

A INSTITUIÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FRENTE AO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

THE INSTITUTION OF THE DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME ACCORDING TO THE CRIMINAL GARANTISM OF LUIGI FERRAJOLI

Amanda Cristina de Aquino Costa¹

Manoel Júnior Ferreira Veloso²

Resumo

O presente trabalho se presta a analisar o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), estabelecido na Lei de Execuções Penais do direito brasileiro através da Lei nº 7.902/2003, aos olhos do Garantismo Penal, doutrina defendida pelo autor italiano Luigi Ferrajoli. A análise perpassa conceitos fundamentais, a doutrina supracitada e a realidade brasileira de fato.

Palavras-chave: Direito; Direito Penal; Garantias Fundamentais.

Abstract

The present study lends itself to analyze the Differentiated Disciplinary Regime (DDR), established in the Law of Penal Execution of brazilian justice by Law No. 7.902/2003, according to the Garantism Criminal doctrine espoused by the italian author Luigi Ferrajoli. The analysis goes through fundamental concepts, doctrine and the brazilian reality.

Key-words: Criminal Law; Fundamental Guarantees; Right.

Introdução

O Estado de Bem-Estar Social, fundado no garantismo, nos direitos fundamentais e em uma ordem constitucional firme e sólida vem esbarrando na inaplicabilidade e ineficácia real daquilo que preceitua com tanto afincio. A cidadania ficou mitigada: ao mesmo passo que no plano abstrato são dados muitos direitos, no plano fático toda a estrutura está muito aquém daquilo que

¹ Graduanda em direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. E-mail: xxamanda.costaxx@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. E-mail: manoeffveloso@gmail.com

as letras preceituam. Em busca da racionalização do Direito Penal e de efetivar garantias mínimas a essas pessoas, Luigi Ferrajoli forjou o Garantismo Penal, uma doutrina direcionada ao mundo criminal que consequentemente se irradia por todo o ordenamento jurídico. Apregando a mínima violência e a máxima liberdade, Ferrajoli buscou materializar o plano abstrato do Direito.

Adentrando a seara supracitada, neste estudo será realizada uma investigação acerca da legitimidade do instituído Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) frente aos axiomas sustentadores do Garantismo Penal.

Regime Disciplinar Diferenciado *versus* Garantismo Penal

A Lei nº 7.902 de 2003 alterou dispositivos da Lei de Execução Penal (LEP) e do Código de Processo Penal para, entre outras coisas, instituir o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). O RDD consiste num regime carcerário com maior isolamento a ser aplicado como sanção ou medida cautelar ao preso provisório, ou condenado, mediante a prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna da instituição prisional.

No entanto, é preciso frisar que a criação do supracitado regime ocorreu a despeito da opinião contrária do Conselho Nacional de Política Criminal. Ademais, após editada, a nova resolução do artigo 52 da LEP sofreu inúmeras críticas de doutrinadores, como Cezar Roberto Bitencourt, que define o regime como “uma sanção cruel, degradante e violadora do *princípio da humanidade da pena*” (BITENCOURT, 2013, p. 648).

Luigi Ferrajoli aponta, como princípios fundadores do modelo Garantista, “a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência” (FERRAJOLI, 2010, p. 37). Sendo que cada um desses axiomas são fruto de tradições jurídicas diferentes e, se analisados isoladamente, podem até servir para legitimar “tecnologias penais autoritárias e antigarantistas” (FERRAJOLI, 2010, p. 37). Todavia, atuando em conjunto, esses postulados dão conformação ao modelo garantista próprio dos Estados de Direitos, que buscam, no âmbito epistemológico, o poder mínimo; no plano político, uma técnica de tutela que visa “minimizar a violência e maximizar a liberdade” (FERRAJOLI, 2010, p. 786); e, na seara jurídica, um sistema limitador do *jus puniendi* estatal que garanta os direitos dos cidadãos.

Numa análise pormenorizada dos mecanismos do RDD podemos encontrar flagrantes desrespeitos aos princípios fundamentais não só de um Direito Penal garantista, mas, inclusive, da ordem constitucional vigente.

O princípio da legalidade da lei se divide em dois outros princípios: o da mera legalidade e o da legalidade estrita. Segundo Ferrajoli, o primeiro se dirige aos juízes que devem se sujeitar às leis vigentes; e o segundo, ao legislador que deve atentar à validade da lei penal que promulga, em outras palavras, a lei: “(...) se bem exigida em qualquer caso para a configuração do delito em virtude do primeiro princípio, exige, por sua vez, em virtude do segundo, uma técnica legislativa específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos dos delitos. Diremos, portanto, para expressar conjuntamente os dois princípios: *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*” (FERRAJOLI, 2010, p. 350). Nesse sentido, para não ferir o modelo garantista, a lei penal deve ser anterior ao delito e a definição do tipo penal deve ser estrita, clara e de fácil entendimento, de forma a evitar arbitrariedades do poder punitivo estatal.

