



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ALLAN HENRIQUE LEITE LIMA DOS SANTOS

**ENTRE INSTITUIÇÕES, ESTRUTURAS JURÍDICAS E O
GARANTISMO: O RDD COMO UM DISCURSO APORÉTICO,
EMERGENCIAL E JUSTIFICADOR DE UM DIREITO (I)LEGÍTIMO**

Brasília

2017

ALLAN HENRIQUE LEITE LIMA DOS SANTOS

**ENTRE INSTITUIÇÕES, ESTRUTURAS JURÍDICAS E O
GARANTISMO: O RDD COMO UM DISCURSO APORÉTICO,
EMERGENCIAL E JUSTIFICADOR DE UM DIREITO (I)LEGÍTIMO**

Trabalho de Conclusão de Curso como
requisito final para conclusão do curso de
Bacharelado de Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídica e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UNICEUB.
Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho

Brasília
2017

ALLAN HENRIQUE LEITE LIMA DOS SANTOS

**ENTRE INSTITUIÇÕES, ESTRUTURAS JURÍDICAS E O
GARANTISMO: O RDD COMO UM DISCURSO APORÉTICO,
EMERGENCIAL E JUSTIFICADOR DE UM DIREITO (I)LEGÍTIMO**

Trabalho de Conclusão de Curso como
requisito final para conclusão do curso de
Bacharelado de Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídica e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UNICEUB.
Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho

Brasília, 09 de Novembro de 2017

Banca Examinadora

Prof. Orientador José Carlos Veloso Filho

Prof. Examinador Marcus Vinicius Reis Bastos

Prof. Examinador Humberto Fernandes de Moura

A vida é cheia de peripécias, onde se encontram muitas pedras para tropeçar, em um bosque arvorado solitário eu caminhava, encarava o espelho d'água e ele me olhava, mas ao fundo do bosque uma luz percebe, quatro anjos eu vi, fui ao encontro desses com um frio em minha consciência, cavalgava sem experiência em uma vida com tanto indecência, esses quatro anjos tocavam minha face com tanto ternura, minha caminhada deixou de ser obscura, perguntei seus nomes, de forma cristalina me disseram, somos sua família.

AGRADECIMENTOS

De início, e declamo com muito amor e ternura, agradeço a minha família por todo apoio incondicional de que fui alvo, por todos os dias que me aguentaram ao me ver com um livro em mãos, por todos os sacrifícios feitos para me criar com atenção e proteção.

Agradeço a meu pai, Janes Leite dos Santos, meu herói, meu protetor, por todos os dias que tem me levado para a faculdade com toda a disposição heróica do mundo, por todos os momentos que tem se sacrificado pela família para não deixá-la perecer, por todas as noites que tem sacrificado para me deixar em segurança na faculdade, por todas as noites que ia me buscar, muitas das vezes cansado depois de um dia pesado de serviço – ele é serralheiro, um ótimo serralheiro.

Agradeço a minha mãezinha linda do meu coração, por todo o amor e carinho que tem me dado em toda minha linda vida, por todo sacrifício, em conjunto forte com meu pai, que tem feito para educar eu e meus irmãos, Andrew e Arthur.

Agradeço a todos os professores que se dedicaram sem hesitar para construir uma consciência crítica, e que influencie nas escolhas e compreensões do fenômeno jurídico, por todas as horas que se colocaram à disposição incondicional para o ensino, serei eternamente grato, tenho neles uma outra família, vários pais e mães.

Agradeço a meu orientador, que é mais que um professor, tenho para mim um grande amigo, foi um verdadeiro mestre, me conduziu nessa jornada com perfeição, me instruiu a fazer as melhores escolhas na construção desse préstimo, por todo o esforço enveredado para me influenciar a ter um pensamento crítico.

Agradeço, de forma sincera e límpida, aos meus colegas do estágio que tive no MPDFT em Samambaia, em especial a secretaria da promotoria do Tribunal do Júri, onde conheci pessoas formidáveis, as minhas amigas Lilian e Gisele, pessoas pelas quais tenho um carinho ímpar, foram pessoas formidáveis que me ajudaram a superar todas as novidades do estágio. Aos meus amigos, também promotores de justiça, Dr. Gilberto e Dr^a Stephány, a qual nunca esquecerei tudo que fizeram por esse simples estudante, nunca se abstiveram de me ensinar a labuta do que é ser operador do direito.

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade realizar uma análise crítica sobre os fundamentos de legitimidade do Regime Disciplinar Diferenciado, verificando suas espécies, analisando seus pressupostos, bem como seus alicerces históricos que o fundaram, realizando um expediente de controle de justificabilidade sobre tais fatores. Esse instituto fora criado em razão de um apelo social para uma maior punibilidade aos crimes de organização criminosa dentro dos presídios, em razão de um medo social criado pela insurgência desmedida da criminalidade organizada. Esse instituto foi tido como instrumento para dissuadir da cooperação/associação com organizações criminosas, bem como desestruturá-las. Essa análise crítica teve por alicerces teóricos, de base abstrata, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, a análise histórico-crítica de Foucault sobre a instituição da pena de prisão e o livro de Erving Goffman que tem por foco o estudo sobre as instituições totais. Nesse sentido, buscou-se aferir a problemática se o Regime Disciplinar Diferenciado possui estrutura para garantir em plenitude os direitos e garantias fundamentais dos presos colocados em seu bojo, tendo isso por base o garantismo penal do Luigi Ferrajoli. O Regime Disciplinar diferenciado foi um instrumento ultrarepressivo e simbólico criado com a finalidade de manter a hegemonia estatal no controle da criminalidade, quando na verdade foi uma demonstração da falência desse na gestão dessa. Para tentar remediar a situação, em vista da ascensão da criminalidade organizada, criou-se o Regime Disciplinar Diferenciado, tendo como pressuposto legitimatório o “momento de crise social” acostado nesse momento histórico, um mecanismo de direito penal de exceção, ou de emergência, excepcionando as garantias e direitos fundamentais sob *locus* do estado de exceção criado pela criminalidade organizada. Para tanto, lançou mão de alicerces linguísticos de amplitude semântico-significativo, servindo como instrumento de ascensão da conveniência da administração pública na gestão da criminalidade. Nesse diapasão, se vislumbrou que esse instituto não visa resguardar direitos e garantias fundamentais dos presos, e nem dos que são postos em seu bojo, mas cria exceções arbitrárias a essas cláusulas constitucionais dotadas de imperatividade.

Palavras chaves: Regime Disciplinar Diferenciado. Garantismo Penal. Organização Criminosa

Lista de Siglas

RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
SAP/SP	Secretária de Administração Penitenciária de São Paulo
PCC	Primeiro Comando da Capital

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. SISTEMA CARCERÁRIO E PRISÃO COMO INSTITUIÇÃO.....	14
1.1 Prisão como instituição disciplinar e total.....	14
1.2 Sistema Auburniano e Filadelfiano.....	30
1.3 Atores institucionais.....	31
2. ESTRUTURA TEÓRICA DE DESLEGITIMIDADE E JUSTIFICABILIDADE DA DOGMÁTICA PENAL.....	41
2.1 Abolicionismo.....	41
2.2 Retribucionismo.....	44
2.3 Relativistas ou Utilitaristas.....	48
2.4 Funcionalismo.....	54
2.5 Emergencialismo penal e Razões de Estado.....	56
3. SISTEMA DOGMÁTICO ESTRUTURANTE DO GARANTISMO.....	63
3.1 Garantismo em “três acepções críticas”.....	63
3.1.1 <i>Garantismo como modelo normativo do Estado de Direito.....</i>	<i>63</i>
3.1.2 <i>Garantismo como teoria crítica do direito.....</i>	<i>68</i>
3.1.3 <i>Garantismo como filosofia do direito e crítica da política.....</i>	<i>73</i>
3.2 Princípios estruturantes do Garantismo Penal.....	77
3.2.1 <i>Legalidade.....</i>	<i>77</i>
3.2.2 <i>Proporcionalidade da Pena.....</i>	<i>79</i>
3.2.3 <i>Lesividade.....</i>	<i>82</i>
3.2.4 <i>Materialidade da ação.....</i>	<i>82</i>
3.2.5 <i>Culpabilidade.....</i>	<i>83</i>
3.2.6 <i>Regulatividade e Taxatividade das normas penais.....</i>	<i>85</i>

4. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E O DISCURSO APORÉTICO, EMERGENCIAL E JUSTIFICADOR DE UM DIREITO (I)LEGÍTIMO.....	88
4.1 Antecedentes fático-historicos para a implantação do RDD.....	88
4.2 Alicerce normativo instituidor do RDD (Lei nº 10.792/2003).....	91
4.3 Enfrentamento da quimera: Regime Disciplinar diferenciado como um discurso aporético-total-disciplinar justificador de um direito ilegítimo e emergencial.....	95
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	118

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por vista realizar, em caráter abstrato-normativo, uma análise crítica do instituto Regime Disciplinar Diferenciado, levando em consideração seus alicerces estruturais que o compõe, bem como suas formas e requisitos de inserção. Para tanto, manejaremos de um justificante teórico crítico, além doutros, chamado Garantismo Penal do autor italiano Luigi Ferrajoli, onde se busca conferir alicerces de cunho crítico das instituições vigentes, com justificabilidade alocada nos pressupostos fundamentais alojados na Constituição que tenham em vista dar proteção as necessidades vitais do ser humano, desde que isso não vise violar, bem como deixar ao alvedrio da maioria, os direitos de um nicho social marginalizado.

O móvel anímico que impulsionou a produção desse trabalho acadêmico foram as angústias teóricas e fenomenológicas criados pelas instituições de exceção, e a que mais chamou a atenção foi o Regime Disciplinar Diferenciado. A problemática que movimentou as reflexões acerca do tema, e tendo por alicerce estruturante o garantismo penal, foi “é possível o Regime Disciplinar Diferenciado coadunar-se ao sistema do Garantismo Penal na tutela de direitos e garantias fundamentais inerentes, principalmente, as pessoas sujeitas ao poder desse regime carcerário, sendo uma instituição de emergência, aporética, total e disciplinar”?

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado como um instrumento de emergência com finalidade arrefecedora das penosas emoções sociais de insegurança provocada pelas rebeliões dentro do sistema prisional gerada pelas organizações criminosas, bem como em seus efeitos extra-muros, geraram uma comoção social clamando por punição severa, manifestando insurgência contra a crise no sistema prisional. Nesse ínterim, a fim de conter o pânico social disseminado e controle de uma massa desordenada, foi promulgada a Lei nº 10.792/2003 criou esse instituto com finalidade dissuasória e eminentemente retributiva, punibilizando quem destoa dos parâmetros de ordem institucional circunscritos pela autoridade competente.

No início, esse instituto, quando instituído pela resolução nº 26/SAP, só foi aplicado em cinco estabelecimentos penitenciárias do Estado de São Paulo, tais como, Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente

Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré.

Esse diploma legal modificou completamente a sistemática da punição por disciplina, uma vez que intensificou a rigidez de seus efeitos, principalmente o tempo de encarceramento. Inovou-se nas circunstâncias que ensejam a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, incluindo, não só o cometimento de um fato, tão somente, mas simplesmente o fato de *ser-aquilo*, uma aniquilação do direito de autoidentidade, a perda do monopólio de sua consciência, perdendo-se a prerrogativa, segundo John Stuart Mill, de *ser senhor de suas próprias razões*.

O Constitucionalismo legado dos meandros do século XX arraigou-se em sustentáculos humanitários fundamentados mais no ser-fim (ser humano) do que simplesmente no ser-meio (Estado), transbordados do *racionalismo kantiano*, criando um sistema de direitos e garantias fundamentais positivas (Estado Social) e negativas (Estado Liberal). Essa estrutura estruturante proporcionou uma nova linguagem social de análise e filtragem das ações das instituições político-jurídicas. Esses valores programáticos de alta densidade normativa visam constituir-desconstituir, ao mesmo tempo, como um contrapeso paradoxal, os fundamentos das decisões estatais com a finalidade de proporcionar uma maior efetividade na proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais.

A doutrina do Garantismo, que trilha nesse mesmo locus, disseminada por Luigi Ferrajoli, tem por condão um saber crítico-reflexivo dos sustentáculos e fundamentos estruturais das várias instituições político-jurídicas, tendo por finalidade constatar se vige a observância aos parâmetros mínimos de proteção suficiente e de não-ingerencia excessiva nas necessidades vitais eleitas como essenciais a subsistência social. Nesse sentido, deve encontrar um ponto de equilíbrio entre a máxima *felicidade social* e a mínima *violência impelida a quem sofre a punição estatal*, o que Ferrajoli nomina de *Garantismo Reformador*.

