurança média ou baixa - *Federal Correctional Institutions*; as Penitenciárias - *United Station Penitentiaries (USP)*; e as Instituições contidas no denominado Complexo Correcional Federal - *Federal Correct Complexes*.³³

Além dessas instituições, compõem ainda o sistema penitenciário norte-americano os Centros Correcionais Metropolitanos, os Centro Metropolitanos de Detenção, os Centros Federais de Detenção, Centro Médico para os Prisioneiros Federais, Centro Médico Federal, Centro Federal de Transferência e a Penitenciária Máxima Administrativa dos Estados Unidos. Existem ainda campos satélites

³² Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

³³ Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

que têm a função de possibilitar o trabalho dos reclusos e ainda permitir que auxiliem em sistemas prisionais onde é necessária a mão de obra.³⁴

Os Campos Federais de Prisão *Federal – Prison Camps* – se assemelham ao sistema semiaberto no Brasil, possibilitando o trabalho dentro do estabelecimento penitenciário. O detento tem liberdade de ação nos moldes das colônias agrícolas e industriais estabelecidas para o referenciado sistema. A vigilância é pequena e maior o grau de responsabilidade.³⁵

As Instituições Correccionais Federais de segurança média ou baixa – *Federal Correctional Institutions*, os dois sistemas se assemelham pela ausência de rigor no cumprimento das penas, pois o detento tem possibilidade de trabalho dirigido e de frequentar programas de tratamento. No sistema de baixa segurança, a vigilância e a segurança física das instalações são pequenas e o detento tem liberdade de locomoção no interior do estabelecimento, quando não pernoita em outros prédios próximos onde se recolhe durante a noite.

No Brasil, esse sistema é chamado de aberto e é baseado na autodisciplina e na responsabilidade, porque as restrições impostas pelo Juiz são realizadas sem acompanhamento policial. Já o de segurança média se assemelha ao regime semiaberto, onde há colônias agrícolas e industriais, podendo o detento, em ambos os sistemas, frequentar cursos profissionalizantes e palestras.³⁶

³⁴ Administrative facilities include Metropolitan Correctional Centers (MCCs), Metropolitan Detention Centers (MDCs), Federal Detention Centers (FDCs), and Federal Medical Centers (FMCs), as well as the Federal Transfer Center (FTC), the Medical Center for Federal Prisoners (MCFP), and the Administrative-Maximum (ADX) U.S. Penitentiary. Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

³⁵ Os campos satélites são encontrados hoje em Memphis, Elkton, Jesup e L a Tuna. Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

³⁶ Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

As Penitenciárias *United Station Penitentiaries* – USPs são instituições contidas no denominado Complexo Correccional Federal – *Federal Correct Complexes*, e equivalem ao sistema fechado no direito brasileiro, pois há grande vigilância e os horários são rígidos, assim como o trabalho. São murados e possuem mais de um sistema de segurança na área. O trabalho pode ser autorizado, mas não há possibilidade de sua realização fora do estabelecimento.³⁷

As Instituições contidas no denominado Complexo *Correccional Federal- Federal Correct Complexes*, são assim denominadas porque constituem um grupo de prisões destinadas aos que aguardam julgamento; aos detentos mais perigosos; que tenham necessidades especiais ou que são acometidos de alguma enfermidade. Tal complexo é extremamente seguro e impossibilita qualquer trabalho.³⁸

2.4 As penitenciárias de administração máxima ou *super maximum security facilities- supermax*

A conceituação e a denominação das penitenciárias de administração máxima ou *super maximum security facilities supermax* não aparece na doutrina de forma uniforme. São designadas além de penitenciárias de segurança máxima de *super maximum security facilities supermax*; unidades de detenção especial; unidades de detenção intensiva; unidades de detenção segura; maxi-maxi e instituição de controle máximo.³⁹

A denominação que se utiliza não se afigura como o mais importante neste trabalho de pesquisa, mas a sua natureza jurídica e suas semelhanças com o sistema penitenciário brasileiro são o mote dessas ideias.

³⁷ Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

³⁸ Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

³⁹ Disponível em: <<http://www.monthlyreview.org/0703dohrn.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

As prisões supermax decorrem da necessidade de se controlar o aumento vertiginoso da criminalidade nos Estados Unidos decorrente dos movimentos sociais desencadeados na década de sessenta quando se alardeava a ideia de que o comunismo poderia estar entre os que lutavam por igualdade de direitos civis, políticos, sociais e culturais. A resposta política a esses movimentos foi o endurecimento das leis e a limitação do Poder Judiciário, pelo recrudescimento de leis penais, tal qual ocorreu recentemente em razão dos atos terroristas que culminou com “as atuais ferramentas de repressão, o USA *Patriot Act* e agora a lei que cria um Departamento de Segurança Interna (*Department of Homeland Security*)”⁴⁰

