

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

GILBERTO GIACOIA

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

RICARDO ALVES BENTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-322-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: “Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, cumpre seu mister o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho (“Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”) visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impeachment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

**ANÁLISE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO EM FACE DO
GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI**

**ANALYSIS OF THE DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME IN THE FACE
OF CRIMINAL GUARANTEE OF LUIGI FERRAJOLI**

Semiramys Fernandes Tomé ¹
Andréa De Boni Nottingham ²

Resumo

Este artigo tem como escopo as discussões sobre a legitimidade de adoção do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no âmbito do Estado Democrático de Direito, levando em consideração os direitos e as garantias fundamentais relacionadas à aplicação da sanção penal. Dessa forma, tem-se como objetivo avaliar se a adoção do RDD está de acordo com esses direitos e garantias que fundamentam o Estado brasileiro. Para tanto, utiliza-se de pesquisa qualitativa, baseada em fontes bibliográficas e documentais, do tipo pura, tendo como premissa a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, tudo com intuito de melhor elucidar o fenômeno observado.

Palavras-chave: Regime disciplinar diferenciado, Estado democrático de direito, Teoria do garantismo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The main focus of this paper is the discuss about legal legitimacy of differentiated disciplinary regime in the democratic rule of law, considering the fundamental rights related to a criminal penalty. The objective of this article is to assess if the adoption of the differentiated disciplinary regime is according with these fundamental rights of the Brazilian state. As for the approach, the research is qualitative, based on bibliographic and documentary source, under the premise of Theory of Criminal Guaranteeism by Luigi Ferrajoli, all in order to better elucidate the observed phenomenon.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Differentiated disciplinary regime, Democratic rule of law, Theory of criminal guaranteeism

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor, Docente do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá - Unicatólica, Bolsista Funcap.

² Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor.

Introdução

A manifestação sancionatória encontra expressão social desde os primórdios da humanidade, trazendo a imposição da pena como mecanismo hábil a viabilizar o equilíbrio e o controle social. Sob tal vertente, destaca-se que a pena aplicada no contexto atual é fruto de vultosas transformações, porém, mesmo já apresentando contornos de humanidade, ainda assim se revela, em muitos casos, como violadora de direitos básicos do apenado.

Como expressão de violação aos contornos sancionatórios constantes no Estado Democrático de Direito, pode-se mencionar as características que dão ensejo ao chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), introduzido na Lei de Execuções Penais pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Implementa-se, a partir de então, a possibilidade de se impor maior rigor à custódia punitiva em determinados casos, suscitando o questionamento sobre a existência de violação aos direitos e garantias constitucionais do apenado.

A Teoria do Garantismo Penal, como forma de efetivar um direito penal mínimo, apresenta a necessidade de se ter uma punição eficaz e em conformidade com os direitos fundamentais de cunho individual, ou seja, o cumprimento da sanção penal, inclusive da pena privativa de liberdade, deve preservar o respeito à dignidade humana, de modo a viabilizar que, mesmo em face do exercício do *ius puniendi*, o Estado não se manifeste como violador dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Assim sendo, exsurge a discussão quanto à compatibilidade entre o RDD e um sistema penal com características garantistas. Indaga-se se a adoção de uma modalidade de custódia punitiva detentora de maiores rigores não violaria as garantias as constitucionais que devem permear a execução da pena.

Dessa forma, o objetivo geral da presente pesquisa consiste em avaliar se o Regime Disciplinar Diferenciado preserva ou viola os direitos e garantias individuais e, conseqüentemente, o Estado Democrático e Constitucional de Direito, tendo como premissa a adoção da Teoria do Garantismo Penal, segundo os contornos apregoados por Luigi Ferrajoli.

Para tanto, metodologicamente esse trabalho utiliza-se de pesquisa qualitativa, à medida em que se caracteriza como uma análise de relações humanas e sociais, sem levar em consideração dados estatísticos, baseada em fontes bibliográficas e documentais, como livros de doutrina, artigos de periódicos e legislação.

Quanto aos objetivos da pesquisa, é exploratória, explicativa e descritiva, pois aprofunda o estudo do fenômeno investigado para melhor conhecê-lo, explicá-lo e descrevê-

lo. Quanto aos resultados, é do tipo pura por buscar primordialmente a melhor elucidação dos fatos, a fim de fomentar a discussão proposta.

Destaca-se que, em especial, a pesquisa em comento tem como premissa a abordagem da Teoria do Garantismo Penal, exposta na obra “Direito e Razão”, de autoria de Luigi Ferrajoli, e a observância dos impactos desta no cumprimento da pena privativa de liberdade diante dos critérios do RDD.

Nesse sentido, bem se pode verificar que o presente trabalho traz relevante discussão sobre a possibilidade de instituição ou não, dentro do Estado Democrático de Direito, de um regime de cumprimento de pena mais rigoroso que, ao menos *a priori*, pode não estar em conformidade com o viés humanizatório característico do sistema de execução penal contemporânea. Almeja-se aferir se o RDD é ou não compatível com o dever de cumprimento, pelo Estado, dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Assim, para melhor delinear essa investigação, divide-se o artigo em três tópicos, no primeiro deles trata-se da conexão entre a Teoria do Garantismo, de Luigi Ferrajoli, e o Direito Penal Mínimo, uma vez que este consubstancia-se na base teórica que deu origem a ramificação da Teoria Garantista. No segundo tópico aborda-se a Teoria do Garantismo em consonância com o Estado Democrático de Direito brasileiro, a fim de demonstrar a compatibilidade entre ambos. Por fim, no terceiro e último tópico explora-se o Regime Disciplinar Diferenciado e suas especificidades, confrontando-o com a Teoria do Garantismo Penal.