O Garantismo visa estabelecer alicerces analíticos com capacidade de legitimar-deslegitimar sistemas normativos, quais sejam, garantias materiais e processuais avalizadoras da atividade estatal, que devem ser observadas de forma *a priori*, não bastando tão somente a mera vinculação legal (mera legalidade), mas, em caráter cumulativo, a vinculação substancial-axiológica dos atos estatais aos

valores e garantias fundamentais estabelecidos como finalidade de proteção incondicional do ser humano contra o arbítrio formal e informal (legalidade em sentido estrito).

Assim, no capítulo 1 faremos um recorte epistemológico na análise da pena, onde farei uma incursão filosófica-histórica acerca dessa como instituição *total e disciplinar*, descurando seus aportes estruturais, bem assim suas influências, que atingem o ser humano, bem como a construção cultural da consciência coletiva de sociedade.

Para tanto, para reflexão da prisão como instituição total, utilizarei da compressão estruturada no arquétipo teórico-dogmático dos projetos teóricos do Erving Goffman, *Manicômios, Conventos e Prisões*, enquanto que para a instituição disciplinar lançarei mão do livro *Vigiar e Punir* do Michel Foucault e o *Cárcere e Fábrica* do Dário Melossi e do Máximo Pavarini, bem como o livro do Norberto Bobbio *Teoria da Norma Jurídica* para iniciar o capítulo realizando um recorte epistemológico e histórico da “prisão como instituição”.

Também, nesse primeiro capítulo, farei uma análise, partindo de pressupostos histórico-culturais, em dois paradigmas que deram base para o estudo do isolamento individual como fato institucional, o sistema *Aunsburniano* e o sistema *Filadelfiano*. Enquanto que, finalizando essa primeira parte, trataremos dos personagens que atuam nessa esfera, os *atores institucionais*, o Ministério Público e o Juiz, onde será realizado uma análise histórico de suas atuações perante as instituições jurídicas.

No capítulo 2 será feito trazido à baila as estruturas teóricas, fazendo uso de influxos históricos e dogmáticos, que justificam e deslegitimam a dogmática penal, trazendo a lume as doutrinas, *abolicionistas, justificacionistas*, que se subdividem em *relativistas e retribucionistas, funcionalismo* e o *paradigma do direito penal de emergência*, o “*emergencialismo penal e as razões de Estado*”.

No capítulo 3, agora nos debruçados em um dos aportes teóricos que fazem desse préstimo um “referencial de controle”, realizarei uma incursão no sistema estruturante do *Garantismo* disseminado por Luigi Ferrajoli, onde mostraremos que esse alicerce, fundante de uma reflexão crítica das instituições, possui três lastros dogmáticos de “desblindagem” dos arquétipos de natureza a

priori, tais como, o *garantismo como modelo normativo do Estado de Direito*, como *Teoria Crítica do Direito* e como *Filosofia do Direito e crítica da política*. Ainda, denotaremos os princípios estruturantes dessa reflexão crítica da blindagem estrutural dos conceitos *autopoiéticos*, qual seja, *legalidade, proporcionalidade da pena, lesividade, materialidade da ação, culpabilidade e regulatividade da pena*, onde serão descortinados seus feixes teóricos pertinente a análise e reflexão do ponto nodal desse préstimo.

No capítulo 4 realizarei uma fecunda análise dos fundamentos fático-históricos de implantação do Regime Disciplinar, seguido do esclarecimento dogmático da norma que o instituiu (Lei nº 10.792/03), de seus pressupostos e efeitos previstos na Lei de Execução Penal. Por fim, chegamos ao ponto nodal e finalidade desse préstimo, onde criaremos um cenário, estruturado pelos aportes teóricos apresentados, de reflexão crítica do Regime Disciplinar diferenciado, uma narrativa estrutural de “desblindagem” dessa instituição. Nesse ínterim, irei enfrentar a problemática proposta, alinhavando os alicerces teóricos mencionados em um expediente crítico-analítico dos fundamentos de (i) legitimidade do Regime Disciplinar, constatando se esse possui o condão de responder positiva ou negativamente a problemática posto a crivo.

1. SISTEMA CARCERÁRIO E PRISÃO COMO INSTITUIÇÃO

Nesse capítulo farei, em princípio, um recorte epistemológico e histórico da pena de prisão como instituição, para em seguida realizar uma análise estrutural dessa como instituição disciplinar e total, perpassando, para dar um teor realístico ao assunto, por dois paradigmas que serviram de modelo estrutural e cultural para análise do isolamento individual, são eles o sistema *Aunsburniano* e o sistema *Filadelfiano*.

Ainda, será trago à baila os atores institucionais presentes nesse processo de reflexão, mostrando os percalços históricos que circundam suas atuações, bem como a evolução de seus papéis e mantras axiológicos que limitam suas atuações.

1.1 Prisão como instituição disciplinar e total

Mergulhar na história da pena seria uma imprudência do pesquisador, pois, ao submergir em águas profundas, a consequência será correr o risco de não voltar a superfície, e perder-se em circunstâncias infundáveis. Por isso, realizarei um recorte objetivo nesse tema, a atividade se concentrará na pena como instituição, ou seja, a pena dos fins do século XVIII e início do século XIX, e esse é o ponto chave.

Para fins de esclarecimento levo como definição de instituição¹ os ensinamentos de Norberto Bobbio, enredando, levando em conta seu criador da ideia Santi Romano, que um fenômeno para que seja considerado instituição precisa ser parte de uma sociedade padronizada com fins determinadas, ou melhor dizendo, nas palavras de Norberto Bobbio², parafraseando Romano, “sociedade ordenada através de uma organização”. Destarte, a pena como instituição, e também como fenômeno jurídico, revela-se em um ordenamento jurídico quando se encontra em uma sociedade fundamentada em pilares estruturais previamente determinados. E a pena começa a ser considerada assim, de forma sistemática, a partir dos fins do

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. Ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, Pag. 29-32

² BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. Ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, Pag. 31

século XVIII e princípio do século XIX.

Não obstante as reformas iluministas constituírem a pena-instituição, que agora possui uma finalidade definida, um sistema de dominação do corpo, agora não mais objeto da liturgia da dor, mas alvo do discurso racional-científico de classificação, da disciplina do corpo e de seu tempo, esses mecanismos já eram utilizados, ainda que antes da pena ser estatuída em lei como punição por excelência. A construção de mecanismo manipuladores do tempo do homem não foram feitas a sorte da “nova modernidade”, mas com dotações prospectivas. Onde, para tanto, se insere o “homem pervertido” na prisão, agora como punição por excelência, com o escopo de reconstruí-lo a imagem do obediente e submisso “novo homem”, sábio da nova ordem da humanidade, paciente, dócil, disciplinado, e o mais importante, previsível³.

Logo, para esses fins, deve-se dominar a consciência do infiel de forma ininterrupta a ponto de não ter tempo para reflexão do seu atual estado de degenerescência de vontade. A dominação pela disciplina do tempo dentro das prisões ocorrem dia a dia, minuto a minuto, fazendo com que se domine suas emoções e se transforme em um ser hábil a obedecer, recodificando sua consciência de seu existir, aprendendo a se inserir em uma estrutura hierárquica de poder.

O isolamento, questão sensível ao objeto de pesquisa, e fundamentado nessa matriz ideológica, tem por pressuposto e finalidade de arrefecer na consciência do ser humano os valores que o destinam ao crime, tanto no aspecto externo e interno ao isolamento, no primeiro visa o afastar do convívio daqueles enclausurados que podem lhe fazer desviar de sua utilidade que a prisão visa lhe dá, exemplo disso são as associações criminosas, sem o rigor técnico do termo⁴.

No que se refere ao segundo, Foucault leciona que a solitária deve criar um “santuário”, em que estejam presentes o condenado e a imagem do crime

³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pág. 217

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pág. 222-223

cometido, para que, com o fim de purgá-lo, na solidão em que é inserida reflita sobre o que o fez estar ali, e construa um sistema de causa e efeito, onde toda vez que observar que o seu ato é classificado como de errado, sinta remorso e perceba que sentirá uma solidão horrenda, sendo afastado do convívio social, se cometer algo errado, fazendo com que crie obstáculos e não o faça⁵.

Tudo isso induz a construção de uma consciência que barre qualquer situação que venha a desestruturar a ordem e uniformidade dada pelos mecanismos de disciplina e do trabalho, pois como foi criada uma cadeia fundamentada no racionalismo científico, onde, baseado nesse saber epistemológico, existem pessoas que, pela sua ignorância e baixa perspectiva de vida, devem submeter-se a estrutura de dominação criada pelo fato de estar trilhado pela disciplina e pelo trabalho realizado nos sistemas penitenciários, o que e como deve ser feito, sem precisar se preocupar em perquirir a razão de sua existência.

Isso conduz a um alívio a casta dominante, pois, com a mecanização da mão de obra em andamento, com o valor da disciplina e do controle do tempo inserido na “consciência por desdobramento”⁶, ter-se-ia construído um micro sistema sólido com a finalidade pretensiosa de uniformizar e organizar o universo humano, disseminando o modelo do “verdadeiro ser humano, todavia, bastante diferente do homem do mundo real.

A prisão, antes de se tornar discurso de dominação econômica do corpo, era considerada uma punição supletiva, ou seja, que essa era uma “sala de espera” para a verdadeira punição. Após as reformas iluministas, construíram a pena-instituição, aquela que agora possui uma finalidade definida, um sistema de dominação do corpo, agora não mais objeto da liturgia da dor, mas alvo do discurso racional-científico de classificação, da disciplina do corpo e de seu tempo, introduzindo o cerne da submissão e obediência a estrutura de valores hegemônicos do sistema vigente, sendo conseguido pela disseminação da importância do trabalho. A construção de mecanismo manipuladores do tempo do homem não foram feitas a sorte da “nova modernidade”, mas com dotações prospectivas. Onde,

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalheite. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. pág. 222-223

⁶ Consciência por desdobramento concerne no produto a partir das impressões de tempo e espaço do mundo real, onde os valores e consequências dos objetos iram se revelando de forma natural.

para tanto, se insere o “homem pervertido” na prisão, agora como punição por excelência, com o escopo de reconstruí-lo a imagem do obediente e submisso “novo homem”, sábio da nova ordem da humanidade, paciente, dócil, disciplinado, e o mais importante, previsível⁷.

O discurso da prisão como correção possui novos fundamentos, uma nova mentalidade da civilização, onde as penas que “matavam mais de uma vez na mesma cena” perderam espaço na reflexão humana acerca da forma menos onerosa a sociedade, dando lugar, assim chamada por Foucault com um pouco de sarcasmo, a “estrutura óbvia” da prisão, como sendo uma forma igualitária e econômica, onde por igual se quer dizer que a liberdade restringida é um bem universal, e econômica pois ao racionalizar o tempo do condenado estaria, por excelência, “pagando uma dívida”. A punição tem em vista as mais diversas graduações de estados de intenções dos “desconformes”, onde se se quer disciplinar e domesticar a quimera tem de ter em mente as emoções e singularidades dessa, que a pena tenha correspondência, que a pena que o torna o crime mais atrativo, só aqui terá a sua obediência e submissão a estrutura social mantedora⁸

Para tanto, levando em consideração que a prisão como instituição *onidisciplinar* e um aparelho de controle exaustivo, deve-se dominar a consciência do infiel de forma ininterrupta a ponto de não ter tempo para reflexão do seu atual estado de demência de vontade. A dominação dentro das prisões ocorre dia a dia, minuto a minuto, fazendo com que se domine suas emoções e se transforme em um ser hábil a obedecer, recodificando sua consciência de seu existir, aprendendo a se inserir em uma estrutura hierárquica de poder⁹.

O isolamento tem por pressuposto e finalidade de arrefecer na consciência do ser humano os valores que o destinam ao crime, tanto no aspecto externo e interno ao isolamento, pois o afasta do convívio daqueles enclausurados que podem lhe fazer desviar de sua utilidade que a prisão visa lhe dar, exemplo disso

⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag . 217

⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag . 218-219

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 222

são as associações criminosas, sem o rigor técnico do termo. Foucault, de forma esperançosa e parcimoniosa, espera que a prisão, um conglomerado de desviantes e criminosos de todos as estirpes, não construa uma estrutura cultural paralela organizada aos valores hegemônicos a serem protegidos. No mesmo sistema, Foucault leciona que a solidão, pela reflexão que objetiva e pelo remorso final, deve criar um “santuário”, em que estejam presentes o condenado e a imagem do crime cometido, para que, com o fim de purgar, na solidão em que é inserida reflita sobre o que o fez estar ali, e construa um sistema de causa e efeito, onde toda vez que observar que o seu ato é classificado como de errado, sinta remorso e perceba que sentirá uma solidão horrenda se cometer algo errado, fazendo com que crie obstáculos e não o faça¹⁰.

