

# Princípio da humanidade das penas e a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado no direito penal brasileiro

*Josiane Petry Faria\**  
*Landiele Chiamente de Oliveira\*\**

## Resumo

Pretende-se analisar a constitucionalidade do instituto do regime disciplinar diferenciado instituído pela lei nº 10.702, de 1º de dezembro de 2003, que prevê isolamento em cela pelo período de até 360 dias, restrição do número de visitas e apenas duas horas de sol diárias em face do princípio da humanidade das penas derivado da Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, incisos III, XLVI, XLVII, que contém, respectivamente, a proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante, a individualização da pena e a proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas.

*Palavras-chave:* Regime disciplinar diferenciado. Princípio da humanidade das penas. Constitucionalidade.

A punição de condutas que viessem em contraposição a determinado conjunto de normas, regras ou costumes estabelecidos em determinada local ou comunidade nasceu com a humanidade, ou seja, o caráter punitivo imputado a alguém que violasse determinada regra estabelecida, tácita ou expressamente, existe desde os mais remotos povos e civilizações. Assim, para que fosse possível a vida em sociedade era necessário estabelecer regras e sanções para quem descumprisse com tais mandamentos. No entanto, o caráter e as espécies de pena passaram por mudanças, na tentativa

\* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, advogada.

\*\* Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, nível VIII.

de acompanhar a evolução da humanidade ao longo dos anos.

Durante o período que antecede o século XVIII, as penas eram as mais variadas possíveis, no entanto havia prevalência das penas de morte e corporais, sobretudo os suplícios. Assim, a privação de liberdade como é conhecida hoje, ou seja, como pena, não existia. Nas palavras de Bitencourt, “até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados”. (2004, p. 4).

Frise-se ainda que nas prisões era utilizado o suplício como parte ou mesmo antecipação da futura pena a ser executada. Relata Foucault que os suplícios “representavam a parte significativa que tinha na penalidade, qualquer pena um pouco séria deveria incluir alguma coisa de suplício”. (2004, p. 31).

Na Idade Média, onde prevaleceu o chamado “direito ordálico”,<sup>1</sup> o cenário não foi diferente, pois as penas mais utilizadas ainda eram as de morte; as corporais e a privação de liberdade existiam apenas como forma de manter o condenado até que se prolatasse sua sentença ou a execução desta. No entanto, foi nesse período que surgiram as chamadas “prisões do Estado”, destinadas somente aos denominados inimigos do poder real

ou senhoril, consistente em detenção temporal, perpétua ou custódia, e a “prisão eclesiástica”, destinada aos clérigos rebeldes e que se caracterizava por sua conotação de penitência e meditação.<sup>2</sup>

Cabe ressaltar, todavia, o caráter excepcional dessas prisões, pois nesse período havia prevalência da privação de liberdade tão-somente para garantir a execução da pena, que geralmente consistia em suplícios e/ou morte. Porém, é necessário mencionar a influência que teve a prisão eclesiástica, e, conseqüentemente, o direito canônico, para o surgimento da pena de privação de liberdade. Nesse sentido é a posição de Bitencourt:

De toda a idade média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso.<sup>3</sup>

Em meados do século XVII, o cenário socioeconômico desestabilizou-se e a pobreza cresceu. Então, a grande massa de mendigos daí surgida passou a cometer constantemente pequenos delitos, tornando inviável a aplicação das penas existentes. Assim, no século XVIII, em razão do contexto da criminalidade, que aumentava substancialmente, e do sistema penal extremamente duro e cruel, que se ins-

pirava em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital,<sup>4</sup> surgiram pensadores como Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham, que, em contraposição a tal sistema, defendiam a racionalidade e a humanidade que deveriam existir num sistema penal.

Assim, em meados do século XVIII iniciou-se um movimento para a criação e construção de prisões que seriam destinadas à correção dos apenados, tendo como finalidade a reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.<sup>5</sup> Todavia, cabe ressaltar que tais estabelecimentos surgiram como instrumento para conter o avanço da pequena delinquência, pois para os demais delitos ainda se aplicavam as penas anteriormente estabelecidas, que geralmente consistiam em suplícios ou penas capitais. Foi nesse contexto que começou a surgir a privação de liberdade como pena, ou seja, para aplacar a pequena criminalidade.