1 A perspectiva garantista do Direito Penal Mínimo

A teoria minimalista entende que a intervenção do direito penal na resolução dos conflitos e desregramentos sociais deve se dar em *ultima ratio*, de modo que restará manifesta a ingerência desse ramo do Direito apenas quando o impasse não puder ser solucionado por nenhum outro ramo. Dessa forma, por meio do direito penal o Estado busca tutelar os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, cuja violação faz com que o infrator mereça a aplicação da sanção penal proporcional ao seu ato.

Assim, legitima-se a interferência do direito penal quando fracassados os demais mecanismos de políticas de organização e controle social, de modo que o direito penal passa a interceder com o escopo de cessar a violência que não fora passível de controle através de outros instrumentos (QUEIROZ, 2002, p. 69).

Quanto aos motivos ensejadores à constituição de uma política-criminal minimalista, detecta-se que esta se delineou ante ao combate à legislação de cunho autoritário, bem como na busca de contrapor a crescente manifestação de uma legislação emergencial, que pugnava pela efetiva coibição ao terrorismo (ANITUA, 2008, p. 725).

No que diz respeito aos desdobramentos das perspectivas de um Direito Penal Mínimo, observa-se que, quando detectada as peculiaridades deste na execução da pena, a expressão punitiva limitadora do direito à liberdade passará a revelar-se apenas quando demonstrado que a violação ao bem jurídico é de maior vulto, de modo que o encarceramento só será utilizado quando presentes as expressões delitivas de maior gravidade (PALADINO, 2015).

Luigi Ferrajoli passa a propagar o ideário minimalista por meio da Teoria do Garantismo Penal, que se consubstancia como um desdobramento do Direito Penal Mínimo, ou seja, também é pautada pela menor intervenção estatal possível nas relações sociais, apenas para coibir condutas transgressoras de bens jurídicos que atinjam terceiros e, ainda assim, respeitando as garantias fundamentais previstas na norma constitucional mesmo durante a fase de execução punitiva.

O garantismo mostra-se como recurso de intervenção mínima, fomentando o deslinde de um direito penal antagônico a um modelo expansionista que não se coaduna com a legislação emergencial. Assim, a análise do direito penal segundo os ditames traçados pelo minimalismo penal requer a interferência do Direito Penal apenas quando tal intento restar expresso de modo coerente com os ideários apregoados pelo senso garantista.

O minimalismo penal ganha robustez quando aferido sob a égide teórica sancionatória atual, haja vista que o limite aos direitos fundamentais deve ser a última hipótese visualizada pelo Estado, que congrega em si não só a expressão garantista na ordem constitucional, mas, concomitantemente, a adequação do direito penal contemporâneo a nova forma de punir expressa pelo Estado de Direito.

A sociedade organizada pugna constantemente pela pacificação social e, apesar de se constatar pontos de evolução na procura pela harmônica vivência coletiva, os desequilíbrios e inobservâncias aos regramentos comuns ainda se apresentam existentes. Nesse contexto, a violação ao bem juridicamente tutelado pela norma penal apresenta a necessidade de aplicação da penalidade hábil a coibir os desequilíbrios advindos do descumprimento às regras de convivência social pacífica.

Mesmo na sociedade contemporânea, onde se detecta a civilidade, a violação do bem jurídico se manifesta, o que culmina a necessidade da pena. A aplicação sancionatória com

características que primam pela pena humana, como se verifica na atualidade, perpassou por várias transformações, de modo a se adequar a uma concepção punitiva pautada pela imposição da pena digna.

Não se pode perder de vista que o fundamento da pena está no valor da liberdade dos indivíduos. Nesses termos, verifica-se que as leis surgiram a partir da necessidade humana de conviver em sociedade. Os homens, em nome da segurança, abriram mão de pequenas porções de sua liberdade e passaram a ter suas vidas reguladas por leis. Assim, à medida em que se desrespeita a lei, desrespeita-se as liberdades humanas fundamentadoras da criação dessas leis (BECCARIA, 2011, p. 27).

De tal modo, qualquer meio punitivo que ultrapasse essa ideia afasta-se da legitimidade fixada pelo Direito, torna-se injusta. Nesses termos, ao longo da história, o modo de punir foi transformando-se gradativamente, no sentido do abrandamento da austeridade sancionatória, atrelado ao deslinde de uma maior humanidade em contraposição ao flagelo punitivo (MIR PUIG, 1996, p. 37).

A aplicação da pena deve, portanto, ser apenas o suficiente para evitar novos delitos, novos desrespeitos ao “acordo” prefixado entre os indivíduos. Assim como deve ser proporcional à infração cometida. Os meios para execução da pena devem ser eficazes e, ao mesmo tempo, causarem a menor crueldade possível ao culpado, pois, quanto mais desumanas forem as penas, mais ardilosas serão as condutas dos infratores, seja para evitá-las, seja para fazer compensar o castigo (BECCARIA, 2011, p. 59).

Relevante se mostra assim a inserção dos ideários trazidos com a eclosão do Iluminismo, de modo que a partir do século XVIII a punição passa a ser lastreada pela gradativa implementação do princípio da dignidade da pessoa humana. Os contornos da penalidade constantes na atualidade consistem, portanto, em expressão do avanço sancionatório, quando as penalidades passaram a denotar limitação à liberdade em detrimento da outrora imposição de ofensa à integridade física e mental do autor do delito.

Contudo detecta-se que, em pleno o século XXI, ainda não se consegue visualizar com clareza a efetiva superação das mazelas sancionatória do passado, marcadas, sobretudo, pelo castigo corporal, de modo que a execução da pena ainda carrega em si as vicissitudes anteriores, apesar da vultosa mudança do ideário punitivo pela sociedade (OLIVEIRA, 2007, p. 02).