Tudo isso induz a construção de uma consciência que barre qualquer situação que venha a desestruturar a ordem e uniformidade dada pelos mecanismos de disciplina e do trabalho, pois foi criada uma cadeia fundamentada no racionalismo científico, onde, baseado nesse saber epistemológico, existem pessoas que, pela sua ignorância e baixa perspectiva de vida, devem submeter-se a estrutura de dominação criada pelo fato de estar trilhado, pela disciplina e pelo trabalho, o que e como deve ser feito, sem precisar se preocupar em perquirir a razão de sua existência¹¹.

Foucault, agora de forma mais pragmática e dinâmica, a fim de explicitar o isolamento individual, confronta os dois paradigmas mais importantes, no que se refere a utilização do isolamento individual, ainda que de formas bastante diversas, que são o modelo Auburniano e Filadelfiano, onde no primeiro o isolamento individual é somente a noite, onde no período diurno é estabelecido a realização de serviços úteis em comum, contudo estando sob o manto do silêncio e a obediência hierárquica. As relações interno corporis são deverás vertical, onde a comunicação só deve ser realizada com alguém superior, e com a permissão do mesmo. A finalidade desse sistema é reproduzir a estrutura cultural hermética, onde a prisão seria uma montagem de como o condenado deveria se portar na sociedade

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 222-223

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 223

ideal. Já no sistema filadelfiano, em oposição a linha mestra do sistema anterior, o isolamento não tem a finalidade de “reproduzir” os bons costumes sociais, mas criar uma interlocução entre condenado e sua consciência, colocando o indivíduo frente a si, refletindo sua existência, até então, espúria e degenerante, para só então, ascender a uma “melhor existência”¹².

Nesse sistema, Foucault aduz que, até com um pouco de sarcasmo ao dizer “sepulcro provisório”, esse sistema é levado a ponto de considerar a noite como o leito da reflexão e expurgação da mente criminógena, e o dia é início de uma nova era para a humanidade em sentido estrito¹³.

Quando do crepúsculo da monarquia, e conseqüente ascensão do capitalismo burguês, o tema da prisão passou a ganhar os holofotes, principalmente com a inserção do trabalho como mecanismo de correção e disciplina do indivíduo. Todavia, a remuneração desse serviço é uma questão polêmica, pois se o trabalho faz parte do caráter retributivo da sanção, a sua remuneração retira a sua obrigatoriedade, o que seria mortal para tal estrutura disciplinar dos movimentos do homem. O tema ganha maiores proporções na metade do século XIX, onde o mundo moderno é assolado pela crise econômica e agitação operária, colocando a mão-de-obra em estado de escassez, mais cara. Isso acaba forçando a aumentarem a cadeia produtiva nas prisões, transformando-a em uma indústria, em vez de oficina, e os condenados em máquinas de trabalho, dando origem, ou se se pensar de forma sistemática só houve a potencialização, ao proletário máquina, sujeito que é ao mesmo tempo engrenagem e produto da prisão, considerada uma oficina¹⁴.

O dom da prisão de transformar quimeras em resignado é trago da sua importância, além da estrutura óbvia, social e econômica, esse último não no sentido anteriormente dado, onde quem perverte o cosmo social é considerado marginal a torrente, devendo ser inserido na prisão para submeter-se a estrutura uniforme da disciplina e educação dos valores hegemônicos, purgando o mal

¹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 224-225

¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 225

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 227-229

encarnado no crime, trazendo à tona um “o homem reprodutor de ideias” e um “homem-máquina”. A economicidade intrínseca na prisão esta cingida ao papel que o trabalho, mecanismo utilizado, encontra na finalidade de disciplinar, onde se ensina o respeito para com o tempo e previsibilidade dos momentos, sabendo o que será feito, o que será realizado, inserindo o homem em uma estrutura redutivista e universalista do saber, criando estabilizações internas e externas na sociedade¹⁵.

Toda a discussão abordada se o salário arrefecia a retributividade da prisão perde calço pelo fato de transformar o detento num sujeito de necessidades, dependente da disciplina e da hierarquia, inseriu em sua consciência a utilidade do trabalho assalariado, do seu próprio suor, ainda que ínfimo, para que em todo movimento obrado esteja impregnado pela disciplina mecânica do trabalho, onde mostra a sua presteza e cuidado com a disciplina ensinada, pela previsibilidade dos movimentos, sem reflexão. Esse salário não marca a real remuneração do trabalho, mas um artifício eficaz que mostra ao detento que isso é importante para a sua regeneração, com um fim subjacente, o de submissão incondicional ao poder estrutural¹⁶.

Sob pena de perder a sua função, a pena não pode ser não individualizada e perpétua, pois se se quer a correção do indivíduo para submeter-se ao como social, deve dar a oportunidade de se colocar em prova as suas aspirações, vez que só assim é que se vai produzir proletários. Foucault, dentro dessa mesma sistemática, preconiza que a gravidade do delito não é pilar único para fundamentar a correção, que, por sua natura prospectiva, se interessa pelo cumprimento de seus efeitos, operacionalizar a emenda do condenado, construindo sua “consciência por desdobramento” com os alicerces da disciplina e educação fabril e proletária¹⁷.

Conforme a sapiência de Foucault, a prisão possuiu um sentido de vigilância e de conhecimento, pois ao ser colocado em uma cela é para que o

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 228-229

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 229-230

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 231

Estado possa manter a sua demência em estado de purgação, e o conhecimento cinge-se em manter o detento imerso no saber fabril ordeiro constituído na prisão. Esse estado de disciplina e cuidados com os presos foi importante para a larga difusão do modelo Panóptico, onde se fundava em uma unidade totalizante e transparente do comportamento do detento, que segundo Foucault, eram formas de estrutura tecnológica e inteligente de dominação, vez que substituem a força e a coação pela vigilância ininterrupta, eficaz e inconsciente sobre a consciência do condenado, podendo o vigilante controlar a carceragem sem ser visto ou notada a sua presença¹⁸.

A revolução estrutural do saber penal fez com que, a partir de uma ótica etiológica, se tente buscar as causas de se cometer crimes, influenciando a mudança psicológica do objeto, deixando de lado a infração e o que o infrator representa, mas focalizar no *delinquente*. Esse, fugindo do que foi feito e o que esse representa pelo que foi realizado, representa um espírito fenomênico imerso em uma singular difusão de saberes internos, onde seus estados de ânimo interno, temperamento, circunstâncias, entre outros, que totalizam a sua existência empírico e histórica, o que Foucault chamou de “introdução bibliográfica”. A penitenciária tem por escopo perquirir totalmente essa cadeia espiritual a procura de seu objeto, os liames da delinquência, os elos que o influenciam ao crime, para aí ingerir com métodos de ruptura desses elos, tais como, a disciplina, o trabalho, silêncio, religião, entre outros saberes¹⁹.

A construção de uma estrutura discursiva ascética do delinquente reflete a imposição universal e institucional de um arcabouço de valores hegemônicos, onde as cadeias marginais as torrentes represadoras do desvio não são abarcadas pelo balaústre cultural, sendo considerados um mundo paralelo do profano das *subculturas*. A discurso moderno da Humanidade veicula um projeto de civilização paradoxal a realidade empírico-humano, pois a constituição uniforme e paradisíaca de um ser abstrato-cultural, um modelo sábio das congregações póstumas, visa proteger com braveza e com retidão as vicissitudes dos discursos

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 235-236

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 238-239

totalitários e moralizantes das estruturas sociais.

Doutro giro, seguindo esteira de Foucault, as comunidades desviantes são participantes de uma liturgia paródica das estruturas do saber dominante, onde os estudiosos dessas estruturas mostram uma versão patológica do desvio, devotando a causa científica do delito a sua matriz teórica, baseando-se nos discursos positivistas a sua justificação teórica, lançando mão da taxonomização dos seres, disseminando discursos redutivistas de determinadas castas assim considerados, que não tinham a atividade científico-cognitiva desenvolvida a ponto de se tornarem parte “da classe” total. Esse saber hermético das existências humanas criaram para o delito o discurso da histeria, como se a sua estrutura genealógica viesse do próprio ser humano, surgindo aí o início de estudo criminológico etiológico do crime como sendo algo da patologia humana²⁰.

A modernidade reformou as vestes do sistema penal e penitenciário, levando a exaustão as suas vicissitudes, procurando não mais as deixas da cólera humana por sangue a fim de arrefecer o sentimento de impunidade e existência do crime naquele momento, mas fazendo o uso econômico da disposição indireta do corpo, agora procurando algo “mais produtivo”, o *simbolismo criminógeno*, veiculado na estrutura considerada natural do crime como algo que possui fruto na alma do homem. É nesse cerne a estrutura panóptica do saber penitenciário incidirá, não no infrator propriamente dito, mas numa visão totalizante da delinquência que essa representa, como se a raiz do ilícito estivesse em sua natureza, como o que Cesare Lombroso proferia em seus escritos, o delinquente natural, próprio de uma criminologia etiológico-positivista. Onde, com isso, se produz um conhecimento com potencial de diagnosticar a delinquência como se essa fosse alguma doença ou enfermidade biológica²¹.

Massimo Pavarini, em uma análise crítico-dialética da teleologia do cárcere, assevera que, muito embora não tenha atingido essa finalidade de se tornar um instrumento produtivo do ponto de vista econômico-manufatureiro, o cárcere conseguiu alcançar uma finalidade dita atípica em relação a ideal, qual seja, tornou-

²⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 240-241

²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Pag. 241

se um instrumento de “modificação antropológica” da identidade humana, uma verdadeira instituição produtória de “homens-máquinas”, uma vez que focalizou em objeto diverso, ao invés da produção mercadológica, foi o homem a pedra focal do momento, além dá, outrossim, atenção aos efeitos do fenômeno do desvio²².

O cárcere se transformou em observatório da identidade desviante, com a finalidade de dissuadir o sujeito real (desviante) para se transformar em um sujeito ideal (proletário). Essa modificação, além de dulcificar e disciplinar o ser humano para responder imperativamente e de forma acrítica aos comandos da autoridade, visa preparar o desviante para uma utilidade econômica para dentro e fora do cárcere, aprender a ser um obediente proletário e sem perspectiva de vida, um mero objeto de produção em massa²³.

Pavarini assevera que o cárcere representa um santuário de observação e conhecimento do criminoso, levando a se desvelar uma necessidade político-científico de especulação desse fenômeno por meio do delinquente, uma vez que, com isso, se pode controlá-lo, modificá-lo e classificá-lo, com a finalidade efetivar com maior rigorismo o controle sociopolítico sobre essas “espécies criminosas”. Como produto do positivismo-etiológico, a confusão ideológica entre criminoso e preso representa uma anomalia, uma vez que se reduz um ao outro, desconsiderando o preso como um *desviante institucionalizado*. Todavia, essa confusão era proposital, porquanto o cárcere como um observatório científico do criminoso, o objetivo é especulá-lo em suas mais diversas dimensões identitárias, a fim de transformá-lo²⁴.

Analisando Foucault, Pavarini ressalta que o cárcere foi instituído como um instrumento panóptico, ou seja, um mecanismo de extrema vigilância da

²² PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 211

²³ PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 211

²⁴ PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 213-214

consciência humana, rompendo com a vereda dupla *ver* e *ser visto*, uma vez que o encarcerado está sendo vigiado, mas esse não sabe disso, pois assim se pode analisá-lo com mais proficuidade. O sistema panóptico tem por finalidade, como via de mão única, colocar o encarcerado em posição de passividade e vigilância diuturna, para que seja realizado um estudo de sua consciência sobre o universo, analisando seus gestos, ações diante de determinadas situações, entre outras factividades, a fim de classificá-lo e instituir uma forma encadeada de controle disciplinar-total e exauriente sobre seus movimentos, criando uma estrutura humana ideal, o *sujeito ao poder*²⁵.

Nessa vereda, Pavarini afirme que o cárcere, emanando como um paradigma de *sociedade ideal*, demonstrou ser um saber que resignificou a dimensão instrumental e teleológica das formas de controle vertical-punitivo, onde se deixou no passado as formas sanguinárias e selvagéricas de controle punitivo (controle destrutivo do “outro”), passando há uma forma mais útil de controle, o cárcere. Essa estirpe de controle tem por finalidade a transformação do criminoso em um sujeito com utilidade social (escopo integrativo), dando a esse uma nova identidade que *deve-ser*, um “não-proprietário”. O cárcere é um paradigma afirmador da ordem cultural burguesa, lastreadora de seus valores, com o fito de (re)educar os criminosos, a fim de que apreendam a serem obedientes e alienados a essa cultural hegemônica²⁶.

Ainda, Pavarini vislumbra o cárcere como uma nova forma de controle disciplinar, asseverando que o primeiro momento penitenciário proporcionou uma exaustiva tensão entre a redução, quiçá a extirpação, da personalidade criminosa e a homogeneidade cultural. Essa vereda perpassou pela operacionalidade dos processos de classificação (*classification of criminals*) e de segregação celular (*solitary confinement*). O isolamento celular insurge como um modelo contraideológico ao carcere com fim preventivo e a organização

²⁵ PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 214-215

²⁶ PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 216

desordenada entre os detentos (coesão-união)²⁷.