A necessidade de criação de normas penais mais rígidas nos Estados Unidos vem traçando um novo conceito de crime no direito penal, haja vista que o conceito de atos perigosos para a vida humana, segundo o *Homeland Security Act* são todos os que se apresentam como “[...] uma violação das leis penais”⁴¹ e que “se mostrarem pretender influenciar a política de um governo por intimidação ou coerção.”⁴²

Note-se que a realidade que se define é a redução de garantias e direitos individuais, renunciando uma retomada da lei e da ordem, e uma discricionariedade por parte dos segmentos de segurança, em nome da ordem pública. O sistema de confinamento solitário é expressão do sistema de limitação de direitos individuais na área penal nos Estados Unidos e que começa a ser parâmetro para outras Nações.

Os presídios de segurança ou administração máxima ou supermax são originários da década de 80, quando rebeliões ocorreram, em especial a ocorrida na Penitenciária de Marion, em Illinois, determinando o confinamento de presos em suas celas e a proibição de visitação, devido à morte de policiais. A partir des-

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.monthlyreview.org/0703dohrn.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.monthlyreview.org/0703dohrn.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁴² Disponível em: <<http://www.monthlyreview.org/0703dohrn.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

As regras de disciplina no interior dos presídios, foi possível reinventar os presídios de segurança máxima, no estilo do Presídio de Alcatraz, fechado por implicar gastos vertiginosos, e que funcionou cerca de 29 anos.⁴³

Note-se que o sistema de penitenciárias de segurança máxima ou as *Super Maximum Security* se caracteriza por população carcerária perigosa, consoante a tipificação do crime praticado, bem como o que se entende por crimes cuja repressão deva ser imediata e drástica, porque expõe a ordem pública, bem como uma unidade onde a segurança das instalações é priorizada em detrimento das pessoas presas, motivo pelo qual se admitem confinamento por 23 horas no dia; restrição à visitação; monitoramento por câmeras, internamente e externamente, com cercamento duplo além de muros e vigilância externa armada por policiais bem adestrados em técnicas de tiro e de defesa pessoal e ataques; além de restrições a sigilo de correspondências; meios de informatização; meios de comunicação individuais e de massa, além de proibições de práticas culturais, religiosas, educacionais e esportivas.⁴⁴

O sistema impõe a clausura ou o confinamento, cerceando o convívio com outros presos e com pessoas estranhas ao ambiente prisional. São destaque nesse tipo de regime as prisões de Ohio (Ohio), a *Pelican Bay* (Califórnia), a *Florence* (Colorado), a *Boscobel* (Wisconsin), e a *Wallens Ridge* (Virgínia).⁴⁵

Note-se que as unidades de segurança máxima norte americanas não são inovações do século XIX ou XX; ao revés, apresentam-se como nova versão do regime de confinamento descrito por Michel Foucault como espécie de Sistema

⁴³ Disponível em: <http://64.233.179.104/translate_c?hl=ptBR&u=http://www.bop.gov/locations/institutions/index.jsp&prev=/search%3Fq%3DBureaus%2Bof%2BPrisons%26hl%3Dpt-R%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁴⁴ Disponível em: <http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.granneman.com/blog/2006/05/31/the-history-of-solitary-confinement/&sa=X&oi=translate&resnum=3&ct=result&prev=/search%3Fq%3Ddaniel%2Bbrook%2Bsupermax%26hl%3Dpt-BR%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁴⁵ Disponível em: <http://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.granneman.com/blog/2006/05/31/the-history-of-solitaryconfinement/&sa=X&oi=translate&resnum=3&ct=result&prev=/search%3Fq%3Ddaniel%2Bbrook%2Bsupermax%26hl%3Dpt-BR%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

Panóptico,⁴⁶ onde os presos ficavam confinados e vigiados severamente por meio de torres que patrulhavam a unidade penitenciária, com armas pesadas.

Segundo Chase Riverland, desde os anos 1980, há presídios de segurança máxima nos Estados Unidos e eles representam hoje cerca de 80% dos presídios construídos nos estados federativos, com características de isolamento ou confinamento. Ressalta que também lá ocorreu a transmutação de regime administrativo para penitenciário.⁴⁷

Logo, percebe-se uma migração da cultura norte-americana para o Brasil no tocante ao estabelecimento do regime disciplinar diferenciado. Diferencia-se lá por ser regime prisional, aqui por ser sanção disciplinar, com características muito semelhantes.

3 O regime disciplinar diferenciado e a violação do princípio da individualização da pena

A definição de princípio é antiga e muitos são os critérios para defini-lo e diferenciá-lo de regra. Para Robert Alexy, a diferenciação da definição de princípio e regra é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais.⁴⁸

Princípios, segundo definição de Robert Alexy, “son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 20-60.