Destarte, a expressão sancionatória que desconsidera a humanidade das penas se apresenta em contraposição as premissas garantistas de respeito ao princípio da dignidade humana, devendo-se, pois, afastar o tratamento coisificado do infrator da norma penal, de

modo a rechaçar qualquer expressão de pena cruel ou desumana, pois é o valor da pessoa humana que passa a impor a limitação à qualidade e quantidade da pena (FERRAJOLI, 2014, p. 364).

Sob essa vertente, detecta-se a execução da pena deve se encontrar lastreada pela ideia da necessidade em concreto da pena, pois segundo as balizas de um Direito Penal Mínimo, a fixação sancionatória deve ter por direcionamento a imposição do *ius puniendi* estatal através de uma medida punitiva adequada, de modo que a punição não deve se delinear com a supressão de garantias do indivíduo.

Vê-se assim que sob o pretexto de reprimir condutas violadoras de direitos humanos acaba-se violando os próprios direitos humanos de forma desproporcional. Como instrumento hábil a viabilizar tal inoperância do sistema para tanto, bem se pode observar a atuação legislativa que tende a elaborar leis penais inconstitucionais que fulminam direitos resguardados pelo Estado Democrático de Direito, de modo a facilitar e a permitir atuações arbitrárias (SOUZA; PARÓDIA; BOECHAT; PEREIRA, 2015, p. 719).

Nesse contexto o RDD se apresenta como expressão de legislação que anseia a redução de determinadas manifestações delitivas mas que, por conseguinte, inobserva direitos individuais do autor desta modalidade delitiva, o que não se coaduna com as balizas de um direito penal mínimo e, portanto das premissas traças pelo garantismo penal de Ferrajoli.

2 O Garantismo Penal no Estado Democrático de Direito

O garantismo como expressão teórica traz por escopo o desfecho de uma sociedade justa, bem como busca dar concretude aos direitos presentes na norma constitucional, surgindo no cenário jurídico com o objetivo de sedimentar na ordem jurídica contornos limitadores da atuação estatal, submetendo a validade e eficácia da norma infraconstitucional ao texto constitucional.

Contudo, o garantismo apregoado segundo os ditames hábeis a ensejar a observância dos direitos e garantias fundamentais começa a restar manifesto no período pós-guerras mundiais, encontrando expressão no ideário filosófico-jurídico da sociedade italiana, como uma resposta às legislações autoritárias da época, cujo fundamento de existência pautava-se no combate ao terrorismo (IPPÓLITO, 2011, p. 36; MAGALHÃES, 2010, p. 210).

Verifica-se que o garantismo se mostra como ideologia hábil a coibir arbitrariedades por parte do poder estatal, pois passa a delimitar o poderio do Estado que deve ser pautado

pelos regramentos traçados em um Estado de Direito, norteando-se pela obediência aos direitos e garantias fundamentais (STIPP, 2015).

A constante presença dos ideários traçados pelo garantismo no bojo de um Estado de Direito Constitucional pugna pela harmônica coexistência dos regramentos infraconstitucionais com a previsão normativo-constitucional, lastreada pela precedência da dignidade da pessoa humana como fundamento de um Estado Democrático de Direito (SANTIAGO; SILVA, 2010, p. 9784). Verifica-se que o garantismo objetiva uma adequação do juspositivismo vigente aos valores preconizados pela norma constitucional (ALMEIDA, 2011, p. 28).

Sobre a expressão constante na ideologia garantista, observa-se que os moldes de legitimação deste coincide diretamente com o paradigma do Estado Constitucional de Direito, de modo que este retrata a necessidade de proteção de direitos imprescindíveis ao ser humano, seja individualmente considerado, seja em relação a sua vida em sociedade (BRAGANÇA JÚNIOR, 2009, p. 202).

O garantismo traz à baila a modificação do padrão juspolítico na sedimentação de uma ordem pautada pela democracia, haja vista que a constituição de um modelo estatal segundo os ditames do ideário garantista prima pela tutela dos indivíduos através da regulação e limitação dos poderes estatais (IPPÓLITO, 2011, p. 39).

Nesse sentido, verifica-se que a teoria do garantismo torna-se dotada de maior análise quando desdobrada no garantismo penal (STIPP, 2015). O garantismo penal não está expresso exclusivamente sob um viés de implementação de um Estado legalista, mas como uma visão teórica lastreada por um Direito inerente a um Estado social e democrático (FISCHER, 2015, p. 2).

A Teoria Garantista, conforme afirmado anteriormente, ganha ênfase no cenário social italiano através das reflexões de Luigi Ferrajoli, em 1970, por meio do movimento da jurisprudência alternativa, que trazia como norte a necessidade de observância da aplicação do Direito em harmonia com os ditames constitucionais (SANTIAGO; SILVA, 2011).

O garantismo desponta no campo penal como um *feedback* à eclosão de culturas jurídicas e políticas que, sob a justificativa de defesa social, tendem a congregar em um mesmo bloco condutas que devem ser afastadas e condutas que devem ser admitidas na ordem constitucional, alimentando, em nome da salvaguarda do Estado de Direito e do ordenamento jurídico democrático, violações às garantias constitucionais (FERRAJOLI, 2014, p. 785).

Em sua origem o garantismo penal passa a delimitar as expressões de punição estatal, de modo a traçar como preponderante o direito à liberdade do indivíduo (NOVELLI, 2014, p.

128). Percebe-se assim que o ideário apregoado pelo modelo normativo garantista de Ferrajoli pugna pela fixação de um limite à manifestação da intervenção penal com fulcro na proteção dos direitos individuais (CARVALHO, 2008, p. 41).

O garantismo penal se apresenta como uma consequência ínsita ao ideário que preconiza a análise do caráter instrumental do Estado de Direito em face da relevância da pessoa (CADEMARTORI, 1999, p. 72). O garantismo constante na teoria de Ferrajoli não desprestigia a necessidade de aplicação sancionatória, ao contrário, é favorável a punição, desde que esta reste por expressa segundo as vertentes constantes em um direito penal mínimo (ALMEIDA, 2011, p. 28).