A privação de liberdade como pena passou a existir concretamente a partir do século XVIII, com o surgimento dos primeiros sistemas penitenciários, quais sejam, pensilvânico, auburniano e progressivo. O sistema pensilvânico ou celular tinha como principais características o isolamento celular absoluto, a obrigação estri-

ta ao silêncio, a meditação e a oração. No sistema auburniano era elemento essencial também o isolamento, contudo os detentos se reuniam durante algumas horas por dia, embora não pudessem conversar entre si, somente com os guardas. Por fim, o sistema progressivo distribuía o tempo da condenação em períodos, de modo que, conforme a boa conduta do preso, seus privilégios aumentariam em cada uma dessas etapas.<sup>6</sup>

No transcurso do século XIX instalou-se concretamente a privação de liberdade como pena, que é hoje a espécie de punição predominante nos sistemas penais mundiais, juntamente com as denominadas “penas alternativas”.<sup>7</sup> As penas existentes anteriormente que mais se destacavam, isto é, os suplícios e as penas capitais, foram praticamente abolidas dos sistemas penais atuais, por serem consideradas atualmente reprováveis pela política criminal mundial adotada, que prima pela humanidade do sistema punitivo. Contudo, a pena de morte ainda prevalece em alguns países, como, por exemplo, em alguns estados dos Estados Unidos da América.

O direito penitenciário ou direito de execução penal é o diploma regulador do cárcere atualmente no Brasil, cujas regras estão estabelecidas na lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a denominada Lei de Execução

Penal (LEP). Nas palavras de Mirabete, direito penitenciário “é o conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade, abrangendo, por conseguinte o regulamento penitenciário”.<sup>8</sup> Logo, o direito de execução penal estabelece direitos e deveres dos presos, sejam eles condenados ou provisórios, sanções no caso de descumprimento dos deveres, isto é, regula como se dará a vida carcerária.

A primeira finalidade do direito penitenciário está contida no artigo 1º da Lei de Execução Penal,<sup>9</sup> qual seja, tornar efetiva a sentença penal condenatória proferida pelo Poder Judiciário. No entanto, tal fim não é restrito à aplicação de uma pena privativa de liberdade, mas envolve também medidas que assegurem a idoneidade do preso e que conservem seus direitos que não foram atingidos pela sentença penal condenatória, ou seja, “não se trata apenas de um direito voltado para a execução das penas e das medidas de segurança privativas de liberdade, como também as medidas assistenciais, curativas e de habilitação do condenado”.<sup>10</sup>

A segunda finalidade desta lei é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, ou seja, deverão se criar não apenas condições harmôni-

cas durante o período de duração da pena privativa de liberdade, mas também condições para que o apenado ou interno, ao final do cumprimento da pena, possa voltar ao convívio social e reintegrar-se novamente a sua comunidade, não voltando a delinquir.

Entretanto, o sistema prisional brasileiro atual não condiz com a finalidade estabelecida pela LEP, pois os direitos constitucionais, mesmo os não atingidos pela sentença penal condenatória, são constantemente desrespeitados. Há ainda outros fatores que não contribuem para a ressocialização do preso, como a superpoluição carcerária. Nesse sentido, Félix e Raya assinalam que “o cárcere parece estar produzindo os nefastos efeitos da desaculturação, despersonalização, aculturação prisional e prisionização, tudo a resultar numa dessocialização do preso”.<sup>11</sup> Logo, no presente estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro a ressocialização torna-se utópica.

O sistema prisional brasileiro atualmente atravessa grande crise. Os principais problemas enfrentados são a superpopulação, rebeliões, o consumo de drogas e ainda o crime organizado, que é comandado do interior das penitenciárias pelos líderes de facções criminosas. Todavia, apesar de tamanha crise, a pena de prisão, lamentavelmente, se faz necessária:

“conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. Entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.<sup>12</sup>

A Lei de Execução Penal ainda estabelece as regras do convívio entre os presos, regula seus deveres e direitos e estabelece sanções a quem infrinja regra estabelecida, denominadas “disciplinares”, que estão reguladas na seção III – Da disciplina, subseção II – “Das faltas disciplinares”. Além de sanções disciplinares, como advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela ou lugar adequado, entre outras, recentemente, foi modificado o artigo 52 da Lei de Execução Penal para a inclusão do denominado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), fruto da lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