⁴⁷ Disponível em: <<http://translate.google.com/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://www.amazon.com/Supermax-prisons-Overview-general-considerations/dp/B0006R4508&sa=X&oi=translate&resnum=5&ct=result&prev=/search%3Fq%3Ddriveland%2Bsupermax%26hl%3Dpt-BR%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-48,SKPB:pt-BR>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 82.

las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.⁴⁹ Entende ele que a diferença entre regra e princípio é qualitativa e não de graduação. As regras contêm uma determinação, enquanto os princípios apenas uma direção a ser seguida, pois não contêm determinações diretas.⁵⁰

Para Dworkin, “a legislação deve ser entendida, até onde for possível, como a expressão de um sistema coerente de princípios”,⁵¹ pois é por intermédio do princípio que poderá ser obtido o exato significado e alcance da lei.

Portanto, adotar-se-á o conceito que compreende princípios como os mandamentos previstos num ordenamento jurídico e que determinam o alcance e significado das regras legais que a eles se submetem. Os princípios subordinam as leis, na medida em que os conteúdos dessas leis devem ser entendidos conforme os princípios. O descumprimento de um princípio viola o sistema por ele estruturado, enquanto o descumprimento da lei ocasiona apenas afronta a um único comportamento exigido. O sistema jurídico continua inalterado.

O princípio da individualização da pena tem vinculação legal ao princípio de que não há pena sem prévia cominação legal. O princípio constitui matéria reservada à lei, daí princípio da legalidade. É denominado da anterioridade da pena. Coexiste ao lado do princípio da anterioridade do crime e sem ele não sobrevive. Ambos, como já analisado, são decorrentes do famigerado princípio da legalidade, assim como o da reserva legal e da irretroatividade da lei penal.

Referenciado princípio constitui um dos pilares do Direito Penal Moderno, embora esteja diretamente vinculado aos movimentos revolucionários franceses que pregavam a igualdade dos Homens. Entretanto, pode ser encontrado de forma tênue na *Magna Charta*, de 1215, onde o Rei João Sem Terra, temendo perder

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 86.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 87.

⁵¹ DWORKIN. Ronald. *O Império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 403.

os benefícios da Coroa em razão da revolta dos burgueses, concedeu-lhes alguns direitos, dentre eles o da anterioridade de crimes e penas. Entretanto o princípio do *nulla poena sine lege* somente foi sistematizado com os iluministas e filósofos franceses, como Beccaria e Feuerbach, significando “um princípio político, pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”⁵². Representa uma “reação a estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o em fórmula explícita, entre os direitos fundamentais do homem”.⁵³

Previsto em todas as Constituições brasileiras e expressamente no inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Foi adotado pelo Tribunal Internacional Penal, no art. 23, ao dispor que “qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.”⁵⁴

Decorrem do princípio em exame outros quatro. São eles: o princípio da individualização da pena; da responsabilidade pessoal ou da personalidade da pena; da limitação da pena e da sua humanização.

Deve-se entender, segundo Nelson Hungria, o princípio da individualização da pena como a norma por meio da qual é estabelecido o processo para “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”⁵⁵ o que implica exata adequação da pena ao fato praticado, levando-se em conta a pessoa do condenado e as circunstâncias em que o fato se desenvolveu.

É de se notar ainda que a conceituação de Nelson Hungria, acerca da individualização da pena, entende-a como retribuição do mal concreto do crime. Entretanto, na atualidade, a sanção penal não é entendida como a retribuição do

⁵² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p. 12.

⁵³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p. 12.

⁵⁴ BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 974.

⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p. 117.

mal ocasionado com a prática do crime, cominando-se um castigo, a pena, mas a reinserção do criminoso à sociedade em que vive.

Quanto à finalidade da pena, as opiniões dos juristas não são acordes. Zaffaroni utiliza a expressão “ingerência ressocializadora sobre o condenado”⁵⁶ para exprimir o significado da pena, enquanto Capez a define como “a sanção penal [...] cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.”⁵⁷

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execuções Penais, menciona em seu art. 1º, que “execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a **harmônica integração social do condenado e do internado**”⁵⁸ (negritou-se). Também utilizou o legislador, no art. 10 da mencionada norma, a expressão “retorno à convivência em sociedade.”⁵⁹ Não se deve entender que, se aplicando uma sanção penal, haverá a ressocialização do preso, pois o homem sendo ser social por excelência, não será novamente socializado, mas readaptado ao meio social que vivia e do qual foi segregado.