Buscando sedimentar a Teoria do Garantismo Penal, Ferrajoli desenvolveu os sistemas garantistas classificados segundo a graduação de dez axiomas fundamentais, cuja harmonia expressa uma ordem jurídica fundamental adequada ao Estado Democrático de Direito Constitucional (FISCHER, 2015, p. 7).

Observa-se que a o sistema garantista de Ferrajoli é constituído mediante o reflexo desses axiomas conectados entre si e fragmentados em garantias penais e processuais, evidenciadas por equações que representam o ponto de encontro entre esses axiomas, cujo escopo é a limitação ao uso arbitrário do *ius puniendi* estatal (ALMEIDA, 2011, p. 30).

Os mencionados axiomas representam os seguintes princípios: 1) princípio da retributividade ou consequencialidade da pena em face da manifestação delitiva; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, sentido lato e sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da distinção entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Tais princípios representam, no ordenamento jurídico, os ideários aptos a consolidar a observância das garantias fundamentais que integram a ordem constitucional no cenário jurídico infraconstitucional, de modo a delimitar o poder punitivo estatal e, concomitantemente, enaltecer a primazia dos direitos individuais da pessoa.

Verifica-se que, apesar de não haver uma adoção expressa da Teoria Garantista no texto constitucional, identifica-se em vários princípios a correspondência desta com o ordenamento jurídico. Porém, de nada adianta esse reconhecimento teórico, se, no momento da concretização de instrumentos de controle social, não se observar as garantias fundamentais (ALMEIDA, 2011, p. 30).

Luigi Ferrajoli apregoa o garantismo sob a ótica penal como sendo a possibilidade de elastecimento das garantias constitucionais que merecem o efetivo relevo e proteção ante a fixação na norma constitucional aos influxos sancionatórios, de modo a passar a definir regramentos condizentes com as garantias constitucionais de como punir num Estado de Direito.

Assim, a existência de uma jurisdição penal que se mostra como sancionadora deve exprimir um saber-poder, ou seja, que a expressão normativo-penal traga por obrigação a defesa das garantias substanciais e processuais, mostrando-se estas como os parâmetros a serem observados como a causa do poder de punir na Teoria do Garantismo Penal (FERRAJOLI, 2014).

A legalidade ganha relevo nas vertentes garantistas, apresentando-se como a viga mestra do garantismo penal de Ferrajoli, haja vista que ao direcionar uma prescrição a reserva de lei, estar-se-ia afastando possíveis violações a garantias constitucionais, de modo a subjugar a aferição dos fatos segundo as balizas da subsunção legislativa (IPPÓLITO, 2011, p. 37).

A aplicação sancionatória que se apresenta como resultado de uma legislação advinda de um clamor social por implicações punitivas de maior veemência, como bem resta por expreso no RDD, não se coadunando com o sancionamento norteado pela mantença garantista, pois a necessidade de implementação da efetiva segurança no seio social deve coexistir harmonicamente com o estatuído pelos princípios garantista dispostos pela norma constitucional (PORTUGAL; SILVA, 2015, p. 10).

Um sistema jurídico passa a ser reputado garantista quando possui previsão normativa de proteção à direitos e garantias fundamentais e a efetiva aplicação destes, de modo a trazer os contornos empíricos deste ideário a aplicação no contexto fático, sendo direcionado pela disposição dos direitos fundamentais estruturados na ordem constitucional (BRAGANÇA JÚNIOR, 2009, p. 204).

A existência de uma teoria garantista necessita possuir relevância através da efetiva implementação desta no cenário normativo infraconstitucional, de modo que há de se observar se os regramentos legais se encontram pautados da devida coerência com a disposição constitucional do ideário garantista, de modo a afastar disposições legais que se mostre diversa aos preceitos mantenedores da ordem constitucional democrática, devendo restar por afastada a consolidação de legislações antigarantistas.

3 O Regime Disciplinar Diferenciado frente a Teoria do Garantismo Penal

A manifestação da criminalidade enseja a concomitante atuação do *jus puniendi* do Estado, de modo a pugnar pela manutenção da tutela aos bens jurídicos de relevo. Sob esse enfoque o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD se apresenta buscando assegurar o afastamento do crescimento de delitos de maior vulto, visando, assim, garantir a ordem e a segurança no âmbito dos estabelecimentos prisionais, consistindo em uma possível resposta ao clamor social por segurança jurídica.

Contudo a fixação do direito/dever de punir do Estado não deve se expressar de modo desenfreado sob a justificativa de coibição delitiva e de resguardo da pacificação social, devendo ser balizada pelos ideários garantistas.

Sob essa vertente, pode-se entender por manifestação garantista na ótica penal a harmônica observância do *ius puniendi* estatal que se encontra lastreado pelo respeito aos direitos fundamentais integrantes de uma ordem democrática.

Contudo, não se pode condescender que sob o pretexto do sentimento de segurança jurídica seja possível a aplicação sancionatória sob um viés eminentemente preventivo, conforme se pode aferir no RDD, pois, aplica-se uma medida punitiva de maior rigor pela simples propensão ao delito que sequer resta efetivamente comprovada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 117-118).

Diante da propagação de justificativas hábeis a coibir a criminalidade com a inserção de leis, como a instituidora do RDD, verifica-se este como solução emergencial às mazelas sociais atreladas ao crescimento da criminalidade, de modo à criar um direito penal de emergência, que, por conseguinte, resta expresso como a legitimação da inobservância dos direitos e garantias fundamentais disposto em um Estado Democrático de Direito (PORTUGAL; SILVA, 2015, p. 8).