A união entre os sujeitos-internos, além de ser perigosa a finalidade do isolamento, assevera a constituição de uma subcultural paralela a estrutura hegemônica, e, ao mesmo tempo, escarnece a cultural promanada pelas perspectivas ideológicas do isolamento. A organização proporciona a criação, e consequente manutenção, de valores paralelos que profanam a ordem e disciplina, criando uma consciência afrontadora a hegemonia cultural, reforçando os laços de solidariedade criminosa entre os signatários da união. Essa é o “vírus” que o isolamento visa combater, a disseminação da contaminação subcultural aos demais, enfraquecendo a estrutura da disciplina e ordem impelida pela cárcere²⁸.

Quem é submetido ao isolamento, segundo Pavarini, o detento é enclausurado em sua própria existência, despido da blindagem moral-ética que detinha – principal efeito do isolamento –, ficando nu a si mesmo a fim de que se perceba a sua “vulgaridade cultural”. Com isso, sendo o detento “alguém” sem sentido, um “vazio ontológico”, esse espaço será preenchido com *um-outro* que identifica-se com a obediência e disciplina, um *ser-ideal*, formado e modulado pelo “universo perfeito” criado pela estrutura cultural hegemônica, tornando-o em um “sujeito de necessidades”, um ser dependente, resignado, educado e disciplinado a casta superior²⁹.

A prisão também em seu feixe histórico demonstrou ser, além de uma instituição disciplinar, ser uma instituição total, uma vez que possui um diapasão de constituição/desconstituição dos alicerces culturais insculpidos como hegemônicos, visando mudar aqueles dispostos a profanar a culturalidade superior, demonstrando ser um aviltador dos corolários assentados. A prisão, em especial o

²⁷ PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 218

²⁸ PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 218-219

²⁹ PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014. Pág. 219

isolamento celular, possui um saber-totalizante, uma concepção de mundo fechado em suas paredes, com a finalidade de (de)formar consciências já estabelecidas a sua livre e oportuna conveniência³⁰.

Erving Goffman, em uma profícua análise das instituições jurídico-políticas, assevera que instituições totais, a exemplo as prisões, são instrumentos que racionalizam o tempo do participante lhe dando algo de mundo novo, onde toda instituição possui um intrínseco “fechamento em si”, uma vez que obsta qualquer envolvimento ou contato do participante com o mundo externo, algo estranho as finalidades buscadas pela instituição. Considerando que essas barreiras visam, além de na realidade demonstrar algo cerrado, criar arestas ontológicas na consciência do internado/participante com a finalidade de cercá-lo de obstáculos a ascensão da vala crítica do ser humano, generalizando as suas relações, sem qualquer fator contradistintivo, rompendo com as linhas fronteiriças criadas pelo próprio internado para distinguir suas esferas de insurgência na sociedade³¹.

Com essa ruptura das divisões de esferas de consciência o participante realizava as atividades em localidade específica e sob o manto de uma única autoridade com um grupo com uma grande quantidade de pessoas, sendo todos tratados da mesma forma, e todas as suas atividades eram disciplinadas e racionalizadas em horários, considerando que visavam uma finalidade única, as razões da instituição. Isso traz à tona um dos pressupostos nucleares das instituições totais, que a partir dessas formas de controle sociocultural dos participantes, racionalizando suas necessidades, se constrói uma massa ordenada e disciplinada. Com isso, considerando que se todos agem conforme o regramento institucional e em conjunto, fica mais facilitado a vigilância de seus passos, proporcionando uma maior controlabilidade dos atos³².

Goffman assevera que nas instituições totais há uma divisão propedêutica entre quem é controlado, denominado pelo autor de grupo de internados, e um grupo que empregava o controle sobre esses, o chamado de

³⁰ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 16-17

³¹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 16-17

³² GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 17-18

equipe de supervisão, que visava manter o controle sobre a comunicabilidade dos internados sob a finalidade de manter estagnado a consciência estereotípica entre esses, criando e mantendo dois universos culturais paralelos, porém sem qualquer espécie e comunicabilidade intrínseca³³.

Ao chegar em uma instituição total o internado possui um dogma cultural incorporado, ou que chamemos de “cultura aparente”, uma estrutura social alicerçada em conjunturas socioculturais aceitas e que não foram submetidas ao crivo dilacerador dessas instituições, uma estabilidade social que sustentava a concepção do “eu do internado”, manejável a sua conveniência e sua liberalidade. Ao adentrar no bojo dessas instituições o internado, que possui uma estrutura de consciência de “seu eu” em perfeita solidificação, passa por um processo chamado de “desculturação”, despindo-o de seus mecanismos de resolução de conflitos com os quais lidava com os dissabores do mundo externo, criando uma tensão entre o seu “eu-autêntico” e seu “eu-institucional”³⁴.

O “eu” do internado ao se inserir na instituição é desmunido de instrumentos de apoio com o qual era utilizada para defender-se ou afirmar-se nesse mundo, ficando nu para a instituição, facilitando a sua dulcificação e profanação do seu “eu” anterior. Essa versão autêntica e original de sua consciência é submetido ao processo de “mortificação do eu”, permutando os alicerces de sua “carreira moral” anterior. Uma das primeiras mortificações estabelecidas são as barreiras entre o mundo doméstico e o mundo institucional que essas instituições totais impelem ao internado, uma vez que considerando que vida civil o internado possuía vários papéis, várias ligações com diversas esferas culturais, o que nas instituições totais é podado, pois esse deve seguir um papel instituído, rompendo com qualquer ligação diversa a dessa³⁵.

O processo de admissão nas instituições totais tendem a ser o primeiro “suplício” impelido ao “eu-domestico”, uma vez que uma série de

³³ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 18-20

³⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 23-24

³⁵ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 24

despojamentos de sua consciência, tais como história pregressa de sua vida, tirar suas medidas, lhe imputar números, dar banho, catalogar bens pessoais, além de outros, ou seja, a instituição, além de estar disciplinando, dizendo o que você é na perspectiva da instituição, essa o está objetificando, está lhe programando a livre conveniência dessa, fazendo que, com isso, o internado esqueça a vida anterior, seus valores auto-edificantes, substituindo-os por outros valores³⁶.

Os objetos retirados dos internados possuem um vínculo ontológico com sua identidade, com o seu “eu-original”, onde essa é uma esfera em que o internado possui controle sobre suas ações, um controle de aparência sobre os demais, e para isso precisa manter o que Goffman chama de “estojo de identidade”, um conjunto de instrumentos moduladores de seu “eu” a conveniência do mesmo, com a finalidade de aparentar ser para o “ser-outro”. Ao ser admitido na instituição total, possivelmente o indivíduo será despido desse poder de controlabilidade de si mesmo, que agora fica na conveniência da instituição total, não podendo mais apresentar-se à sua maneira aos demais, onde sua identidade é coagido pela indignidade de se portar de forma ordeira com a classe dirigente, a sofrer humilhações, em razão de sua condição atual³⁷.

Goffman assevera que a partir da admissão o internado são expostos a outra forma de mortificação, um processo de contaminação. O internado possuía no mundo doméstico um seletor bojo instrumental que caracteriza sua identidade que mantinha fora do foco contaminador, contudo, nas instituições totais essa prerrogativa é violada, uma vez que essa rompe com essas barreiras antepostas pelo internado com a finalidade criar obstáculos entre a esfera do seu “eu” e o “ambiente”, fazendo com que seu “eu” fique exposto ao foco profanador do contágio. Exemplos disso são as violações da intimidade, uma vez que as barreiras de consciência foram transpostas, compelindo o aspecto físico, as condições insalubres, dentre outras³⁸.

³⁶ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 25-27

³⁷ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 28-30

³⁸ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 31-32

Goffman enuncia a existência de um outro processo de mortificação do “eu-doméstico”, que por sua peculiaridade deontológica não ecoa tão diretamente sob esse espectro, é o que ele chama de “circuito”, que são estruturas autodefensivas do internado que passam a ser fundamento justificatório para a sua punição. No mundo externo essas respostas são formas de lidar com a angustia da rotina diária que o colocam em patamar de originalidade, o que, contudo, não pode ser utilizado no bojo das instituições totais, pois esses joguetes são destituídos de valor tutelatório, não servindo a finalidade de separação do processo mortificante e o seu “eu”³⁹.

Goffmann assevera a existência três problemas gerais no que concerne ao papel das instituições totais. A primeira se refere ao fato dessas estirpes de instituições ojerizam o aspecto do clamor pela originalidade da consciência humana, profanando todo e qualquer ato na vida doméstica que enuncia e afirme a autodeterminação do ser humano, fazendo que tenha a consciência de que não é nada mais de que um servo sem perspectiva futura para a satisfação da conveniência da instituição, uma casca vazia que será preenchida pelo “não-eu”, perdendo o poder potestativo de controle e ingerência sobre suas próprias razões de decidir⁴⁰.

O segundo problema elencado por Goffman são as questões referentes as justificações institucionais para impelir o processo de aniquilação do “eu”. Nesse ínterim, as instituições buscam a chamada “automortificação”, uma vez que se vislumbra o sucesso de seus valores quando o próprio internado encarna em sua consciência o seu desvalor cultural para que, em seguida, ponha em curso o processo de “higienização de sua consciência subcultural”. As justificativas para a implementação da ação mortificante são os mais variados, tais como, “higiene, zelo pela vida, capacidade de combate, segurança”, entre outros. Contudo, a justificabilidade genérica desse processo se dá pelo fato de perfazer com melhor ênfase o controle total sobre a vida dos internados⁴¹.

³⁹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 40

⁴⁰ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 46

⁴¹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 47-48

O terceiro problema asseverado por Goffman insculpi a relação entre o esquema de interação simbólica do destino do eu e a estrutura engendrada pelo esquema de tensão. Nesse ínterim, esse processo criado pela tensão entre mundo doméstico e mundo institucional delineia o caminho a ser traçado na construção de uma novel identidade, porém, esses processos cognitivos possuem uma variabilidade de possibilidades a serem consideradas, uma vez que, muito embora o processo de mortificação tenha a tendência de criar uma tensão incisiva entre as dimensões opostas da consciência, violando as fronteiras do “eu”, para algumas pessoas esse processo pode ser considerado um alívio. Nesse diapasão, o internado passa por uma crônica violação das fronteiras do “eu”, mas alguns desses processos podem não ser intimamente ligadas ao “eu”, tais como, insônia, alimento, muitas incertezas, entre outras⁴².

1.2 Sistemas Aunsburniano e Filadelfiano

Foucault, de forma mais paradigmática e dinâmica, a fim de explicitar o isolamento individual, confronta os dois paradigmas mais importantes, no que se refere a sua utilização, ainda que de formas bastante diversas, os modelos de Auburn e da Filadélfia⁴³.

No primeiro o isolamento individual é somente a noite, onde no período diurno é estabelecido a realização de serviços úteis em comum, contudo estando sob o manto do silêncio e a obediência hierárquica. As relações interno corporis são deverás vertical, onde a comunicação só deve ser realizada com alguém superior, e com a permissão do mesmo. A finalidade desse sistema é reproduzir a estrutura cultural hermética, onde a prisão seria uma montagem de como o condenado deveria se portar na sociedade ideal⁴⁴, ou seja, como num organismo, e o preso como uma célula.

⁴² GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. Pág. 49

⁴³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. pág. 224

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. pág. 224

Já no sistema filadelfiano, em oposição a linha mestra do sistema anterior, o isolamento não tem a finalidade de “reproduzir” os bons costumes sociais, mas criar uma interlocução entre condenado e sua consciência, colocando o indivíduo frente a si, refletindo sua existência, até então, espúria e degenerante, para só então, ascender a uma “melhor existência”, é o que Foucault chama de uma mudança de “moralidade”. O isolamento era absoluto, tendo as celas uma funcionalidade pedagógica, dando o sinal de constrangimento e culpa, para que, no dizer de Foucault, possa “iluminá-lo de dentro”. E, para tanto, a arquitetura deveria cooperar com essa regeneração, a qual a ideia do crime esbarre e de luz ao que o próprio autor chama “mito da ressurreição”⁴⁵.

1.3 Atores Institucionais

Com a pretensão de aproximação das esferas analítico-ontológicas (existência, validade e eficácia), deve-se levar em consideração que a criação de instituições por si só não resolve a problemática da efetividade das mesmas, uma vez que essas quando consideradas em si mesmas impelem uma perspectiva reificante de suas premissas, isolando-se em uma blindagem ético-normativa, obstando qualquer controle estrutural das outras esferas (validade e eficácia). Noutro giro, precisam ter operacionalidade por meio de agentes capazes de extraírem a sua essência com a finalidade potencial de aplicação efetiva. Nesse ínterim, considerando a problemática, percebemos atuação *in concreto* da Polícia, do Ministério Público e o do Juiz.