O princípio da individualização da pena não está definido no ordenamento jurídico brasileiro, mas sua previsão é expressa, bem como os tipos de sanções penais previstas. Está inserto no inciso XLVI, do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, de forma indireta, ao descrever o legislador os tipos de sanções cabíveis, como a pena privativa ou restritiva da liberdade; a perda de bens; a multa; a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. As cominações das sanções penais estão adstritas à observância da prevalência do bem jurídico atingido pelo fato criminoso.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 170.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1 p. 319

⁵⁸ BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 381.

⁵⁹ BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 382.

A individualização da pena deve ser feita em três fases: a cominação, aplicação e execução.

A cominação das penas é de exclusiva competência do Poder Legislativo, pois somente à União cabe legislar em matéria penal, ao estabelecer as condutas humanas criminosas e de estabelecer o *quantum* da pena, isto é, a quantidade e a qualidade. A quantidade está adstrita aos anos de privação de liberdade, enquanto a qualidade se refere ao tipo de pena, se privativa da liberdade, restritiva de direitos ou pecuniárias, bem como se poderão sofrer aumentos ou diminuições, em razão de condições pessoais do condenado ou das circunstâncias do crime.

No ordenamento jurídico brasileiro, a pena privativa da liberdade somente poderá ser cumprida pelo prazo máximo de trinta anos, conforme art. 75, do Código Penal, podendo ser o autor do crime condenado a mais de trinta anos, hipótese em que as penas serão unificadas, de forma a atender o limite máximo de trinta anos.

Não havendo cominação de sanção penal, de seu mínimo e máximo, o princípio sofre violação, e logo a lei será inconstitucional, pois infringe regra constitucional, ao excluir o preceito secundário dos tipos.

O primeiro momento da individualização da pena é abstrato porque fixado pelo Legislador ao elaborar a norma que tem caráter geral, porque atinge a todos.

O segundo momento, chamado de aplicação da sanção, é o momento concreto da individualização da pena. Aplicar a sanção penal, e logo a lei ao caso concreto dizendo o direito, é atribuição exclusiva do Poder Judiciário.

Cabe ao Juízo criminal apreciar as provas que elucidaram a autoria do crime e comprovaram a materialidade do fato e as suas circunstâncias. Todavia está obrigado a seguir o limite estabelecido pelo Legislativo, ao deixar de analisar culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do criminoso, os

motivos, as circunstâncias e consequências do fato e a vitimologia, segundo o art. 59 do Código Penal Brasileiro.⁶⁰

Observando as circunstâncias judiciais, chega-se à pena base que poderá ser agravada ou atenuada, se existirem circunstâncias qualificadoras ou de privilégio, agravantes ou atenuantes e, por fim, as causas de aumento ou diminuição de pena. Após fixar a pena, deverá estabelecer o regime de cumprimento, que poderá ser o fechado, o semiaberto ou aberto.

Ao depois, nova fase se impõe, a terceira, quando não recai sobre a sentença condenatória qualquer recurso. A fase da execução da pena, que será de competência do Executivo. O estabelecimento, pelo Juiz, do regime de cumprimento de pena é direito do preso e constitui regra constitucional, pois, no inciso XLVIII, do art. 5º, o legislador determina que as penas sejam cumpridas em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do fato, a idade e o sexo do apenado.

O Estatuto de Roma, igualmente no Direito Penal Brasileiro, prevê em seu capítulo VII, art. 77, as penas aplicáveis aos crimes previstos no art. 5. São penas de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos ou prisão perpétua, se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem, uma pena de multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual, e ainda a perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Outro desdobramento do princípio da *nulla poena sine lege* é a responsabilidade pessoal ou personalidade da pena, também chamada por Luiz Luisi de personalidade. Por intermédio desse princípio, somente o autor do crime poderá estar sujeito às sanções penais. Encontra sua expressão no inciso XLV, do art. 5º, da Constituição Federal, quando dispõe: “[...] nenhuma pena passará da pessoa do

⁶⁰ BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

condenado [...]”⁶¹ Ressalva, todavia o legislador constitucional, no mesmo dispositivo, que poderão “[...] a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”⁶² Essa parte final do dispositivo não constitui exceção ao princípio da pessoalidade da pena, mas à necessidade de reparação do dano causado pela prática do crime, que é uma sanção civil, e como tal deve obedecer às regras do direito das sucessões. Sobrevindo a morte do condenado por prática do crime e havendo decisão judicial para reparar o dano causado, essa obrigação será transmitida aos sucessores, assim como os direitos.

O terceiro desdobramento do princípio é o de que a limitação da pena, que não encontra seu patamar apenas na quantidade da pena, mas também no tipo de pena a ser aplicada.