3.1 O Regime Disciplinar Diferenciado e suas especificidades

O RDD pode ser compreendido como uma reprimenda mais severa atribuída ao apenado segundo os ditames descritos na Lei de Execução Penal (LEP) após o advento da Lei n. 10.792/2003, quando constante perigo hábil a fomentar a sua utilização como critério capaz de prevenir expressões delitivas de maior vulto.

Quanto às nuances que circundam o RDD, observa-se que este objetiva sancionar de modo mais firme apenados suscetíveis a condições envoltas ao universo do crime organizado e aqueles que ponham em risco a sociedade, de modo que tal regime não consiste em uma

nova modalidade de pena, mas sim, em expressão de reprimenda dotada de maior severidade no âmbito da pena privativa de liberdade, tendo natureza jurídica de sanção disciplinar, segundo exposto no inciso V do art. 53 da LEP.

Quanto às origens longínquas de um regime de custódia mais austero destinado a presos incomuns, verifica-se tal expressão ainda na antiguidade, encontrando, guardada no cenário social brasileiro na fase imperial (MAGALHÃES, 2008, p. 1).

A influência para um encarceramento diferenciado advém, das denominadas antigas “solitárias”, consistindo estas em celas individuais que não detinham qualquer espécie de acomodação, onde o apenado permanecia isolado dos demais, sendo ainda inviabilizado o direito de saída da cela (PEDRI, 2006, p. 3).

A instauração de um sistema de cumprimento de pena àqueles qualificados como detentos de “alta periculosidade” apresenta expressão no âmbito do sistema prisional americano desde o século XIX, que em 1820 já previa o isolamento dos presos e a privação sensorial, de modo que tal tratamento diferenciado passara a ser adotado no estabelecimento prisional de *Eastern State Penitentiary*, no estado da Pensilvânia (PAIXÃO, 2015, p. 1).

É válido mencionar que o RDD ganha relevância contemporânea como veículo hábil a coibir a proliferação delitiva no seio de cárceres que propagavam motins e rebeliões em diferentes estabelecimentos prisionais, ocasionando um aumento do crime organizado dentro dos presídios. Nesse modo, vê-se que o contexto de institucionalização do RDD encontra-se vinculado ao avanço do crime organizado no país (PORTUGAL; SILVA, 2015, p. 5).

A primeira expressão concernente ao RDD apresenta-se como solução pacificadora em face da rebelião ocorrida no Estado de São Paulo em 2001, onde o referido motim tomara proporções preocupantes, envolvendo 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 4 (quatro) cadeias. Contudo, a rebelião em comento pugnava por uma reprimenda de maior vulto ante os motivos ensejadores que as circundavam, pois, distintamente dos corriqueiros motins que anseiam por melhoras nas condições carcerárias, tal rebelião visava apresentar uma resposta as ações governamentais que ensejavam dissuadir líderes locais do Primeiro Comando da Capital - PCC (CARVALHO; FREIRE, 2005, p. 7).

Sob essa vertente, detecta-se que o objetivo motivador da implementação no cenário prisional brasileiro de uma forma de privação de liberdade em regime fechado mais firme, consiste em obstaculizar ações criminosas voltadas para a prática do crime organizado entre detentos, através de ordens de líderes de facções criminosas, haja vista que tais expressões delitivas trazem instabilidade à segurança do sistema prisional e o seio social como um todo (SILVA, 2015, p. 4).

Em face do caótico cenário penitenciário e, pugnando pela regulamentação de medidas emergenciais no combate ao crime organizado, o Projeto de Lei n. 5.073 de 2001 instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, sendo enviado através do então presidente Fernando Henrique Cardoso para exame pelo Congresso Nacional.

Posteriormente, o mesmo foi aprovado através da Lei n. 10.792/2003, que alterou a Lei n. 7.210/84, passando, assim a formalizar a efetiva implantação de uma custódia privativa de liberdade dotada de maior firmeza através do RDD (SILVA, 2015, p. 4-5).

Ressalte-se que a expressão legislativa acerca da implementação do RDD no âmbito da LEP passa a consistir em nítida manifestação de uma tendência constante no Congresso Nacional em editar legislação de pânico como meio hábil a traçar possíveis respostas ao surto de violência e criminalidade organizada, se apresentando como uma falsa utopia coibidora da magnitude delitiva com o recrudescimento sancionatório (DOTTI, 2005, p. 34).

O RDD passa então a integrar a legislação alusiva à execução da pena, restando presentes as hipóteses de cabimento para sua aplicação quando detectada a prática de delito doloso que propicie a subversão da ordem e da disciplina interna do estabelecimento prisional, em face de apenados que apresentem risco para a manutenção da ordem e da segurança do ambiente prisional ou da sociedade e ainda, quando restar existente fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando em face de preso provisório ou condenado, segundo estatuído pelo art. 52, caput e §§ 1º e 2º da Lei n. 7.210/84.

De modo a se aferir as circunstâncias violadoras dos direitos fundamentais do apenado sujeito ao RDD, verifica-se as condições impostas ao apenado segundo exposto pelo art. 52, incisos I a IV da lei n. 7.210/84, onde o autor do delito insere no RDD sujeitar-se-á a aplicação sancionatória nos seguintes moldes: isolamento celular mediante recolhimento individualizado, limitação do número de visitantes semanais a 2 (duas) pessoas com a exclusão da contagem de crianças, bem como o controle da duração de visitas em 2 (duas) horas, restrição do tempo de saída da cela para o banho de sol em 2 (duas) horas e, por fim, estipulação de duração da medida de custódia punitiva detentora de maior firmeza aos apenados sujeitos ao RDD em 360 (trezentos e sessenta) dias, contudo, nada obsta que tal medida restritiva venha a ser reiterada ante a detecção da prática de nova falta grave, limitando-se a duração máxima de submissão do apenado ao RDD em 1/6 (um seis avos) da pena aplicada ao mesmo.