Inexoravelmente, de início, o sistema policialesco é o primeiro filtro institucional a aferir as naturezas desviantes das condutas, é a primeira autoridade a ter contato com essas situações fáticas. Ferrajoli⁴⁶ aloca que uma das funções garantistas precípua do direito e do processo é a monopolização do uso da força contra aos excessos coléricos (estatal e informal), estatuidando cláusulas exaustivas e exclusivas de utilização dessa força, contudo, não basta essas cláusulas garantistas estarem exaustivamente previstas em legislação, mas devem estar previstas e serem efetivamente aplicadas.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. pág. 224-225

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 704

Diante do irredutível grau de variabilidade entre a esfera normativa e os fatores realísticos, é faticamente visível o estado de manipulação dessas garantias por instituições que agem sem observância legal, criando uma força contracultural que atua de forma paralela, não obstante ser formalmente previsto essas garantias, isso é vislumbrável nos regimes militares da América Latina⁴⁷.

Walter Benjamin, mencionado do Ferrajoli, assevera que a polícia possui dupla funcionalidade, aquela que assenta o direito e que o conserva, isso, por via paralela, concerne nas funções do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Poder Executivo⁴⁸. Essa instituição, mesmo sendo uma atividade administrativa, é a única que possui a peculiaridade de intervir diretamente nas liberdades fundamentais, e, outrossim, em consonância com sua competência própria, não é tão somente um órgão auxiliar da jurisdição, mas uma instituição com variantes preventivas e cautelares em confronto com sujeitos suspeitos e perigosos⁴⁹.

Ferrajoli ressalta que, por um lado, que o discurso de periculosidade ou de suspeita não possuem compatibilidade com a estrita legalidade, uma vez que são estruturas linguísticas *a priori* sem qualquer vinculação fenomenológica, sem ser possível realizar o controle de verificabilidade e refutabilidade em razão de seu conteúdo ser manipulável “por quem fala”, enquanto, de outro lado, o manejo da força por essa instituição incidem não somente interesses gerais (administrável pelo Executivo), mas, outrossim, e com mais potência, os direitos de liberdade individual, cuja ingerência deveria ser subtraída do alvedrio do Poder Executivo, sendo tão somente sujeitas ao crivo da via jurisdicente⁵⁰.

Diante dessa ambiguidade estrutural, ou seja, fazer parte do limbo concêntrico das esferas institucionais (Legislativo, Judiciário e Executivo), a polícia escapa do monopólio penal da violência reservado a lei, de um lado, com vinculação estrutural de forma e de substância insculpidos pelas garantias penais, e de outro,

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 705

⁴⁸ BENJAMIN apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 707

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 707

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 707

vinculado ao juízo, que possui observância as garantias processuais. Essa zona concêntrica entre legislativo e jurisdição em que se aloja a instituição policial a faz gozar de um grau arbitrário de legitimidade sem vinculação aos alicerces garantistas desestruturantes e mitigadores do excesso institucional⁵¹.

É credor da tradição iluminista o surgimento e potencialização das práticas policiais, mostrou deverás desordenada, emanando uma estrutura legiferante imponente e inferior em relação as codificações penais e processuais. A desenvoltura do sistema policialesco, segundo Ferrajoli, são três linhas, a primeira linha concerne na prevenção especial *ante delictum* em detrimento das “castas criminosas” ou as estirpes perigosas, ou seja, a policial possui a função de se antecipar as práticas criminosas dos considerados perigosos ou suspeitos; a segunda linha são as funções cautelares *ante indicium*, um sustentáculo do processo, uma policial judiciária contra a casta dos “suspeitos”; já a terceira linha desenvoltura é a cognominada de *direito de exceção extra legem*, onde sob o jugo do discurso *razão de Estado* atua de forma casuística/contingente em função de políticas de controle social⁵².

Ferrajoli afirma que, sob o jugo do Estado de Direito, a atividade policial deveria se restringir a três funções, (I) a atividade policial-investigativa em relação aos crimes e atos ilícitos na esfera administrativa, (II) a prevenção dessas infrações, bem como (III) as funções executivas auxiliares ao Poder Judiciário e a Administração, considerando que essa instituição não poderia exercer de forma autônoma esses poderes sem qualquer tipo de controle externo a essas funções em detrimento das liberdades civis e demais direitos fundamentais. Essas funções deveriam ser repartidas de forma ordeira e estruturada com independência funcional e hierárquica das outras esferas de poder a qual auxiliam, melhor dizendo, não deveria haver acúmulo de funções em uma mesma estrutura policial. Nesse ínterim, com isso, se pende ter uma polícia judiciária, com o encargo de investigação dos crimes e demais provimentos jurisdicionais, devendo ser rigidamente separadas das outras espécies de polícias, com independência funcional-hierárquica das outras

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 707

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 708

polícias⁵³.

Ferrajoli impele ferrenha crítica ao sistema policaiesco, uma vez que quando vai classificá-lo não se vislumbra levar em consideração os aspectos funcionais e/ou organizacionais, mas, tão somente, seu aspecto substancial, seu descompromisso com os liames legiferantes e juridicantes, considerando que as sanções impostas afetam as liberdades pessoais. Além do mais, os crimes reprimidos não possuem diferença em razão da revelia de predeterminação legal⁵⁴.

Esses joguetes substancialistas das funções das polícias incidem não somente nas próprias dos sujeitos e aparatos do sistema policaiesco, mas, outrossim, nas funções dos sujeitos e aparatos do sistema jurisdicional. O primeiro se nomina de polícia com funções *parajudicárias*, onde se preza pela substancialidade das medidas afitivas, já no segundo se chama *magistratura* com funções *parapolicialescas*, onde os pressupostos ato administrativa consubstancia-se no potestativismo substancial⁵⁵.

Essas duas estirpes maculadoras se desenvolveram em paralelo as legislações do século XIX, onde, em sua totalidade, são nocivas e perversoras aos sistemas de garantias penais e processuais, uma vez que a justificabilidade da atuação de ambos sistemas, seja policaiesco ou juridicante, fica ao alvedrio da potestade de quem tem o “poder do discurso”, se furtando do controle de validade das garantias, penais e processuais⁵⁶.

É bem verdade que a relação cultural histórica entre acusação e julgamento possuem quase uma função simbiótica, uma vez que por muito foram imbricados em um único ator. Todavia, o sistema acusatório foi de suma importância, porquanto introduziu um elemento estrutural na analítica jurídica, a irreduzível *separação das funções acusatórias e julgadoras* do mesmo ator, consubstanciado no axioma garantista *nullum iudicium sine accusatione*. Com isso,

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 709

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 709

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 709

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 710

essa garantia enuncia um duplo efeito, (I) a separação dessas funções, criando-se, com isso, um órgão com função acusatória e um com a função de julgar, inculcando um distanciamento do juiz das partes, e (II) criou o ônus de contestação e da prova atribuídos ao órgão acusador, uma vez que as provas devem ser submissas ao controle de verificabilidade e refutabilidade, tanto para a defesa como para a acusação⁵⁷.

Muito embora o processo acusatório pretérito era de espectro privado, onde a iniciativa era da parte ofendida, tendo essa um lastro irredutível de discricionariedade e conveniência no poder de acusação. Mas com a assentamento do caráter público do direito penal e da sua funcionalidade preventiva dos crimes, a ação penal foi paulatinamente perdendo sua estirpe privada, assumindo completamente sua função pública. Nesse sentido, em um primeiro momento, foi dado ao cidadão a prerrogativa de ajuizar a ação civil ou popular em face das chamadas *delictas públicas*, e, em um segundo momento, com a criação de uma instituição, onde, em consonância com os órgãos jurisdicantes, possuía funções acusatórias, tendo por nome Ministério Público⁵⁸.

Houve uma discussão à época do “ascender das luzes” se o papel da acusação pública ficaria a cargo de alguém que fosse nominado de o “herói público” para vingar a sociedade, ou de recolocar nas mãos populares a condução da acusação, e reserva funções suplementares a um órgão público. Uma primeira visão foi tida nas Constituições europeias, tais como, Áustria, com a Constituição criminal Teresina de 1768, onde se extirpou a figura da “acusação voluntária”, posteriormente na França com a Constituição do ano VIII e depois com Código de Processo de 1808 e o Ordenamento Judiciário de 1810, onde deram o monopólio da ação penal a palma do Ministério Público de nomeação governamental. Em uma segunda perspectiva, o que se inculpiu nos ordenamentos anglo-saxões,

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 522

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 523

estruturou-se o entendimento de o poder de acusar foi confiado substancialmente a órgãos públicos, com formas residuais de ação popular⁵⁹.

O que Ferrajoli critica nessas perspectivas cingir-se, muito embora queiram dar uma solução na questão da legitimidade da ação penal, na questão de se colocar em discussão o princípio da *publicidade da ação*. Contudo, o próprio ressalta que a *discricionariedade* e a *disponibilidade da imputação* e até mesmo nas matérias probatórias, fincadas nos ordenamentos acusatórios atuais, representam um desfecho irredutivelmente privado, proporcionando um lócus inexorável de arbitrariedade. É bem verdade, segundo Ferrajoli, que esse sistema, muito embora arbitrário, se mostra deverás eficaz, todavia, o custo da justiça se materializa em uma atuação policlesca e deverás arbitrária que sacrifica o “outro” com base em critérios etiológicos⁶⁰.

Em uma dimensão teórico-lógica, o sistema acusatório exclui que há existência da discricionariedade na acusação, crendo, em contrapartida, na pungibilidade lógica do lado antagônico da discricionariedade, o *princípio da obrigatoriedade* e da *irrevogabilidade* da ação penal pelos legitimados públicos. Esse raciocínio é fruto de uma hermenêutica sistemática do sistema garantista proposta por Ferrajoli, uma vez que esses princípios, partindo de uma perspectiva lógica, elucidam uma proteção aos axiomas *nullum crimen, nulla culpa sine accusatione* (não há crime, não há culpa sem acusação), e como consectário lógico, *nullum crimen, nulla culpa sine iudicio* (não há crime, não há culpa sem jurisdição) e *nullum iudicium sine accusatione* (não há jurisdição sem acusação). Enquanto em uma dimensão funcional, esses princípios são fundados na mesma *ratio* da publicidade da ação penal, noutras palavras, os sustentáculos dos *princípios da obrigatoriedade* e da *irrevogabilidade* da ação penal são a garantia de igualdade dos cidadãos sob o manto da lei, a certeza do direito penal e a proteção das partes ofendidas que demonstram ser vulneráveis⁶¹.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 523

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 523-524

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 524

No que refere ao modelo de juiz – a quem Ferrajoli legou quatro deveres, qual seja, *interpretação das leis ou verificação jurídica, valoração das provas ou verificação dos fatos, de conotação equitativa e de disposição discricionária* - a ser adotado pelo sistema jurídico, quais suas qualidades, funções a serem exercidas, atribuição de competência, dentre outras questões. As perguntas a serem respondidas na construção do perfil jurdicante perpassa por duas questões, *orgânicas* ou de *justificação externa* e propriamente *procedimentais*, posteriores a primeira⁶².

O fluxo histórico do processo penal pendeu incisivamente pela alternativa de perfil do juiz entre *juízes-magistrados* e *juízes-cidadãos*. No sistema acusatório o modelo jurdicante transparece um perfil imparcial de juiz, onde esse representa um mero espectador “da ópera” (processo judicial), enquanto no sistema inquisitório, exige-se do juiz um perfil ativo, donde representa os interesses do Estado na perseguição da legitimidade do *direito público subjetivo de punir* (jus puniendi), dotado de capacidade investigativa de ofício⁶³

A tradição iluminista, divergindo do modelo técnico-mecanicista de juiz, o qual fora adotado pelos ordenamentos anteriores, preferiu um perfil de juiz não técnico e popular, donde vários pensadores nominaram de diversos nomes, a exemplo, o Beccaria⁶⁴ chamou de “um homem ordinário de bom sensu”, enquanto Jeremy Bentham⁶⁵ “um bom pai de família” com dotes comuns do “homem natural”. Thomas Hobbes, mencionado por Ferrajoli, elencou as qualidades de um bom juiz não técnico, tais como, (I) a consciência justa sobre a lei natural considerado importante, a *equidade*, que prescindir do conhecimento de outras fontes, mas da intrínseca bondade própria da racionalidade natural, (II) o desprezo por promoções, (III) a capacidade do julgamento sem tangenciar com as alegorias da moralidade,

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 529

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 530

⁶⁴ BECCARIA APUD FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 531

⁶⁵ BENTHAM APUD FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 531

sem aferição de emoções ou paixões e (IV) ser diligente e paciente para as vicissitudes existentes na função, para ordenar e aplicar o fora percebido e ouvido⁶⁶.