No Brasil, o limite quantitativo da pena privativo de liberdade está previsto no art. 75, ao determinar o máximo de 30 anos para cumprimento, podendo a condenação ser superior a 30 anos, ocasião em que a pena será unificada. Também as penas restritivas de direito e a pena pecuniária são limitadas. Segundo o art. 49, do CPB, a pena de multa será de dez, no mínimo, e de 360 dias-multa, no máximo, enquanto as penas restritivas de direitos serão: a - na condenação igual ou superior a um ano – uma pena de multa ou uma restritiva de direitos; na condenação superior a um ano- uma pena restritiva de direitos e multa ou duas restritivas de direitos, conforme § 2º, do art. 44, do CPB.

Além da limitação quantitativa, existe também a qualitativa referente ao tipo de pena imposta. Esse limite está expressamente previsto no Texto Constitucional, no seu inciso XLVII, ao dispor que não serão impostas penas de trabalhos forçados, de banimento, cruéis, de caráter perpétuo e de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, inciso XIX.

⁶¹ BRASIL. Constituição (1998) *Constituição da República Federativa do Brasil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

⁶² CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS. Kai. *Os princípios gerais de direito penal no estatuto de Roma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 194.

A pena de trabalhos forçados é incoerente com o Estado Democrático de Direito, porque este tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana. Isto posto, não se pode submeter alguém, ainda que na condição de condenado, ao trabalho forçado, reduzindo a pessoa à condição análoga de escravo, que caracteriza inclusive crime contra a liberdade individual, porque cerceia o livre arbítrio, inclusive de escolher, se possível, o seu trabalho.

Não se deve olvidar, todavia, que a Lei de Execuções Penais determina que o trabalho realizado pelo condenado terá finalidade educativa e produtiva, bem como é dever social e condição da dignidade humana.⁶³

Em que pese atribuir ao trabalho do condenado uma obrigação do Estado para a realização da dignidade da pessoa humana, prevê um pagamento inferior ao salário mínimo e ainda o exclui de sujeição à Consolidação das Leis Trabalhistas, criando um sistema jurídico diferenciado para o preso. Curiosamente, dispõe que o trabalho do condenado à pena privativa da liberdade é obrigatório, segundo suas capacidades e aptidões.⁶⁴

As previsões acima se afiguram como contraditórias, na medida em que submetem os condenados a regime laboral diverso do estabelecido para todos os brasileiros, inclusive com pagamento abaixo do salário mínimo. Em outro giro, não se pode olvidar que a imposição de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos do inciso IV, do art. 43 do CPB, caracteriza um trabalho não voluntário e que deve ser prestado por aqueles que praticam crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; se o crime for culposo, qualquer que seja a pena, ou ainda, quando o réu não for reincidente em crime doloso ou a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos foi suficiente, nos termos do art. 44.

⁶³ BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 386. Confira no art. 28.

⁶⁴ BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 386. Confira no art. 28.

Logo, se depreende que o condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; crime hediondo; ou então aquele que não

atenda às condições do art. 44, do CPB, e não possa ter a pena substituída terá o trabalho como obrigatório, bem como para aquele que tenha sido condenado à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, por crime menos grave e que tenha direito a substituição das penas. Entretanto a imposição do trabalho não tem o mesmo reflexo jurídico nas hipóteses acima mencionadas, porque enquanto o que foi condenado à pena restritiva de direitos deve cumpri-la sob pena de reversão da substituição, na outra hipótese, não. Ou porque não há onde trabalhar ou por total inércia do Estado, que não dispõe de locais onde o trabalho seja efetivamente realizado, como caráter de obrigatoriedade, nos termos da LEP, de forma que o trabalho, de fato, passa a ser obrigatório apenas para os que sejam submetidos à pena restritiva de direitos e não para o condenado à pena privativa de liberdade.

Todavia, não se pode deixar de estabelecer que o nosso sistema jurídico diferencia trabalho forçado do trabalho obrigatório, segundo seja decorrente de constrangimento ilegal ao qual a pessoa é submetida, sendo privada de sua liberdade individual, do seu livre arbítrio, sendo reduzida à condição análoga de escravo, e, portanto vítima de crime, ou consequência de uma sanção penal imposta pelo Poder Judiciário.

A pena de banimento também está excluída do ordenamento jurídico brasileiro por disposição expressa do inciso XLVII, do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de ter vigorado no Brasil durante o Código Criminal do Império, foi limitada no Código Penal Republicano e expurgada com o advento da CF de 1891, mas no período pós-golpe militar de 1964, a pena de banimento foi novamente instituída, agora com a denominação de exílio político, porque não decorria de aplicação de sanção pena, mas de “instrumento de ação do poder Executivo, que o aplicou a seus adversários políticos”⁶⁵

⁶⁵ TELES. Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1. p. 87.