3.2 Os direitos fundamentais do acusado e o RDD: análise crítica

É válido mencionar que a finalidade explanada pelo RDD se delineia sem observar os impactos das garantias constitucionais desta custódia prisional, pois apenas verifica a imposição punitiva mais rígida sob o prisma da coibição de ações criminosas no âmbito prisional, desconsiderando que a aplicação da pena, quer se apresente na sua forma mais branda ou severa, deve estar em harmonia com os direitos fundamentais do apenado.

A necessidade de segurança não encontra guarida no cerceamento do direito à liberdade norteado exclusivamente por uma finalidade preventiva como se detecta no RDD, sem se preocupar com as diretrizes ressocializatórias da pena como medida detentora de maior eficácia na coibição do crime. Desse modo a proliferação do delito se apresenta mais como uma resposta a um sistema penal que desconsidera direitos fundamentais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 117-118).

Com enfoque na dignidade da pessoa humana, vê-se claramente que a imposição de uma punição penal na ótica de um Estado Democrático de Direito deve possuir amparo na observância da garantia do direito à pena digna, de modo que a imposição da reprimenda criminal não deve se apresentar ilimitadamente.

Assim o apenado não se encontra desprovido da tutela penal estatal, de modo que mesmo em face da violação do bem jurídico protegido, o agente delitivo não perde a essência humana que requer a proteção estatal por meio da tutela da dignidade da pessoa humana, de modo que essa se apresenta como limitadora do *ius puniendi* do Estado (PEDRI, 2006, p. 16).

Nesse sentido passou-se a discutir se o RDD denotaria a previsão legislativa que viola dispositivos constitucionais, de modo a trazer à baila a discussão sobre a existência de inconstitucionalidade no âmbito da Lei n. 10.792/2003, que instituiu o RDD.

Entende-se por inconstitucional a previsão normativa infraconstitucional que não se encontra devidamente harmonizada aos ditames dispostos na norma constitucional, de modo que, toda previsão legal constante no ordenamento jurídico pátrio deve encontrar coerência com os objetivos garantistas ínsitos a norma constitucional.

Sob esse viés é que se pode destacar a existência de uma nítida inconstitucionalidade no âmbito do RDD, haja vista que os dispositivos da Lei de Execuções Penais que regulamentam o mesmo transgredem nitidamente as premissas constitucionais do detento suscetível à tal regime.

Detecta-se assim que o RDD traz nítida violação aos direitos e garantias fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, observando-se não só a afronta aos preceitos expressamente dispostos na Constituição de 1988, como também aos princípios

implícitos e aos direitos e garantias consagrados em tratados internacionais em que o país é signatário (ALMEIDA, 2011, p. 9).

Nesse sentido, vê-se que a manifestação de um isolamento celular, que, inclusive, em face da repetição da falta grave pelo apenado pode se prolongar por significativo período, se apresenta como uma conduta deletéria à saúde física e mental do detento, implicando tal intento em nítida atuação oposta a vedação constitucional às penas cruéis, segundo bem apregoa o art. 5º, inciso XLVII, alínea “e” da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO; FREIRE, 2005, p. 17).

Em assim sendo, bem se pode visualizar no RDD expressão de pena cruel em face das características próprias de aplicação desta expressão punitiva mais rígida, molestando com nítida clareza a dignidade da pessoa humana do detento (PEDRI, 2006, p 13). Contudo, ao expor o apenado ao isolamento celular por significativo lapso temporal, resta por punido o apenado tanto sob a vertente física, como psicológica, de modo a apresenta danos significativos a vida deste (BARBOZA, 2006).

Outro fator violador aos direitos fundamentais do detento sujeito ao RDD pode ser visto quando aferida a garantia constitucional à presunção de inocência, haja vista que, ao definir que sejam insertos no regime de custódia prisional mais severo, quando detectada a prática de crime doloso, verifica-se ser necessário que restasse por expresse a existência de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado para que a aplicação do RDD se apresentasse condizente com a presunção de inocência.

Nesse sentido ressalta-se que a expressão normativa que passa a regulamentar os critérios ensejadores do RDD traz em si a violação a presunção de inocência no bojo de uma norma infraconstitucional, ou seja, a Lei n. 10.792/2003, denotando assim a inconstitucionalidade deste regime sancionatório austero.

Contudo, violação de maior relevo à garantia constitucional da presunção de inocência encontra guarida na ótica do RDD ao dispor a inserção do apenado quando restar assente fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas. Ora, a mera suspeição de envolvimento em bandos ou organizações criminosas afasta a efetiva certeza acerca de tal cooperação delitiva, mas, mesmo em face da dúvida da conduta criminosa já se tem a certeza da aplicação do RDD (BUSATO, 2015, p. 3).

Em assim sendo, bem se pode detectar que a existência de fundada suposição de envolvimento em organizações criminosas consiste na expressão de juízo de probabilidade o que, por conseguinte, não deve encontrar respaldo para a imposição sancionatória no âmbito de um Estado Democrático de Direito que tutela as garantias constitucionais como núcleo

essencial intangível da norma constitucional.

Desse modo, as hipóteses de cabimento do apenado no RDD carregam em si expressões que não se apresentam dotadas da devida clareza necessária a um sancionamento mais rígido, denotando a constituição de possibilidades imprecisas e subjetivas como ensejadoras a inserção do preso no RDD, em nítida inobservância aos preceitos constitucionais estatuídos aos apenados segundo os contornos garantistas.

A inserção do RDD como modalidade *sui generis* de cumprimento de pena e regime fechado traz maiores rigorismos sancionatórios, se apresentando como uma punição dotada de peculiaridades pouco garantistas, sendo, capaz de escusar a manifestação do infrator como ser humano, tornando passível a alteração de um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor (BUSATO, 2015, p. 2).