O RDD está contido no artigo 52 da LEP e, nas palavras de Prado, será aplicado para presos provisórios e condenados nas seguintes hipóteses: a) quando a prática de fato previsto como crime doloso ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas; b) para presos nacionais ou estrangeiros que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) para o acusado em que recaiam fundadas suspeitas de

envolvimento ou participação a qualquer título em organizações criminosas, quadrilhas ou bando.<sup>13</sup>

O RDD foi inicialmente regulado, em nível estadual, em São Paulo, pela resolução da Secretaria de Administração Penitenciária nº 26, de 4 de maio de 2001; posteriormente, tentou-se sua regulação por meio da medida provisória nº 28, de 4 de fevereiro de 2002, a qual foi rejeitada pelo Congresso Nacional. Assim, foi só em 1º de dezembro de 2003 que obteve sucesso a instauração do regime, pela lei nº 10.792.<sup>14</sup>

Tal regime tem como principais características recolhimento em cela individual com duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena; visitas restritas ao número de duas pessoas por semana, sendo indeterminado o número de crianças, e, ainda, o preso terá direito a duas horas de sol diariamente. Cabe ressaltar que o regime terá aplicação tanto a presos condenados como a provisórios, nacionais ou estrangeiros, desde que se enquadrem nas hipóteses descritas no artigo 52 da LEP.

Há uma discussão na doutrina para averiguar se o RDD se constitui em sanção disciplinar ou seria um quarto regime de cumprimento de pena em acréscimo aos já existentes

regimes aberto, semi-aberto e fechado. Para Mirabete:

O regime disciplinar diferenciado não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por um maior grau de isolamento de preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar.<sup>15</sup>

No entanto, para Arruda, “[...] o RDD não consiste apenas em uma sanção de natureza disciplinar, mas em uma forma realmente diferenciada, de cumprimento de pena para presos que são líderes e integrantes de facções criminosas [...]”.<sup>16</sup> Logo, apesar de o RDD ser disciplinado na parte referente às sanções disciplinares, não se constitui em tal, mas, sim, num quarto regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista que o preso poderá ficar até o limite de um sexto da pena em RDD. No mesmo sentido é o parecer elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) sobre o RDD, o qual informa:

O RDD nada tem a ver com o escopo das sanções disciplinares, de caráter pontual e limitado a uma conduta específica. Revela-se uma tentativa de criar um regime de cumprimento de pena mais severo que o permitido pela legislação, de caráter cruel e desumano, violador da Constituição Federal e do sistema internacional de direitos humanos.<sup>17</sup>

A decisão que estabelece a inclusão do preso, seja provisório, seja condenado, em RDD não será tomada de forma arbitrária pelo órgão administrativo da penitenciária, mas dependerá de despacho fundamentado do juiz. Tal despacho dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo órgão de administração da penitenciária, no entanto é fundamental a manifestação do Ministério Público e da defesa no prazo de quinze dias.<sup>18</sup> Cabe ainda ressaltar o estabelecido no artigo 60 da LEP, ou seja, a administração do presídio poderá inserir o preso em RDD por até dez dias, não sendo necessária autorização judicial.

O principal fundamento para a criação do instituto do RDD foi a proporção com que cresce o crime organizado. As facções criminosas atualmente se constituem em grandes organizações que comandam o tráfico de drogas e de armas, tendo como seus líderes presos e condenados que continuam a comandá-las. Nesse sentido é o parecer do CNPCC: “O *modus operandi* de tais grupos se funda na facilidade de comunicação com o mundo exterior, seja para comandar operações criminosas de dentro do presídio, seja para criar uma rede de poder paralela dentro do próprio sistema carcerário.”<sup>19</sup>

Apesar do fundamento relevante, desde o seu surgimento em 1º de

dezembro de 2003, o RDD vem recebendo severas críticas, que apontam diversas incongruências com o sistema penal, além de outros defeitos materiais. Contudo, a maioria delas se fundamenta no sentido de que tal instituto infringe o princípio da humanidade das penas, positivado no artigo 5º, incisos III, XLVI e XLVII, da Carta brasileira, os quais informam, respectivamente, a proibição da tortura, tratamento desumano ou degradante, a individualização da pena e, ainda, a vedação de penas de morte, cruéis ou perpétuas.