A atividade jurisdicional, segundo Ferrajoli, é um processo cognitivo de construção da verdade, que inclui momentos de decisão e valoração que caracterizam esse préstimo. Ainda, nominou o Poder Judiciário como um espaço decisório, que inclui a interpretação das leis, indução da prova, a conotação equitativa e o juízo axiológico de discricionariedade, característico da atividade jurisdicante. O autor vislumbrou um sistema jurídico que demonstra um *grau de garantismo* capaz de reduzir esses referidos “espaços”, conferindo um lastro normativo que depende precipuamente de um espectro linguístico-legal e jurisdicional, onde foram assumidos como alicerces dessa estrutura garantista, dentro do “Estado de Direito”, os princípios da *estrita legalidade* e *estrita submissão a jurisdição*⁶⁷.

Esses caracteres estruturais do garantismo, circundantes do Estado de Direito, fazem diferenciar as atividades jurisdicantes dos demais préstimos jurídicos, sob o manto de dois aspectos, um de natureza estrutural e outro de natureza funcional. No primeiro aspecto, a jurisdição concerne em aplicar as leis, mas as demais atividades jurídicas também se prestam a aplicar a lei, só que, contudo, em uma dimensão diversa, uma vez que as leis por essas aplicadas se referem a predeterminações de suas formas estruturais de organização ou procedimento. Em contrapartida, a atividade jurisdicional se presta, todavia, imersa em na estrutura montada pela *estrita legalidade*, a aplicação da lei a uma *hipótese normativa*, onde, necessariamente, é imprescindível a existência de um fato sob o qual se debruça um exercício cognitivo para essa aplicação⁶⁸.

Nesse sentido, importa-se em um raciocínio jurídico diferenciado – sabendo das limitações imanentes ao problema da concretude da verdade processual –, onde a lei e a sentença, fazendo da compreensão kelseniana,

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 531

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 532-533

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 533

possuem uma relação simbiótica nomodinâmica e nomostática, uma vez que ela não é apenas *delegada* (nomodinâmica), mas também *derivada* (nomostática) da previsão legal. Nesse diapasão, é que se forma uma das premissas do raciocínio que se funda a aplicação da lei, tendo sua validade enfiada na verdade estabelecida pela sua motivação, ainda que externada de forma aproximativa. A diferença entre a atividade jurisdicional e as demais pode ser verificada no entendimento de que a primeira se submete a *estrita legalidade*, vinculando o juiz a validade substancial, além da formal, enquanto as demais são submetidas a *mera legalidade*⁶⁹.

Em um segundo plano as atividades jurisdicionais não se conduzem por interesses pré-constituídos. Enquanto as demais atividades jurídicas, operacionalizadas por suas formas e limites insculpidos legalmente, trilham suas diretivas pelos espaços de atuação que lhe são impostos, de modo que seguem interesses da maioria ou o interesse público. Em contrapartida, a atividade jurisdicional pauta-se não por interesses pré-judiciais, mas pelo labor da aproximação da verdade ao caso concreto, pela concretude dos feixes abstratos (norma) as estruturas acidentais (fato). Por essas razões (estruturais e funcionais), enquanto as demais atividades jurídicas se filiam a discricionariedade e a diretivas superiores, a atividade jurisdicional não possui qualquer lastro vinculativo com orientações políticas⁷⁰.

Luigi Ferrajoli assevera que a *sujeição somente a lei*, além de ser um sustentáculo único da fonte de legitimação política, externa a posição institucional do juiz, uma vez que sua colocação externa as partes e aos interesses em conflito (juízo de imparcialidade), o conferem posição, firmado em uma justificação ético-política, de perseguir a verdade e conferir concretude aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a fim de conferir concretude a imparcialidade, Ferrajoli

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 533

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 533-534

ressalta a importâncias das chamadas *garantias orgânicas*, que consistem em separações, incidindo nos três perfis de imparcialidades mencionadas pelo autor⁷¹.

O primeiro é a (I) *equidistância*, onde o juiz tem se afastas dos interesses constitutivos do conflito, (II) o segundo é a *independência*, proporcionando uma abstrativização da atividade jurisdicional do sistema político em geral e a (III) *naturalidade*, onde será requerido regras de designação e de competência da atuação juiz. Nesse ínterim, é precípua o manejo das ditas *garantias orgânicas*, que consistem em três separações. Primeiramente, em relação a *equidistância*, é preciso a cisão do juiz da atividade acusatória, já em relação a *independência*, é requerido a separação do juiz das demais esferas de poderes e sua difusão funcional entre sujeitos que não dependam um do outro, enquanto em relação *naturalidade* é preciso a separação do juiz das atividades delegadas (sujeitas a discricionariedade) e a predeterminação necessariamente legal de suas competências.⁷²

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 534

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 534

2. ESTRUTURAS TEÓRICAS DE DESLEGITIMIDADE E JUSTIFICABILIDADE DA DOGMÁTICA PENAL

As ilações dogmáticas penais passaram por influxos históricos na tentativa de solução do problema de justificabilidade, considerando os corpos ideológicos de percepção a serem vistos. A torrente histórica nos é credora no momento em que consigna que o problema de justificação da pena foi recorrente, sob melhor juízo, significa que sempre foi indagado a fonte da legitima de uma comunidade política para exercer o *múnus* da violência, muitas vezes fazendo uso de discursos ético-subjetivos como *pretensão punitiva* ou *direito de punir*. Ferrajoli sempre indaga quais seriam os fundamentos, e se existem, éticos, morais, justificáveis e justos para se empreender em indivíduo o furor anímico da violência? Em que se basearia a justificabilidade da violência?⁷³

Esses influxos teóricos se circundaram de duas respostas ao presente problema da (in)justificabilidade da pena, tais como, as doutrinas *justificacionistas*, dando uma resposta positiva a legitimidade e as razões éticas dos custos impelidos pelo direito penal, em contrapartida temos as doutrinas *abolicionistas*, que outorgam a negatividade das razões e motivos do direito penal, não reconhecendo nenhuma justificativa, porquanto consideram seus custos inferiores em detrimento das constrictões causadas, tais como, violação da liberdade humana. Com isso, Ferrajoli acaba por circunscrever que a questão da justificabilidade, como o cerne do *se* e do *porquê* punir, se demonstra de forma pungentemente problemática⁷⁴.

2.1 Abolicionismo

Luigi Ferrajoli, demonstrando preocupação com o problema linguístico-semântico, assevera que *abolicionistas* são doutrinas que apontam a ilegitimidade do direito penal de forma crassa, demonstrando que os objetivos levantados não possuem o condão legitimador hábil a engendrar as constrictões que são impelidas, considerando vantagem a sua abolição em face de uma estrutura que

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 230

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 230-231

emprega meios pedagógicos ou meios informais de controle social. Esse saber, segundo o autor, se diferencia dos chamados *substitutivistas*, porquanto esses empregam um saber criminológico, embora ainda institucionalizados e encravados coercitivamente, de substituições dos meios reais de reação punitiva por instrumentos pedagógicos e informais. Ainda, as chamadas doutrinas *reformativistas* denotam um caráter mutativo da interferência do poder punitivo estatal, onde se propõe um arrefecimento uma menor intervenção estatal, levantando, inclusive, a possibilidade de abolição da pena legada da modernidade por uma diminuta aflição⁷⁵.

Ferrajoli pende sustentar que seguirá a perspectiva de redução das penas detentivas, uma vez que se demonstram, demasiadamente, exacerbadas e causadoras de contrições, não rara as vezes, desnecessária, limitando, inclusive, o âmbito do núcleo punitivo, as proibições penais, reduzindo o espectro de incidência do poder estatal. Com isso tutelando em observância ao núcleo básico e fundamental do *direito penal mínimo*⁷⁶.

O abolicionismo possui uma estrutura heterogênea de doutrinas, com perspectivas ético-culturais demasiadamente diversas, convergindo, tão somente, na negativa de qualquer tipo de legitimação ou justificabilidade externa da intervenção estatal no desvio de conduta. Os mitos criados por essas estruturas ideológicas perpassam pelos enigmas mais assombrosos dos meandros da história, vão das míticas figuras do “bom selvagem”, da “sociedade sem direito”, dos discursos anarquísticos do “homem novo”. Com isso, se constrói uma superestrutura apologético-discursiva de uma sociedade livre e autorregulamentada⁷⁷.

Partindo do cume do *abolicionismo radicalista*, percebemos que essa base teórica não visa tão somente a deslegitimação das penas, mas o sistema coercitivista-social-estatal como um abrangente, vislumbrando a falta justificabilidade total das proibições e dos julgamentos em si, destituídos incondicionalmente de qualquer tipo de discurso legitimatório. Ferrajoli lega essa

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 231

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 231

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 232

aporia ao *individualismo anárquico de Max Stirner*, onde vislumbra-se uma ojeriza a qualquer tipo de ordenação normativa *lato sensu*, legitimando, inclusive, a desordem e a deviação como fonte de autenticidade do egocentrismo amoral do ser humano, como sendo o *ser-agora*, outorgando um juízo de injustiça as práticas redutoras desse amoralismo do ego humano⁷⁸.

Em sentido oposto, há uma doutrina antitética ao amoralismo stirneriano, muito embora ainda permaneça tutelando a não legitimidade do julgamento da transgressão, o faz como foco diverso do anterior, olhando para o desvalor moral do julgamento de um sobre o outro, e não a transgressão em si. Um de seus sustentáculos, mudando o foco de Stirner, seria o princípio do *moralismo altruístico*, onde se prevalece uma visão de alteridade do outro. Essas elucubrações possuem vínculo umbilical com as fontes teóricas do jusnaturalismo, onde, por consectário lógico, escora sua estrutura normativo em princípios morais de cadeia superior, hábeis a ditar o caminho a ser seguido pela sociedade⁷⁹.

É de bom alvitre salientar a existência de duas doutrinas abolicionistas que marcaram pelas suas perceptivas teóricas, tais como, a *sociedade selvagem* e a *sociedade disciplinar*. A primeira criou o mito da sociedade deixado ao alvedrio das contingencialidades do mais forte, sujeitas a sua lei natural. Enquanto a segunda se perfaz sob uma sociedade *autopoiética e totalitário*, onde os conflitos são resolvidos, quando não são prevenidos, por instrumentos de estirpe social-ético-pedagógico, causando, então, uma autorreferência da ordem e onisciência social⁸⁰.

Luigi Ferrajoli, expondo uma análise profícua ao se debruçar sobre essas teorias, critica as doutrinas abolicionistas no que tange afirmar que essas não se preocupam em responder as questões subjacentes, quando não incisivas, a quantidade e qualidade da pena, pervertendo o substrato potencializador do garantismo, vislumbrando uma rejeição abrangente (modelo totalitarista e liberal) como se não houvesse elementos analíticos contradistintivos de suas bases

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 232

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 232

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 234

teóricas, não contribuindo para a dimensão teleológica do garantismo, a limitação e mitigação do exercício do poder punitivo estatal⁸¹.

Em contrapartida, assevera que, muito embora exista críticas, e professe um redutivismo recíproco, o abolicionismo teve dois méritos enumerados por Ferrajoli. O primeiro mérito foi dar credibilidade e força a dimensão idealizadora de deslegitimação externa das instituições jurídicas e políticas da sociedade à época, colocando-se ao lado de quem sofria a violência estatal e, por consequência histórica, dando base e autonomia a criminologia crítica, tendo essa se aventurado nas veredas culturais das sociedades com a finalidade de contrapor-se em relação a fonte de legitimidade moral das instituições penais dominantes. Já o segundo mérito concerne na denúncia da arbitrariedade, bem assim os custos que essa prática desmedida causa⁸².

2.2 Retribucionismo

Passada a analítica das respostas negativas a legitimidade do poder punitivos estatal, nos debruçaremos nas estruturas teóricas que se envergam a outorgar legitimidade ao poder punitivo estatal, são as chamadas doutrinas justificacionistas, que se subdividem em doutrinas justificacionistas absoluta (dimensão ética e jurídica) e relativa (prevenção geral e especial).

Carreado aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, as doutrinas de justificação absoluta são aquelas que esclarecem que a pena possui um intrínseco valor axiológico, um verdadeiro fim em si mesma (*ser-em-si*) e não um meio, sendo considerado, por consectário lógico, como retribuição *a priori* e incondicionada a qualquer especulação realística, mostrando-se como um dever *autopoietico* que se insurge contra o *passado*. Já as doutrinas de justificação relativa ou utilitaristas transcendem as perspectivas absolutistas, outorgando a pena um valor instrumental (meio)⁸³.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 234

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 235

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 235/236

A principal diferença entre as absolutas e relativistas, segundo Luigi Ferrajoli, que cita Sêneca, é que as primeiras são consideradas *quia peccatum*, ou seja, a retribuição que se volta ao passado (o que foi feito), já a segunda é chamada *ne peccatum* valorizando a pena para o futuro. As doutrinas absolutas possuem existência incondicionada a qualquer valor metajurídico, já as relativistas dotam a pena de legitimidade quando esse se adequando aos fins perseguidos socialmente, precisando equalizar os contrapesos meios e fins⁸⁴.