O *caput* do artigo 52 da LEP, que versa que o preso provisório ou o condenado que praticar fato previsto como crime doloso “que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas” (LEP, art. 52, *caput*) é passível de sujeição ao regime disciplinar diferenciado, é um dispositivo que faz uso de termos vagos e imprecisos que falham na determinação do tipo penal. Num ordenamento jurídico que se diz pautado na legalidade e em outros princípios garantidores “é intolerável que o legislador ordinário possa regular de forma tão vaga e imprecisa o teor das faltas disciplinares que afetam o regime de cumprimento da pena, submetendo o ao regime disciplinar diferenciado” (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2013, p. 53). Destarte, esta falha legislativa aumenta o poder discricionário do juiz de execuções criminais e instaura certa insegurança jurídica a despeito de outros dispositivos garantistas da LEP e de direitos fundamentais presentes na Carta Magna de 1988.

O princípio da exterioridade da ação é expresso pelo axioma “*nulla iniuria sine actione*” (FERRAJOLI, 2010, p. 440), segundo o qual “(...) os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimos interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas” (FERRAJOLI, 2010, p. 440). Essas ações devem ser empiricamente observáveis, ou seja, passíveis de serem descritas como tais pela lei penal e averiguadas em juízo. Desta feita, é válido ressaltar a importância do princípio da exterioridade frente às “doutrinas positivistas do delinquente natural e da defesa social, que

valorizam a figura subjetiva da periculosidade” (FERRAJOLI, 2010, p. 446), ou seja, consideram o autor em detrimento do fato como núcleo da culpabilidade, concebendo os delitos como patologia antissocial e sugerindo a adoção de medidas cautelares e ou de prevenção como medida técnica de defesa social. Tais teorias são ultrapassadas e *antigarantistas*, pois, a adoção de um núcleo da culpabilidade subjetiva “marca uma desvalorização da pessoa humana, degradada à categoria de espécie animal” (FERRAJOLI, 2010, p. 446).

Ao estipular que o RDD poderá abrigar presos que representem “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (LEP, art. 52, § 1º), o § 1º do artigo 52 demonstra que o “que importa realmente para a *censura* é a personalidade do agente, ou seu caráter, ou sua conduta social, em última análise, o que ele é e não o *que faz ou como faz*” (BITENCOURT 2013, p. 646). Isso evidencia uma transgressão flagrante ao princípio da exterioridade da ação, além de reiterar a imprecisão diante da definição do tipo penal.

No que concerne ao § 2º do artigo 52 da mesma lei, que dispõe que também estará sujeito ao RDD “preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”, podem ser averiguados descumprimentos aos princípios fundadores do Garantismo Penal. São eles: o princípio da culpabilidade, o princípio da verificação ou ônus da prova e o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois, “além de adotar *um direito penal de autor*, ao invés do direito penal do fato, transforma o primado da certeza em meras presunções e suspeitas” (BITENCOURT, 2013, p. 650).

Por fim, é preciso atentar para o caráter desumano das características de aplicação do RDD, expressas nos incisos do artigo 52. Se sujeito ao regime disciplinar diferenciado, um preso poderá ficar isolado em cela individual por até 360 dias, sem o prejuízo da repetição da sanção mediante nova falta grave, com direito a visitas semanais de duas pessoas (sem contar crianças) por duas horas e banho de sol. Além disso, a diferenciação representada pela criação de um regime especial de aplicação da pena e a extremada discricionariedade administrativa no que concerne a qualidade e ao tempo de manutenção do preso no regime disciplinar diferenciado “contradizem, efetivamente, não só os princípios de retributividade, legalidade e jurisdicionalidade, senão também os de necessidade e humanidade das penas, resolvendo-se em tratamentos desiguais não justificados pela diversidade do delito e, por conseguinte, lesivos para a liberdade interior e a

dignidade pessoal do réu, pela sua pretensão de transformar a pessoa” (FERRAJOLI, 2010, p. 365).

Conclusão

O direito é uma prerrogativa da cidadania. O preso, enquanto cidadão, é sujeito de direitos. E esses direitos devem ser respeitados, independente de qualquer fator. Em busca da efetividade desse entendimento, Luigi Ferrajoli doutrinou o Garantismo Penal, uma concepção única onde dez axiomas interpõem garantias fundamentais ao cidadão na seara do Direito Penal. Apregoando a máxima liberdade e a racionalização do *jus puniendi*, o renomado autor italiano transformou os estudos criminais. O garantismo dito por Ferrajoli, no entanto, não pode ser confundido com abolicionismo. Em verdade, ele se trata de uma diferenciação doutrinária, buscando o equilíbrio entre o *jus puniendi* e a liberdade do ser humano cidadão e sujeito de direitos. No tocante do Regime Disciplinar Diferencial frente a doutrina do penalista italiano, é perceptível a superveniência de caracteres muito subjetivos no Direito Penal brasileiro. A legislação e a sua eficácia no plano fático coíbem a autoria dos crimes, e não o crime em si. É um retrocesso. Uma política criminal humanizada, condizente com as garantias constitucionais e com os direitos humanos e a adoção de um modelo de Direito Penal aos moldes do Garantismo proposto por Luigi Ferrajoli serão capazes de estruturar procedimentos disciplinares que realmente alcancem os objetivos maiores da seara Penal: a ressocialização do preso e a manutenção do *status quo*.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1.19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O garantismo penal de Ferrajoli**. Disponível em:<<http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/garantismo-penal-ferrajoli>>. Acesso em 08 agosto 2013.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução A. P. Z. Sica. F. H. Choukr. J. Tavares. L. F. Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.