O princípio da humanidade das penas deve sua consagração no atual sistema jurídico às ideias derivadas do iluminismo, que tinham como principais fundamentos a defesa da existência de direitos inerentes à condição humana e, ainda, o dever de garantia de respeito aos direitos humanos. Logo, a criação do Estado embasado nos preceitos iluministas possibilitou a positivação dos direitos humanos nas constituições.<sup>20</sup> Este princípio atualmente é parte integrante da maioria das constituições dos países e é a base de diversos tratados internacionais que visam à aplicação dos direitos humanos aos sistemas prisionais mundiais.

Assim, o princípio da humanidade das penas deriva do contexto anteriormente existente, qual seja, a apli-

cação maciça das penas capitais e dos suplícios, e surgiu como forma de trazer racionalidade e proporcionalidade às penas aplicadas. Conforme Batista, “o Princípio da Humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam, esta vinculado ao mesmo processo histórico de que se originam os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da lesividade”.<sup>21</sup>

Pode-se estabelecer tal princípio como basilar de todo sistema punitivo. Assim, para se estabelecer uma pena não se poderá esquecer dos aspectos de racionalidade e proporcionalidade, ou seja, além de racional, a pena deverá ser proporcional ao dano causado ao bem jurídico penalmente protegido. Ainda, como fundamento principal de tal princípio, não se poderá na aplicação da pena ou sanção ignorar a condição de pessoa humana do indivíduo privado temporariamente de sua liberdade.

Nas palavras de Zaffaroni, “o princípio da humanidade das penas é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente [...] como também qualquer consequência indelével do delito”.<sup>22</sup> Consequentemente, haverá ofensa ao princípio não somente quando a pena acarretar agressões físicas ao indivíduo condenado, mas também

quando propiciar agressões morais. Logo, somente serão atingidos pela sentença penal condenatória os direitos inerentes a ela, sendo passível de inconstitucionalidade qualquer restrição que não derive da sentença.

O princípio da humanidade das penas positivado na Constituição Federal é direito fundamental, ou seja, foi elevado a um maior grau de proteção e eficácia jurídica. Segundo Bonavides: “Os direitos fundamentais são aqueles direitos que recebem da Constituição um grau mais elevado de garantia e de segurança, ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante emenda à Constituição Federal.”<sup>23</sup>

Referido princípio, por estar positivado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é considerado cláusula pétrea, ou seja, não poderá ser modificada ou alterada por qualquer espécie de legislação, só se permitindo a ingerência em seu conteúdo na hipótese do Poder Constituinte Originário<sup>24</sup> se reunir e criar nova constituição. Contudo, cabe ressaltar o comentário de Luisi a respeito desse princípio: “É preciso, no entanto, não esquecer que através da pena a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento do delito. E, como decorrência não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da

humanidade não pode obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal.”<sup>25</sup>

Assim, deve-se levar em conta sempre a proporcionalidade, para que, sem despir o acusado de sua condição de pessoa, de cidadão, possa ser aplicada sanção condizente com a lesão praticada ao bem jurídico protegido.

Por se constituir o Brasil em Estado democrático de direito, os direitos e garantias fundamentais positivados na Carta constitucional devem ser respeitados para que se garanta a efetiva proteção às prerrogativas e garantias individuais e, conseqüentemente, limitem o arbítrio punitivo estatal. Assim, mesmo as pequenas ingerências nesses princípios garantidores devem ser eliminadas. Esses direitos e garantias individuais limitam o *jus perseguendi* e o *jus puniendi*, regulando as ações das instituições penais e impedindo, assim, que alguém seja preso pela vontade arbitrária estatal.<sup>26</sup>

Sendo o RDD imposto a quem viole a disciplina carcerária e estando legalizado e disciplinado na LEP, está sob a égide de proteção dos direitos e garantias fundamentais instituídos na Constituição; conseqüentemente, os princípios postulados na Carta política se aplicam também à execução da pena e às questões anexas a ela, tais como as sanções disciplinares, por exemplo.