Apesar das doutrinas de justificação absoluta se subdividirem em retribuição ética (Immanuel Kant) e retribuição jurídica (Friedrich Hegel), ambas possuem confluências teóricas, uma vez que esclarecem a pena como *um mal justo*, perpassando pelas estruturas primitivas, nos ordenamentos de tradição divina, encarnando-se em três pilares de estirpe religiosa, tais como, “vingança”, “expição” e “reequilíbrio” da pena e do delito⁸⁵.

Muito embora esses pilares tenham entrado em crise no *nascer das luzes*, seu potencial ideológico ascendeu nas mãos de Kant e Hegel, levando a exaustão as suas potencialidades sociais. Kant deu luz ao *retribucionismo ético*, onde impera o entendimento de que a pena era impelida pelo intrínseco valor moral que a lei universal violada detinha em seu bojo. Já nas mãos de Hegel a pena é vista sob o *retribucionismo jurídico*, porquanto considera pena como restauradora do “corpus jurídico” violado, dando ao Estado uma dimensão ética de existência⁸⁶.

Carreado a esse espectro filosófico, e debruçando-se em uma análise profícua, Cezar Roberto Bitencourt assevera que as análises kantianas perpassam pelos meandros do seu imperativo categórico, considerando aquele que desafia, ou mostra indiferença a moralidade universal, demonstra ser infiel as nuances desse dever deontológico de obediência incondicionado, levando em conta a ação legal como um em si mesmo (acrítico), onde não basta agir conforme a lei

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 236

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 236-237

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 237

universal, pois essa não possui o condão de mitigar a vontade, mas que a própria lei seja fundamento único de sua vontade, sem confecções consequencialistas⁸⁷.

Ainda, nesse íterim, Bitencourt assevera que Kant sobre o exame em concreto da retribuição não olvidou para o cerne da pugna sobre a espécie e medida da pena, porquanto engendrou que a justiça pública se encontra arraigado em arcabouços principiológicos edificadores do *jus talionis*, onde mal provocado pelo agente possui correspondência ôntica e *a priori* com o mal a ser impellido pelo Estado a esse, como se o mal feito fosse feito a ele mesmo. O pressuposto precípua da aplicação da pena, e é o que diferencia a doutrina do retributivismo, seja ético ou jurídico, é o cometimento de um delito, uma punição voltada para o passado⁸⁸.

Friedrich Hegel, segundo Bitencourt, diferente de Kant, atrela o conceito de pena as razões do Estado, propondo um diálogo concernente na comunicabilidade dos opostos, a pena sendo uma negação da negação do direito, porquanto o crime (antítese), como produto da vontade irracional, é o ente contraposto do direito (tese), a pena (síntese) é o contrapeso radical de equalização entre o ordenamento jurídico violada e o delito cometido, mostrando, com isso, a finalidade de manutenção da “vontade geral” e expurgação do delito⁸⁹.

Doutro giro, Bitencourt ressalta que Hegel, ao relatar sobre a aplicação da pena, leva em consideração que a insurgência da pena não é pela simples questão de um mal cometido, o que para idealista alemão seria uma irracionalidade, mas por algo maior, pela restauração do Absoluto hegeliano (ordem jurídica do Estado), considerando a aplicação da pena como algo que tornaria o desviante como alguém “livre” e “racional”⁹⁰.

Ferrajoli, fazendo-se valer das perspectivas de Morris Ginsberg, assevera que, inobstante essas doutrinas tenham sido fervorosamente usadas no

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 135-136

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 137-138

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 138

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 139

século XIX, são indefensáveis, porquanto ambas possuem em mente um liame de vinculação ontológica e necessária entre culpa e pena, mostrando estar arraigadas na versão teórica do *reduativismo falacioso-estrutural* ou confusão entre direito e moral, idealizando a pena como o oráculo da reestruturação universal de uma ordem transgredida, como cura das malesses culturais da sociedade, ou, aqui sendo mais enfático, como sendo uma objeção a deviação realizada⁹¹.

Ferrajoli confere a essas doutrinas o equívoco teórico e explanação de legitimidade autocrática, porquanto, o que foi constatado por Herbert Hart, logrou em dar luz a uma confusão entre a *finalidade geral justificadora da pena* com a *distribuição*, arraigada em dimensões retributivistas a noção de passado. O referido reduativismo paira sobre a confusão entre *razão legal*, ou a pergunta do “porquê punir? ”, e a *razão judicial*, ou a pergunta do “como punir? ”, misturando problemas de legitimidade externa com legitimidade interna. O que vemos no retributivismo, como consequência sistemática da sucumbência estrutural da dimensão externa à interna, é o surgimento da primeira garantia do indivíduo contra as insurgências desmedidas do Estado, o brocardo *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), ou seja, o ônus justificatório da aplicação da pena para o retributivismo, seja absoluto ou relativo, é o cometimento de um fato definido como crime⁹².

Com efeito, Ferrajoli ressalta que as doutrinas retributivistas, sem olvidar pelos seus méritos para a teoria analítica do delito, são produtos da mais vetusta e límpida confusão entre direito e moral, uma vez que fazem uma leitura ontológica do delito, dotando, por um lado, a pena de um valor moral pela sua capacidade de retribuição ética, outrora é outorgado a pena um valor ético, próprio da retribuição jurídica. Como consequência da confusão, o primeiro é chamada de *moralismo jurídico*, onde a estrutura do sistema normativo possuem carga jusnaturalista, ou seja, possui estratégias substancialistas, onde seus pressupostos são demasiadamente abstratos e detém uma alta densidade justificatória, já a segunda chama-se *formalismo ético*, onde a sua fonte justificatória se debruça tão somente em sua forma, bastando estar pungente a posição de

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 237

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 238/239

“quem fala”, aquele que detêm o *munus* de dizer a norma, sendo irrelevante, como consequente lógico da subversão do positivismo totalitário, o conteúdo do enunciado normativo. Com isso, ambos possuem carga legitimatória de um direito penal de baixa densidade garantista⁹³.

2.3 Relativistas ou utilitaristas

Outro ponto de análise, transcendendo as doutrinas que tratam do passado, são as chamadas teorias utilitaristas ou relativistas, fruto das insurgências e angústias do nascer das luzes, onde a pena é vislumbrada sob uma dimensão instrumentalista, onde é considerada como meio a consecução de determinados fins, e não como uma visão do passado, encarnando um valor em si mesmo. Há uma crassa separação entre os meios e fins, considerando a existência de contrapesos empíricos de análise dos custos e danos que inevitavelmente vem da aplicação da pena. A teleologia precípua do utilitarismo é a separação das esferas do direito e moral, impedindo a redução estrutural entre ambos, gerando cargas analíticas autojustificantes e imponderáveis, ensejando limites subjacentes e latentes a espada de Dâmocles estatal hábeis a gerar o condão de tutela dos bens e garantias fundamentais dos cidadãos⁹⁴.

Luigi Ferrajoli assevera que o fluxo histórico nos mostrou que as bases do utilitarismo não são suficientes a finalidade de escorar plenamente a sistemática garantista, uma vez que revela-se demasiadamente ambivalente, uma hora valendo-se da *máxima segurança*, em outro da *mínima aflição*. Na primeira ambivalência o fundamento da utilidade, ou seja, o que é definido como útil para a sociedade, esta edificados nos ditames ético-políticos do Estado, onde a linguagem *ex parte principis* denota que a utilidade é uma razão do Estado ético, próprio do organicismo hegeliano e da perspectiva de Trasímaco, escorado no discurso de

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 239/240

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 241/242

conveniência e oportunidade do chefe de governo, dando luz a uns dos primados do direito penal máximo, “os fins justificam os meios”⁹⁵.

Já a segunda ambivalência, ao invés, parte da perspectiva do governado, uma vez que, segundo Ferrajoli citando Condorcet, “*as leis são feitas para a utilidade dos cidadãos, que a elas devem obediência, e não daqueles encarregados de fazer com que estas sejam respeitadas*”. Ferrajoli assevera que esta dimensão do utilitarismo é a única a ensejar a separação axiológica de direito e moral. Todavia, ressalta que essa doutrina utilitarista é, outrossim, ambivalente, perfazendo na *máxima utilidade a garantia da maioria dos não desviantes*, que escora-se no sistema tutelador tão somente da felicidade da maioria da sociedade não marginalizada, não logrando nenhum limite a insurgência punitiva do Estado, e a outra do *mínimo sofrimento a ser impelido a minoria desviante*, onde a teleologia da pena direciona-se e fomentando-se a não impelir sofrimento desmensurado e desnecessário, proporcionando limites ao exercício punitivo⁹⁶.

Bitencourt assevera, a partir de Feuerbach, que a doutrina preventiva ou relativa se divide, ainda que sumariamente, em duas direções bem distintas: *prevenção geral* e *prevenção especial*. A primeira circunscreve que a pena é destinada não ao acusado, mas a sociedade em geral, já a segunda a finalidade é atingir o acusado em específico. Ainda, utilizando os préstimos de Ferrajoli, essas doutrinas se subdividem em mais quatro: *prevenção geral positiva*, *prevenção geral negativa*, *prevenção especial positiva* e *prevenção especial negativa*⁹⁷.

A doutrina da prevenção especial, de vocação correcionalista (positiva) e inocuidadora ou de neutralização (ambas negativas), mergulhou pelas veredas históricas da metade século XIX até o século XX, sendo considerado antítese dos anseios iluministas em contraposição ao despotismo real do Estado Absolutista, revelando-se manifestação do neoliberalismo totalitário, emergente da crise do iluminismo. Com o novo entendimento, as vocações correcionalistas

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 242-243

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 243

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 142/143

expandiram-se de tamanha proporção na segunda metade do século XIX, insculpindo uma visão organicista e *autopoiética* da sociedade, utilizando a pena com função terapêutica e disciplinadora, sendo o detento considerado como doente, servindo de “bode expiatório” dos experimentos penitenciários-científicos com a finalidade de saber se esse é corrigível ou incorrigível⁹⁸.

Em uma percepção espiritualista a pena é considerada como medicinal ou as chamadas doutrinas da *poena medicinalis*, remonta a Idade Medieval, onde vigorava os princípios do livre-arbítrio e a pena era vista como forma de reeducação ou emenda, pois não bastava apenas punir, o apenado deveria ser forçado a torna-se bom. Ferrajoli, fazendo menção Giambattista Vico, assevera que a pena tinha por finalidade fazer o apenado sentir vergonha e adquirir culpa sobre seus atos frutos de “ignorância”. A pena, a essa época, era vinculada ao tradicionalismo bíblico, considerada como instrumento redentor da alma, rejuvenescedor da existência límpida e ilibada, hábil a expurgar a macula da consciência humana. Todavia, essa concepção romântico-moral da pena foi estruturada a revelia do imperativo kantiano, onde o ser humano, que possui dignidade, não pode em nenhum momento ser instrumentalizado aos moldes dos fins insculpidos autoritariamente⁹⁹.

Com a influência do positivismo científico de August Comte os meandros do iluminismo filaram uma leitura causal da realidade, onde o universo é uma torrente de relações de causalidade física. Isso teve grande influência no pensamento da Criminologia da época, uma vez que os métodos de análise do fenômeno do crime passaram a ser de forma científica, dando luz a Escola Positivista italiana.

Perseguindo a finalidade da prevenção especial, essa escola analisa o indivíduo que comete crimes como um “doente”, onde se pode ter duas respostas, a cura ou a neutralização para essa corrente. O escopo de análise é considerar o delinquente, termo designativo dessa Escola, como um ser atávico ou

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 246

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 247-248

antropologicamente degenerado, sem capacidade cognitiva da vida em si, representando, com isso, a pena uma medida de *defesa social*, assumindo o caráter medicinal-repressivo a depender da estirpe de delinquente e as conjugações sociais em que esse está inserido¹⁰⁰.

Divergindo do modelo clássico de concepção retributiva de pena, pressupondo o livre-arbítrio, a Escola Positiva italiana (Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Lombroso) parte do determinismo positivista, onde o ser humano é um animal ontologicamente condicionado a uma cadeia irreduzível de causalidades naturais. Essas concepções partiram das nuances produzidas pelo antropologismo Lombrosiano, porquanto vislumbrou o apologético mito do “delinquente natural” ou “delinquente nato”. Isso deu margem a um sistema organicista de sociedade, imaginando o corpus social como organismo humano, onde deve-se proteger a sua funcionalidade natural das pestes e pragas existentes, fazendo uma alusão ao delinquente como doença. Para tanto, utiliza-se um instrumento de controle moral e cultural da estrutura ascética de poder do Estado-terapeuta, a pena como “remédio” ou “cura” a “doença” crime¹⁰¹.