As penas cruéis também são proscritas no Ordenamento jurídico brasileiro, segundo o princípio constitucional, porque se opõem ao fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

O meio cruel empregado na prática de crime está previsto, no sistema brasileiro, como circunstância qualificadora e torna o crime hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90. Não seria razoável prever a crueldade como qualificadora do crime de homicídio e permiti-la como espécie de sanção penal.

O ordenamento jurídico brasileiro também proscreve a pena de morte, como regra. Admite-se apenas no caso do art. 84, inciso XIX, que regula a competência privativa do Presidente da República, no caso de agressão estrangeira, de fazer declaração de guerra, “autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.⁶⁶

A pena de morte foi prevista no nosso ordenamento jurídico desde as Ordenações do Reino, por influência do Direito Português e persistiu até o advento do Código Penal do Império, de 1830, sendo abolida definitivamente em 1855.⁶⁷

As Constituições Brasileiras Republicanas previam a proibição de aplicação da pena de morte, excepcionando os casos previstos no Código Penal Militar referente à guerra externa.

Excepcionalmente é admitida em caso de guerra declarada pelo Presidente da República, decorrente de agressão estrangeira. Essa hipótese encontra consonância no fundamento do Estado Democrático Brasileiro, qual seja a defesa da soberania, bem como nos princípios adotados. São eles: da independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não inter-

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64.

⁶⁷ A pena de morte, segundo Luiz Luisi decorreu do injusto enforcamento de Mota Coqueiro, que sempre afirmou ser inocente. Daí em diante, Dom Pedro II, comutava a pena de morte pelas pena de prisão perpétua.

venção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político, conforme art. 4º da Constituição Federal.

Deve-se entender que a influência dos diversos movimentos mundiais em favor da proteção dos direitos humanos tem gerado o repúdio à pena de morte. No Brasil, tem foro constitucional, como já afirmado, a não aplicação da pena de morte, que sequer pode ser introduzida por meio de emenda à CRFB, porque existe a proibição expressa no art. 60, § 4º, inciso IV, quando dispõe acerca da proibição da emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

A proibição da aplicação da pena de morte, como sanção penal, representa a expressão de um sistema jurídico, daí porque é proibida em diversos países da Europa, como Portugal, Espanha, Itália, França, Áustria, Finlândia, Noruega, Suíça, Suécia, bem como no Canadá e na América Latina. Por outro lado, há países que a adotam há muito, em especial, países do oriente.

O último desdobramento do princípio da anterioridade da previsão da pena é a sua humanização, que, no ordenamento jurídico nacional, encontra-se inserto nos incisos XLVIII, XLIX e XLIX, art. 5º, da Constituição Federal, ao assegurar o cumprimento da pena em lugares distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o respeito à integridade física e moral do preso, bem como a permanência das presidiárias com seus filhos no período da amamentação.

Além da previsão constitucional, o princípio da humanização da pena que é expresso pelo respeito ao preso está previsto no art. 38 do Código Penal, além da previsão nos arts. 40 e 88 da Lei de Execuções Penais.

O referenciado princípio está estritamente vinculado à limitação das penas, porque a pena deve ser aplicada proporcionalmente ao dano provocado com a prática do delito. Zaffaroni entende que o princípio da humanidade “é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um

impedimento físico permanente, [...] como também qualquer consequência jurídica indelével do delito”.⁶⁸

Deve-se ressaltar que a humanização da pena não deve ser observada apenas na fase judicial. Ao revés, deve ser observada, com cautela, pelo legislador ao estabelecer as penas a serem cominadas aos crimes. Logo, na elaboração da norma penal, o preceito de caráter genérico e abstrato deve observar o princípio em exame.

A inobservância da humanização da pena pelo legislador acarreta consequências graves, porque a sua aplicação deverá ser realizada pelo Judiciário e cumprida pelo Executivo, sendo, portanto, inexequível uma pena que seja desproporcional ou que despreze ou viole a limitação das penas ou os direitos do preso. Nesse diapasão, pode-se mencionar o exemplo, no direito brasileiro, da Lei nº 8.072/90, que gerou muita polêmica no âmbito das decisões judiciais, em razão do regime de cumprimento das penas, ao instituir os crimes hediondos e incluir entre eles o crime de tortura, que foi disciplinado pela Lei nº 9.455/97. No entanto, previa a Lei de Crimes Hediondos o regime de pena integralmente fechado, e na Lei de Tortura, Lei nº 9.455/97, o regime de pena inicialmente fechado, possibilitando que, para o crime de tortura, houvesse a progressão de regime e, simultaneamente, proibindo a progressão para os demais crimes hediondos.