Conforme parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, o RDD padece de grave defeito quanto às hipóteses de sua aplicação, pois somente na primeira – prática de fato prevista como crime doloso que ocasiona subversão da ordem ou disciplinas internas – há uma ação concreta passível de punição; nas demais hipóteses – presos nacionais ou estrangeiros que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e para o acusado em que recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bando – haveria apenas uma suspeita, o que é inadmissível no direito penal perante o princípio da legalidade estrita positivado na Constituição no artigo 5º, *caput* e inciso XXXIX.<sup>27</sup>

Assim, as duas últimas hipóteses de aplicação do RDD seriam imprecisas, pois poderia tal sanção ser aplicada tendo como base mera suspeita de participação em facções criminosas, ou ainda a quem apresente alto risco a ordem do estabelecimento penal, sem, no entanto, definir o que seria alto risco. Logo, em tais hipóteses não se presencia uma conduta tipificada, mas uma mera possibilidade, infringindo, assim, o princípio da legalidade, que prevê que para a punição de alguém

é necessário estar tal ação concretamente especificada e prevista em lei.

Conforme já referido, o princípio da humanidade das penas, direito fundamental e cláusula pétrea, está estabelecido na Constituição Federal, artigo 5º, incisos III, XLVI e XLVII. Segundo este princípio ficam proibidos no sistema penal brasileiro a tortura, tratamento desumano ou degradante; também é vedada a aplicação de penas de morte, cruéis ou perpétuas. Ainda, estabelece-se que a pena deverá ser individualizada em relação a cada indivíduo que em algum momento, pela prática de fato típico, seja privado de sua liberdade de locomoção.

Segundo Silva, tortura seria determinado conjunto de procedimentos aptos a causar coerção física ou mental imputados a alguém com o intuito de obter a verdade acerca de certo fato, e tratamento desumano ou degradante seria qualquer forma que importe enxovalhar a dignidade da pessoa, imputando-lhe sofrimentos físicos ou morais. Já a individualização da pena significa que deve ser analisado tanto o crime em abstrato, concreto, como a pessoa do delinquente. As penas de morte geralmente são utilizadas quando o crime é de extrema violência; as penas perpétuas são aquelas que perduram toda a vida do delinquente e, finalmente, as penas cruéis seriam aquelas em que existe

tratamento desumano, degradante ou tortura.<sup>28</sup>

Assim, o RDD infringiria o princípio da humanidade das penas, sobretudo no escopo referente à proibição de tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III, CF), pois seria a punição demasiadamente longa e sem a garantia de assistência médica ou assistencial. Nesse sentido é a opinião de Ferreira e Raya ao afirmarem que “a submissão do preso durante o lapso temporal de 360 dias numa cela de isolamento, na maioria das vezes sem acompanhamento jurídico, psicológico, assistencial, social e familiar, resulta em violência manifesta do *jus puniendi*”.<sup>29</sup> Logo, a aplicação de tal regime consistiria na desconsideração do condenado como pessoa imputando-lhe sanção demasiadamente grave, que lhe afeta direitos não implicados na sentença penal condenatória.

O RDD está em contraposição ao princípio da humanidade, sobretudo em relação à proibição de tratamento desumano ou degradante, pois o isolamento em cela por período de até 360 dias, podendo ser novamente aplicado, com restrição de visitas, horas de sol e ainda sem a garantia de assistência médico-psicológica, poderia, segundo a atual sistemática constitucional, que prima pela humanidade, ser considerado não só degradante e desumano, mas também cruel, tendo

em vista a estrita relação que existe entre tratamento desumano e degradante e tratamento cruel. Ainda, a falta de um acompanhamento assistencial e psicológico poderia implicar graves prejuízos a sua constituição físico-psíquica.

Nesse sentido também fundamenta o parecer elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, segundo o qual a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e a excessiva duração do RDD violam a proibição estabelecida no ordenamento jurídico de penas desumanas, degradantes ou cruéis.<sup>30</sup> Assim, além da falta de garantia de acompanhamento médico, assistencial e psicológico, contribui para a inconstitucionalidade do RDD a sua excessiva duração, que é desproporcional à conduta, pois o preso pode ficar até um ano em tal regime por ser suspeito de participação em facções criminosas.