Vê-se, pois, que resta evidenciado a existência de um caráter eminentemente antigarantista no que pertine ao esquema de intervenção punitiva exarada pelo RDD sob o argumento de fundadas suspeitas em organização criminosa, de modo que nesse caminho o direito e o processo penal passam a ser instrumentos de um sistema retributivo, pois a previsão constitucional à presunção de inocência resta maculada quando se opta por punir com base em suposições.

A teoria garantista trouxe artifício hábil a coibir expressões legais dotadas de subjetivismo através do princípio da secularização, que não se manifesta como axioma da Teoria de Ferrajoli, mas apresenta sua relevância como postulado fundamental no âmbito social pluralista, primando que as normas infraconstitucionais tenham por zelo a dignidade da pessoa humana ao se impedir a penalidade segundo subjetivismos e condições pessoais quanto a comportamentos perigosos (ALMEIDA, 2011, p. 33).

Contudo, tal intento resta por inobservado no contexto fático, haja vista o que se detecta, pois a existência de normas ordinárias erroneamente dispostas no seio do Estado de Direito ainda é uma realidade, sequer constatando os valores fundamentais contidos na norma constitucional com a importância que estes requerem.

A missão inculpada na norma constitucional pugna pela tutela das garantias fundamentais, de modo que a manifestação de expressões dispostas no âmbito da legislação infraconstitucional que afronte tal intento deve restar por afastada, conforme bem se pode observar através da análise do RDD.

O aviltamento aos direitos fundamentais do apenado no âmbito do RDD, em especial, à dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e vedação a penas cruéis, devem restar por removidos, ante a inadmissibilidade de expressões atentatórias ao Estado

Democrático de Direito através da violação de garantias constitucionalmente asseguradas.

Nesse sentido detecta-se que o RDD pode ser compreendido como uma manifestação legal que não se coaduna com as balizas traçadas pelo garantismo penal, pois tende a afastar do violador da norma sujeito a essa espécie de sancionamento uma série de direitos individuais, desconsiderando assim a existência de uma punição em consonância com a preservação das garantias constitucionalmente consagradas, conforme estatui o garantismo.

Examina-se portanto na imposição do RDD ao apenado que Há um esquecimento dos princípios constitucionalmente garantidos, bem como do princípio da necessidade da pena segundo os contornos garantista estatuem, de modo que a compreensão de como punir adequadamente, ou seja, de modo a afastar a supressão de direitos constitucionalmente assegurados ao infrator devem ser o direcionamento adequado ao se sancionar (SOUZA; PARÓDIA; BOECHAT; PEREIRA, 2015, p. 732).

Nesse sentido, bem se pode observar que o RDD passa a ser compreendido como manifestação legal que não se harmoniza com os direitos e garantias constitucionais que devem restar por observadas ao se punir no âmbito de um Estado de Direito e, em face de não se coadunar com as premissas garantistas, pois não equilibra a punição adequada a infração segundo os norteios constitucionais, devem restar por afastado.

Contudo, o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende a fixação RDD como uma reprimenda constante no âmbito do regime prisional fechado que não apresenta vícios de inconstitucionalidade, à medida que tende a firmar que condições excepcionais primam por tratamento específico e que tal fator implica portanto em efetivo desdobramento do princípio da igualdade.

EMENTA - HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP.CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos e, também, no meio social.

3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal.
5. Ordem denegada (HC nº 40.300-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, v.u., j. 07.06.2005, DJ 22.08.2005, on-line).

Segundo as interpretações exaradas pelo STJ, o RDD é compreendido como reprimenda mais severa no regime fechado que se mostra condizente com o texto constitucional, à medida em que a formalização da punição por parte do Estado deve se apresentar proporcional ao dano causado de modo que, a constituição de organizações criminosas que põem em risco a segurança social deve ser reprimida de modo mais firme em proporção ao dano causado.

Observa-se com isso que o RDD se apresenta como o mecanismo hábil e eficaz ao combate ao crime organizado. Contudo impende destacar que algumas das especificidades que circundam esta espécie de sancionamento mais rigoroso, como o isolamento celular, não resguardar o escopo inserto na função social da pena, qual seja a recuperação do indivíduo. Contudo o RDD se mostra necessário, tendo em vista tratar-se de um regime que integra o processo de reestruturação humana, colaborando com o inicial rompimento do vínculo existente entre o preso e o mundo do crime (ROSA, 2009, p. 72).

No entanto, mesmo se mostrando necessário como instrumento de reprimenda à proliferação do crime organizado o RDD não pode ser visto como manifestação sancionatória que se encontra em harmonia com as finalidades garantistas dispostas por Luigi Ferrajoli, à medida que, mesmo denotando sanção proporcional ao dano não traz à lume a punição que resguarda direitos individuais do violador da norma.

Conclusão

Acerca do que fora abordado no transcorrer da presente pesquisa, presenciou-se que o Regime Disciplinar Diferenciado se apresenta como expressão sancionatória que fulmina direitos e garantias fundamentais do detento, apresentando-se como uma pústula no cenário da execução da pena lastreada pela vertente da pena digna segundo se apregoa no direito penal contemporâneo.

Com alicerce na exposição sancionatória que reduz a intervenção estatal no exercício do *ius puniendi* a última hipótese, verificou-se as intrínsecas características de implementação do direito penal mínimo, de modo que o deslinde punitivo na teoria minimalista se apresenta

como expressão protetiva dos bens jurídicos de relevo que não puderam ser tutelados pelos demais ramos do Direito. Destacou-se ainda a expressão da Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli como uma das demonstrações a que o Direito Penal Mínimo.

Aferiu-se a elucidação dos contornos punitivos hodiernos e como restou assente tal expressão sancionatória em face do desenvolvimento da convivência social, de modo a se demonstrar a necessidade de um pronunciamento punitivo mesmo no âmbito de uma sociedade civilizada.