A questão acima foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que a Lei de Crimes Hediondos era inconstitucional, porque violava a individualização da pena. A decisão foi no sentido de que a norma é constitucional e que a diferenciação existente entre os regimes de cumprimento de pena se dava em razão da especialidade da Lei de Tortura, que, possuindo especializantes, poderia disciplinar diversamente da Lei de Crimes Hediondos.

Em que pese à decisão do STF aquela época ter sido naquele sentido, depois de tantas decisões, o STF considerou dirieto do autor de crime hediondo a progressão e nesse sentido foi promulgada a **Lei nº. 11.464, de 28 de março de 2007**,

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Como princípio, a pena deve ser proporcional, racional e humana, porque deve propiciar o retorno da pessoa ao convívio social.

Logo, entende-se que o regime disciplinar diferenciado relega o princípio da individualização da pena, consagrado no sistema penal brasileiro, desde o primeiro Código Penal da República, caracterizando-se ainda como uma medida reguladora estatal de comportamento de presos considerados perigosos em estabelecimentos penitenciários de caráter administrativo e inconstitucional, portanto.

Fere o princípio da individualização da pena na medida em que o preso cumpre a pena cominada em estabelecimento diverso do constante da lei, mas por via administrativa a ele sujeito, em razão de comportamento incompatível com a disciplina da unidade prisional. Nesse sentido, a posição de Ela Wiecko é esclarecedora:

Mas, na concepção de Estado de Direito Social, não pode haver espaços juridicamente vazios, todos devem ser fundamentados na lei e na Constituição. [...] O condenado, o recluso, possui um 'status' que englobam direitos e deveres, é um sujeito na relação com o Estado. [...] Em todos os países em que vigora essa concepção política, ocorreu um atraso na efetivação desses postulados. O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidos de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. "As restrições de direitos ficam sob a reserva legal, evitando-se uso de conceitos abertos"⁶⁹

Também nesse sentido é o pensar de Luis Flávio Gomes ao asseverar que é possível o estabelecimento do regime disciplinar diferenciado no Brasil, desde que não seja via lei ordinária ou medida provisória, posto que é de competência da

⁶⁹ CASTILHO, Ela Wiecko V. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/conselhos/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDE.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

União legislar sobre matéria penal, excluída expressamente no texto constitucional a possibilidade de se estabelecer tal regime. Afirma:⁷⁰

De acordo com o parágrafo único do artigo 22 da CF/88, somente lei complementar federal poderá autorizar os Estados membros a legislar sobre matéria penal, em relações a questões específicas (matérias previstas na lei complementar que tenham interesse tão somente local). Porém, os Estados não podem legislar sobre matéria fundamental de Direito Penal ou de Execução Penal, criando crimes, vedando benefícios de execução penal ou, por via oblíqua, sob pretexto de disciplina, criar limitações na liberdade do cidadão, ainda mais severas que as normas da União. Ademais, o efeito decorrente do princípio da legalidade impõe que toda e qualquer regra que venha a criar, modificar, extinguir ou reduzir a satisfação do Estado de punir ou executar a pena, deve ser considerada de natureza penal, como por exemplo, as normas de execução penal que tornem mais gravoso o cumprimento da pena ou que impedem ou criam requisitos para progressão de regime ou outro benefício legal. É a conhecida competência suplementar, que pode ou não ser delegada aos Estados, senão, por lei complementar. A Lei 10792/03 é lei ordinária, de forma que a delegação contida no seu artigo 5º, inciso IV padece do vício formal de constitucionalidade.

Por fim, deve-se mencionar que a discussão em torno da competência dos Estados para legislar acerca de direito penitenciário é desnecessária consoante a interpretação sistemática e autêntica do art. 24, inciso I, da Constituição Federal, pois a lei penal é a única fonte de produção do direito penal brasileiro, em respeito ao princípio da reserva legal, motivo pelo qual o preceito primário que abriga o tipo em abstrato da infração penal e o preceito secundário, ao estabelecer a pena em quantidade e qualidade para o crime, de forma proporcional, demonstrando a adequação e a necessidade da pena, não poderia autorizar a mudança de regime de cumprimento de pena em razão de infração administrativa violadora, quando muito de estatuto disciplinar.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *O Regime disciplinar diferenciado é constitucional?* O legislador, o judiciário e a caixa de pandora. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

Logo, é forçoso concluir que normas gerais sobre direito penitenciário poderão ser objeto de iniciativa dos Estados, de forma complementar ou suplementar, segundo tenha ou não a União fixado as regras gerais de matéria penitenciária. Em se tratando da competência complementar, os Estados devem fixar regras, segundo as diretrizes da União, da estrutura adequada ao Estado. Quanto à competência suplementar, os Estados substituem a União, porque esta não elaborou a lei.