Em comentário ao RDD, Moreira, que declara expressamente sua posição contrária ao RDD, alerta: “Como tantas outras leis no Brasil, essa também foi ditada no afã de satisfazer a opinião pública e como uma resposta a violência urbana [...] mais uma vez, utiliza-se de um meio absolutamente ineficaz para combater a criminalidade.”<sup>31</sup> Assim, o RDD, além de inconstitucional, tendo em vista que está em contraposição aos princí-

pios da Constituição, principalmente em relação ao princípio da humanidade, seria totalmente ineficaz, pois, apesar de tão grande gravidade, não inibiria a criminalidade, nem mesmo as facções criminosas.

Entretanto, apesar das críticas dirigidas ao RDD, há quem concorde com tal regime, sob o fundamento de que seria apenas uma sanção disciplinar destinada a quem infringisse uma de suas hipóteses de aplicação como tantas outras existentes no sistema de execução penal brasileiro. Nesse sentido é a opinião de Mirabete ao pronunciar que a inclusão no RDD

constitui medida preventiva, de natureza cautelar, que tem por fim garantir as condições necessárias para que a pena privativa de liberdade ou a prisão provisória seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal, no sentido de que sua permanência no regime comum possa ensejar a ocorrência de motins, rebeliões, lutas entre facções, subversão coletiva da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento em que se encontre ou no sistema prisional, ou, então, que, mesmo preso, possa liderar ou concorrer para a prática de infrações no mundo exterior, por integrar quadrilha, bando ou organização criminosa.<sup>32</sup>

Observa-se que, segundo essa posição, ter-se-ia a constitucionalidade do RDD perante o princípio da humanidade das penas, com a possibilidade de aplicação de tal regime estabelecido no artigo 52 da LEP, sob o fundamento de que tal sanção contribuiria para diminuir o poder das facções crimino-

sas nos presídios e o poder do crime organizado fora dos presídios, tendo em vista que os líderes de tais organizações, mesmo presos, continuam a liderá-las.

Entretanto, o fundamento da constitucionalidade não se verifica na realidade fática, ocorrendo situação diametralmente oposta, isto é, a progressão ainda maior da violência e do crime organizado.

Prosseguindo, o RDD também fere o princípio da humanidade das penas no tocante à individualização da pena, que é uma garantia constitucional que não pode ser ignorada, por se tratar de cláusula pétrea, e compreende a individualização legislativa, judiciária e executória. A individualização legislativa é aquela estabelecida pelo legislador ao determinar o mínimo e máximo da pena que será aplicado para a conduta tipificada em lei. A individualização judiciária é a feita pelo juiz, que levará em conta os aspectos objetivos e subjetivos do crime, ou seja, considerará tanto o crime em si como a personalidade do réu. A individualização executória é a que ocorre após a sentença promulgada pelo juiz, ou seja, será a concretização daquela.<sup>33</sup>

No entanto, cabe ressaltar que a individualização da pena não se esgota na execução da sentença prolatada pelo juiz, pois existem regras próprias nos estabelecimentos penais que de-

verão ser obedecidas. Dessa forma se posiciona Silva quando refere que a individualização da pena não termina nos postulados decretados pelo juiz, mas “deve prosseguir na fase executória, mediante tratamento penitenciário ou pena alternativa que leve em conta também os mesmo critérios que levaram o juiz a dar dimensão individualizada a cada criminoso”.<sup>34</sup> Os critérios a que se refere Silva estão contidos no artigo 59 do Código Penal.

Assim, o RDD também está em incompatibilidade com o princípio da humanidade das penas no aspecto referente à individualização da pena, pois, considerando o RDD como um novo regime de cumprimento da pena, o qual poderá ser estipulado como o regime inicial de cumprimento desta, estar-se-ia vedando a progressão de regime,<sup>35</sup> que constitui parte integrante do conceito referente à individualização da pena, pois o preso estaria submetido a regime essencialmente fechado. “Assim, não restando dúvida de que a possibilidade de progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, afigura-se também inconstitucional o RDD, desde que constitui elemento impeditivo daquela garantia.”<sup>36</sup> (MOREIRA, 2004, p. 107).