Contudo, não raros são os resquícios na imposição sancionatória moderna das vicissitudes desumanas de outrora, ante a nítida malversação dos direitos fundamentais do detento no cumprimento da pena.

Fulcrado na exposição alusiva aos ditames sancionatórios hodiernos e na inobservância dos preceitos constitucionais que o regem, exsurge nos anos 70 a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli no seio da sociedade italiana e que não tarda a espriar-se pelos demais ordenamentos jurídicos espaciais.

Nessa vertente, aferiu-se as nuances circundantes da epistemologia garantista e os respectivos impactos desta no âmbito de um Estado de Direito delineado por um viés democrático, de modo que, sedimentar o resguardo às garantias individuais em face da atuação estatal se apresenta como a expressão de consolidação da eficácia dos preceitos constitucionais.

No entanto, o que se pode detectar concretamente é que a formação legislativa infraconstitucional ainda se desvenda sem aferir o relevo ínsito aos ideários garantistas que pugnam pela exposição punitiva norteadas pelo relevo da dignidade humana e que, infelizmente não encontra expoente em legislação de emergência que apenas almejam responder clamores sociais, e sob tal intento, marca o surgimento da Lei n. 10.792/2003 que insere a fixação do Regime Disciplinar Diferenciado no bojo da execução da pena.

Verificou-se assim que a implantação do RDD segundo os ditames legais que trazem à baila como características ensejadoras de tal medida de custódia detentora de maior rigor a desconsideração do direito à dignidade humana no cumprimento da pena, o desrespeito a presunção de inocência, a malversação da vedação constitucional à penas cruéis, dentre outras violações constitucionais às garantias individuais do detento, culminando com a existência de uma legislação dotada de natureza nitidamente antigarantista, haja vista que despreza os preceitos inerentes às diretrizes de Ferrajoli no que pertine à fixação sancionatória em harmônica aplicação com as balizas constitucionais.

O RDD se apresenta portanto como a manifestação de um regime de custódia sancionatório detentor de maior rigor que desconsidera os norteios traçados pela Teoria Garantista, haja vista que quando da inclusão normativa hábil a instituir o RDD e suas respectivas características e critérios de inserção, se despreza que a fixação punitiva deve se dar com observância aos aspectos garantistas, pois o Estado não pode se eximir de aferir os direitos e garantias do apenado.

Referências

ALMEIDA, Débora de Souza. A teoria do garantismo penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v.23, n. 4, abr/2011, p. 28-35, 2011.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARBOZA, Leandro de Oliveira. **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais**: breve histórico legislativo Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 04 set. 2015.

BRAGANÇA JÚNIOR, Edson. Uma perspectiva garantista na Lei de Execução Penal. **Revista CEPPG**, Goiás, n. 21-2/2009, p.202-213, 2º Semestre 2009. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/969295c68602cbc1f2c2f3283f2e1330.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em habeas corpus n.º 40.300-RJ**. Leandro de Oliveira Barboza, Wilson Ferreira Cardozo e Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ, 22 ago. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=555927&num_registro=200401765644&data=20050822&formato=PDF>. Acesso em: 31 mai. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado**: novas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Disponível em: <

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2015.

DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

IPPOLITO, Dário. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p.34-41, jun. 2011. Semestral. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>>. Acesso em: 23 set. 2015.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o Regime Diferenciado Disciplinar. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 22, p. 191-204, jun. 2008. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/97/101>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p.185-199, dez. 2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/205/205>. Acesso em: 20 set. 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal – Parte general**. Madrid: Reppertor, 1996.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Mato Grosso do Sul, v. 16, n. 31, p. 119-129, jan-jun. 2014. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito penal do futuro – a prisão virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PAIXÃO, Ana Clara Victor da. Longe dos olhos, fora do tempo: o confinamento solitário como regime especial de cumprimento de pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 10 set. 2015.

PALADINO, Carolina Freitas. **Política criminal: direito penal mínimo x direito penal máximo**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/189/200>. Acesso em: 30 set. 2015.

PEDRI, Karina Achutti. **Regime Disciplinar Diferenciado: Há algum respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana?**. Disponível em: <

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/karina.pdf>. Acesso em: 07 set. 2015.

PORTUGAL, Daniela Carvalho; SILVA, Bruno Nova. **A inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RT9vJnSSehQJ:www.faculdadebai.anadedireito.com.br/images/a/AINCONSTITUCIONALIDADEDOREGIMEDISCIPLINAR.DIFERENCIADO.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 30 set. 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um Direito Penal Mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROSA, Gerson Faustino. A constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e sua eficácia no combate ao crime organizado. **Revista Intertemas**, Presidente Prudente, ano X, v. 18, n. 18, p. 59-75, ago.-dez. 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2643/2416>>. Acesso em: 07 set. 2016.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SILVA, Ana Paula Pinto da. Garantismo penal integral e a eficiência no processo penal. **Anais do XIX Congresso Nacional do Conpedi**, Florianópolis, p. 9778-9793, 2010.

_____. Defesa efetiva, garantismo e eficiência no processo penal: O que o Supremo Tribunal Federal tem a ver com isso? **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 1, n. 40, p. 50-73, jul.-ago. 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1103/1124>>. Acesso em: 02 out. 2015.

SILVA, Júnior Barbosa Casemiro da. **Inconstitucionalidade do Regime Diferenciado Disciplinar**. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-561464094>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SOUZA, Luiz Fernando de Oliveira; PARÓDIA, Mariane Silva; BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira Lemgruber; PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. As implicações da decretação da prisão preventiva sob a ótica da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 13, n. 2, p. 714-734, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/Meus%20Documentos/Downloads/Dialnet-AsImplicacoesDaDecretacaoDaPrisaoPreventivaSobAOti-5317509.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

STIPP, Alvaro. **Garantismo**. Dicionário de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>>. Acesso em: 23 de setembro de 2015.

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