4 Conclusão

O Regime Disciplinar Diferenciado tem natureza jurídica de sanção administrativa e não de regime de cumprimento de pena decorrente da estrutura do tipo penal oriundo do princípio da reserva legal.

Consoante o princípio da reserva legal, os requisitos genéricos do crime determinam a limitação do ilícito e do injusto de forma que a pena deve ser cominada de forma proporcional à infração penal, fixando a qualidade e a quantidade de pena, bem como restringindo a discricionariedade do julgador no momento da aplicação da pena.

A pena privativa de liberdade que segrega o homem do convívio social deve ser cominada, aplicada e executada em consonância restrita como princípio da reserva legal e seu corolário da individualização da pena, sob o perigo de arbitrariedades e abusos estatais, caracterizadores de violações de direitos fundamentais.

O recrudescimento de penas ou de regimes de cumprimento de penas é utilizado pelo Estado Brasileiro como uma solução para minorar os índices de violência e de criminalidade, mas a estrutura social e de estratificação não é alterada, de forma que o detento se torna perverso no estabelecimento prisional, em razão do tratamento recebido.

As prisões de segurança máxima no Brasil acompanham o modelo norte americano de prisões *supermax*, em que pese aos Estados Unidos estar comprovado que não houve diminuição da criminalidade e que o montante de rendas e verbas públicas gastos na construção desses não alterou o quadro de criminalidade. Ao contrário, 80% dos Estados Federativos possuem unidades de segurança máxima, sem, no entanto, terem quadros razoáveis de inibição de crimes.

Note-se que o sistema de penitenciárias de segurança máxima ou a *Super Maximum Security* impõe a clausura ou o confinamento, cerceando o convívio com outros presos e com pessoas estranhas ao ambiente prisional, suprimindo direitos por prazos indefinidos e submetendo o homem a tratamento desumano.

Os presídios onde o trabalho é permitido comprovam que o homem pode ser recuperado e que é necessária, emergencialmente, uma uniformidade de regime disciplinar nos presídios, bem como as parcerias para o desenvolvimento de reinserção na sociedade pelo trabalho.

No Brasil, a realidade não é muito distante da norte-americana, no que concerne a reduzir a criminalidade com leis rígidas e penas exageradas. Demonstração desse rigor é a Lei 8.072/1990, que proibia a progressão de regime nos crimes hediondos e que recentemente foi modificada pela Lei nº. 11.464, de 28 de março de 2007, para permitir, após precedentes do Supremo Tribunal Federal.

O princípio da individualização da pena no caso brasileiro foi rompido a partir da inserção no ordenamento pátrio do regime disciplinar diferenciado por intermédio de lei ordinária, sem observância dos artigos. 22 e 24 da Constituição Federal, motivo pelo qual é inconstitucional por vício de iniciativa.

The different disciplinary regime in Brazil and north america rights: violation of the principle of individualization punishment or regulatory state measure of dangerous risoners behavior in penitentiary establishments

Abstract

The analysis of differentiated disciplinary regime in Brazil and the American system, through the study of systems of imprisonment in Brazil: the closed system, the semi-open and open as those provided in the Brazilian Penal Code, while the disciplinary system is differentiated characterized as a disciplinary sanction, established under the Law of Penal Execution. In the American system the system of containment and isolation is contained in the structure of the prison system, along with other regimes less stringent

Keywords: Differentiated disciplinary regime. Brazil. American System.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

BALLONE Gerald J. *Personalidade*. Disponível em: <red-am.com.ar/buscador/files/SALUD033.pdf>. Acesso em: 15 out. 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. *Entrevista originalmente publicada na revista Mais Humana, n. 02, 2001*. Disponível em: <<http://www.uff.br/maishumana/nilobatista.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

BRASIL. Constituição (1998) *Constituição da República Federativa do Brasil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. *Medida Provisória n. 28, de 04 de fevereiro 2002*. Brasília, DOU de 5 fev. 2002. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2002/28.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BOBBIO. Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ. Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

CASTILHO. Ela Wiecko V. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/conselhos/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDE.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

CERNICCHIARO. Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. São Paulo: J. Bushatsky, 1972.

CUNHA. Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras de 1824 a 1988*. Campinas: Bookseller, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS. Kai. *Os princípios gerais de direito penal no estatuto de Roma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DWORKIN. Ronald. *O Império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Fontes, 1999.

FERRAJOLI Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Poaula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT. Michel. *A verdade e as fórmulas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado; Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FOUCAULT. Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Meia ilegalidade*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/centroDados.php?acao=selCentros&id=191>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

GOMES, Luis Flávio. *O Regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora*. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

POLLASTRI LIMA, Marcelus; GLIOCHE, Angélica. (Org.) *Lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Resolução n. 26 de 04 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/common/sap.html>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.