Analisando e interpretando sistematicamente os argumentos expostos, conclui-se pela inconstitucionalidade do RDD, devendo ser suprimido do di-

reito de execução penal brasileiro por ferir o princípio da humanidade das penas, direito fundamental e cláusula pétrea no sistema constitucional vigente.

## Abstract

### The principle of humanity of penalties and the unconstitutionality of the differentiated disciplinary regime in Brazilian criminal law

This article analyses the constitutionality of differentiated disciplinary rule institute established by law nº 10.702 from December, the 1<sup>st</sup> of 2003, which foresees isolation in cell by the period up to 360 days, visits number restriction and only two daily hours of sunbath according to the Principle of Penalty's Humanity derivative of Brazilian Federal Constitution from 1988, in its article 5<sup>o</sup>, INCISOS III, XLVI, XLVII, which contains respectively the torture and cruel or degrading treatment prohibition, the penalty individualization, and death, cruel or everlasting penalties prohibition.

*Key words:* Differentiated disciplinary rule. Principle of penalty's humanity. Constitutionality.

# Notas

- <sup>1</sup> Submete-se uma das partes a uma prova chamada ordálio ou juízo de Deus, na qual de acordo com o qual o juiz julgaria. Tais provas eram essencialmente físicas, como por exemplo a prova de ferro em brasa, que o acusado deveria segurar sem se queimar para provar sua inocência. (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 715).
- <sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9-10.
- <sup>3</sup> Idem, p. 12.
- <sup>4</sup> Idem, p. 31.
- <sup>5</sup> BITENCOURT, *Falência da pena de prisão...*, 2004, p. 16.
- <sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92-98.
- <sup>7</sup> BITENCOURT, *Falência da pena de prisão...*, 2004, p. 58.
- <sup>8</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 21.
- <sup>9</sup> Art. 1º “A 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.”
- <sup>10</sup> Idem, p. 23.
- <sup>11</sup> FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 49, jul./ago. 2004. p. 260.
- <sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramalhet. 28. ed. São Paulo: Vozes, 2004. p. 196.
- <sup>13</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 287-288.
- <sup>14</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 149.
- <sup>15</sup> Idem, p. 149.
- <sup>16</sup> ARRUDA, Rejane Alves de. Regime disciplinar diferenciado: três hipóteses e uma sanção. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Síntese, n. 33, ago./set. 2005. p. 37.
- <sup>17</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado – RDD. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 325, nov. 2004. p. 125.
- <sup>18</sup> Idem, p. 106.
- <sup>19</sup> Idem, p. 120.
- <sup>20</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 46-47.
- <sup>21</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 98-99.
- <sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 172.
- <sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo, apud CARVALHO, Salo. *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 596-597.
- <sup>24</sup> Conforme Moraes, “o poder constituinte originário estabelece a constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade”. (2003, p. 55).
- <sup>25</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 50.
- <sup>26</sup> FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 49, 2004. p. 254.
- <sup>27</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado – RDD. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 325, nov. 2004. p. 121-123.
- <sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87-88; 145-150.
- <sup>29</sup> FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 49, 2004. p. 262.
- <sup>30</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado – RDD. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 325, nov. 2004. p. 127.
- <sup>31</sup> Idem, p. 104.

- <sup>32</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal*. 11. ed. 2004. p. 151.
- <sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 144-146.
- <sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 146.
- <sup>35</sup> Os regimes de cumprimento da pena direcionam-se para maior ou menor intensidade de restrição da liberdade do condenado, sempre produto de uma sentença penal condenatória. No caso da progressão de regime, evolui-se de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso. BITENCOURT, 2003, p. 430-431.
- <sup>36</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado – RDD. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 325, nov. 2004. p. 107.

## Referências

ARRUDA, Rejane Alves de. Regime disciplinar diferenciado: três hipóteses e uma sanção. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Síntese, n. 33, p. 35-38, ago./set. 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. *Código Penal*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal Brasileira*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Salo. *Crítica a execução penal*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 49, p. 251-290, jul./ago. 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramalhte. 28. ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado – RDD. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 325, p. 104-128, nov. 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.