Luigi Ferrajoli reporta a uma terceira orientação correcionalista chamada *O programa de Maburgo*, que outorga confiança na prevenção especial dos delitos, computando suas individualizações e diferenciações. Quem é dado o mérito de ter prosseguido e desenvolvido o pensamento foi Franz von Liszt, que criou a pena como instrumento multifuncional e flexível com o condão de buscar a ressocialização, neutralização ou intimidação do indivíduo a depender de sua estirpe no caso concreto, ou seja, criou um instrumento eclético da “pena-defesa” para se amoldar ao tipo de delinquente (mendigo, vagabundo, pessoas da vida errante *lato sensu*)¹⁰².

A principal crítica aos modelos correcionalistas é circunscrita na violação dos direitos básicos da civilização, é o respeito a liberdade e autonomia de

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 248-249

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 248-249

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 249-250

consciência humana, porquanto desde as teorias de emenda, reeducação, regeneração são contrapostas razão de existir do ser humano, como dizia John Stuart Mill, citado por Ferrajoli, “Sobre si próprio, sobre a sua mente o indivíduo é soberano”. O controle e monopólio estatal sobre a formação da identidade social do ser humano dá ensejo a tirania egocêntrica da razão do Estado, outorgando o caráter universalista da consciência humana¹⁰³. Esses entendimentos deram margem institucional e teórica aos sistemas nazifascistas do século XX, doutrinas que criavam tipos constitutivos do autor tipificado como infiel, sendo orientado pela alta densidade abstrativa dos elementos do tipo penal¹⁰⁴.

A prevenção geral positiva, como produto da confusão entre o direito e a moral, lega da subversão do legalismo ético a finalidade de reestabelecer a fidelidade social no sistema normativo transgredida pelo cometimento de delito, como um instrumento de diálogo moral-coletivo de convívio harmônico. Exemplo dessa doutrina é a vertente de Gunter Jakobs, estruturado na teoria do sistema orgânico de Niklas Luhmann, porquanto vislumbra o delito como cerne da insegurança social, desestruturando os vínculos de solidariedade cívica entre os indivíduos nas instituições político-jurídicas do Estado¹⁰⁵.

A prevenção geral negativa, ou da intimidação, segundo Ferrajoli, tem o préstimo de não proporcionar o reducionismo estrutural entre direito e moral, isso se deve a circunstância dessa vertente não delinquente em si mesmo, nem como categoria, mas sim os associados em geral, sem valorização autojustificada. Isso dá ensejo a duas outras subcategorias: as de prevenção geral negativas exemplares, ou seja, a intimidação dos associados em geral é dada pela aplicação da pena em concreto, e, outrossim, as de prevenção geral negativa pela ameaça da pena circunscrita no enunciado normativo¹⁰⁶.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 253

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 255

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 256

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 257

Muito embora Ferrajoli ressalte que essa doutrina de prevenção geral não se submeta a confusão do direito com a moral, a primeira subdivisão ainda possui o condão de ensejar a criação de um sistema de direito penal máximo, uma vez que a utilização do exemplo como instrumento de eficácia dissuasiva é circunscrito a revelia do imperativo categórico kantiano da dignidade da pessoa humana, sendo o corpus humana utilizado como meio radical de equalização dos anseios e paixões dos “culturalizados”, legitimando, com isso, a desmedida e arbitrária ingerência punitiva do Estado por meio da pena. Nesse ínterim, o ser humana é visto como instrumento expiatório¹⁰⁷.

Já a perspectiva da prevenção geral negativa pela ameaça da sanção-pena insculpida no diploma legal, teorizado por Feuerbach, Romagnosi, Pagano e Schopenhauer, não tem por instrumento a dissuasão pelo exemplo, mas é utilizado a ameaça legal da pena como meio programático de persuasão para o não cometimento de delitos. Ferrajoli assevera que essa doutrina em específico é a única hábil a assegurar estrutura a três princípios garantistas: estrita legalidade, materialidade e culpabilidade¹⁰⁸.

Em relação ao primeiro escopo axiológico para que a ameaça legal tenha perseguido racionalmente a sua eficácia dissuasiva os tipos penais devem ser estruturados de forma descritivas e exaurientes, pois o destinatário deve saber o que é proibido e qual a sua sanção. O segundo princípio é tutelado no que tange asseverar que as condutas a serem dissuadas devem ser exteriorizadas, não se podendo proibir estados de ânimo ou de existência. Já em relação ao princípio da culpabilidade a ameaça legal só atinge atos livres e conscientes, e não atos provindos de caso fortuito e força maior ou involuntários¹⁰⁹.

A principal crítica de Ferrajoli a essa doutrina, não obstante a ameaça legal ser o fundamento dos delitos previstos, não se propõe estipular limites

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 257/258

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 258

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 259

a essas ameaças, mostrando que se uma pena é ineficaz a cumprir seu propósito dissuasivo revela-se demasiadamente desnecessária¹¹⁰.

2.4 Funcionalismo

Muito embora com a criação do finalismo por Hans Welzel o sistema dogmático-penal estruturou-se em conceitos de significação ontológica da ação humana enquanto perseguidora de uma finalidade, os *pós-finalistas* ou chamados de *funcionalistas*, criticam o finalismo, além de outras facetas, no que concerne aos delitos culposos e omissivos. Vítor Gabriel Rodríguez, fazendo uso de Claus Roxin, assevera que o erro de Hans Welzel foi não ter estendido a exclusão do dolo quando o erro recaísse sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação¹¹¹.

Dentre dessa concepção dogmática de análise existem duas estirpes analíticas, o *funcionalismo-teleológico* de Claus Roxin e o *funcionalismo radical* de Gunter Jakobs.

Vítor Gabriel, em relação ao *funcionalismo-teleológico*, ressalta que Roxin chama sua posição de normativista em razão de sua estrutura sistemática estar arraigada em juízos axiológicos externos (política criminal), considerando que ordenamento jurídico estruturante do conceito de crime deve transcender a constatações formalistas baseados em juízos pré-jurídicos, sempre buscando o cumprimento de sua função, conscrita na *política criminal*¹¹².

Bitencourt assevera que Roxin estabeleceu que não se deve a estrutura da dogmática ser criada a revelia da análise das consequências/finalidades produzidas na sociedade no qual é aplicada. Nesse ínterim, a dogmática penal é vista de forma teleológica, sob o manto de juízos e caracteres normativos-axiológicos, ultrapassando as nuances estruturantes do positivismo. A contribuição do funcionalismo roxianiano a teoria analítica do crime foi de precípua importância,

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 261

¹¹¹ RODRÍGUEZ, Vítor Gabriel. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro: Lei Penal e Teoria Geral do Crime*. São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 50-51

¹¹² RODRÍGUEZ, Vítor Gabriel. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro: Lei Penal e Teoria Geral do Crime*. São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 52

uma vez que fundou um sistema não cerrado em concepções formalistas, flexível as modulações criadas pela finalidades levantadas pela *política criminal*¹¹³.

Já no *funcionalismo radical*, Vítor Gabriel assevera que a perspectiva Jakobiana é estruturado nos julgamentos sociais de Niklas Luhmann, uma vez que vislumbrar a sociedade como um sistema comunicações intrínsecas, onde sua funcionalidade unitária é *autopoiética*, universalizando que seus alicerces são autossuficientes a se reproduzirem diante das complexidades tangentes a seu bojo. Nesse ínterim, Jakobs vê o ordenamento jurídico como um complexo arrefecedor de anomalias sociais, com tendências estabilizadoras das expectativas sociais. A pena possui um caráter instrumental às necessidades comunicativas do sistema, porquanto quando da sua aplicação estar-se-ia a reforçar a fidelidade/solidariedade social no sistema jurídico. Quem demonstra uma total indiferença, ou não aceitabilidade, ao sistema jurídico-social é visto como um subversivo a universalidade cultural estruturada pelo ordenamento jurídico, fazendo legítimo a aplicação, na linguagem jakobiana, do nominado *Direito Penal do Inimigo*¹¹⁴.

Bitencourt ressalta que a concepção escorada por Jakobs estrutura-se na radicalização dos pressupostos funcionalistas, asseverando que os elementos intrínsecos ao sistema são autossuficientes a consecução da universalização sistemática, considerando o sistema jurídico como “um todo fechado em si mesmo”. A pena para Jakobs é produto reativo a violação do “corpus total” emanado da deontologia normativa (dever normativo), que tem por finalidade a reafirmação e manutenção da fidelidade social no ordenamento jurídico¹¹⁵.

O funcionalismo jakobiano cria uma simbologia punitiva ilimitada do poder vertical das razões do Estado, uma vez que logra legitimidade da punição ao furor e ao *páthos* social, considerando a funcionalidade da pena a manutenção cognoscível dos laços sociais de fidelidade rompido pela conduta criminosa. Ainda, a

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 123

¹¹⁴ RODRÍGUEZ, Vítor Gabriel. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro: Lei Penal e Teoria Geral do Crime*. São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 53-54

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pag. 124-126

doutrina do *punitivismo social* supracitada, no desiderato jakobiano, esvazia por completo a ideia de bem jurídico fundamental, estruturado com maior sustância criticado por roxin, uma vez que baseia a legitimidade da pena na finalidade de reafirmação normativa e consecução dos anseios sociais¹¹⁶.

2.5 Emergencialismo penal e Razões de Estado

Ferrajoli assevera que na década de 70 e 80 percebeu-se uma modificação de paradigma em relação a compreensão de legalidade legada do liberalismo constitucional. Nesse ínterim, a natureza dessa (re)significação está alojada na compreensão da nominada na *legislação de exceção* e na *jurisdição de exceção*, que deram outro giro as fontes de legitimação do direito penal, no que tange, outrossim, seus alicerces axiológicos fomentadores. Essas instituições involutivas, em cognição pretérita as próprias modificações legiferantes com tal finalidade, demonstram que a compreensão cultural do regime de emergência, bem como as práticas de exceção, são os sustentáculos estruturais da reinserção, agora sob uma perspectiva “moderna”, no sistema jurídico das práticas inquisitoriais e dos paradigmas substanciais de compreensão do direito penal de égide pré-moderna¹¹⁷.

A compreensão da cultura jurídica de exceção traz a lume a perspectiva de que a modificação das fontes de legitimação do direito penal tem como finalidade, em outorga as práticas de exceção, o papel de alicerces de justificabilidade da ruptura com a estrutura fundamental construída pelo Estado de Direito que legitimam as funções do direito penal. Nesse sentido, Ferrajoli percebe que essa compreensão reflete a ideia da prevalência das *razões artificiais do Estado* sobre as *razões jurídicas* como alicerces condutores da dogmática penal e sua esfera processual criadas em situações excepcionais. Sob essa ótica emanada dessa “novel” compreensão do fenômeno, os alicerces justificatórios dessa estrutura não é mais jurídica, mas política, rompendo com a cadeia de vínculos do sistema

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 126

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 746

garantista de direitos e garantias fundamentais, para se inserir nas justificações de cunho político, o famigerado manto do discurso *para o bem do Estado*¹¹⁸.

Por outro lado, o sistema que o regime de exceção visa proporcionar disfuncionalidades aos valores e alicerces axiológicos insculpidos na Constituição, dando roupagem a esse como fonte de legitimação externa a dogmática penal. A linguagem simbólica imposta pelas práticas de exceção, que encontram óbices legais, criam um cenário em que determinadas situações são insculpidas sob um sentimento de emergência, onde quando mais graves ou dotadas de periculosidade social são consideradas, mais elas são consideradas como exceção aos alicerces de envergadura constitucional, os quais são dotados de alta densidade normativa. Nesse diapasão, a estrutura erguida pela sistema penal de emergência proporciona duas situações: corpos legiferantes de exceção que estão a margem da Constituição, modificando, com isso, as regras por essa insculpidas, e a chamada jurisdição de exceção, que se imiscui nessa vereda aventada¹¹⁹.

Segundo Ferrajoli, esses dois efeitos criados por essa linguagem penal criada pelo sistema de emergência são ligados entre si, dando vazão a uma *crise da legalidade no direito penal*, produzindo uma dissociação ontológica entre o ser-efetividade e o dever-ser-normatividade. Nesse sentido se dá por legitimado um sistema de leis de exceção, que dão elasticidade no poder de disposição e arbítrio de quem julga. Ainda, o autor assevera que quem aplica a lei se não sabe que comete injustiças, o que faz se colocando em estado deliberado de ignorância¹²⁰.

Ferrajoli ressalta que a problemática da incompatibilidade entre *razões de Estado* e *razões jurídicas*, bem como a possibilidade de saneamento dessa dissociação, advém das premissas justificatórias as quais essas se estruturam. Voltaire, citado por Ferrajoli, aduz que *razões de Estado* “não é mais do que uma palavra inventada para servir de escusa aos tiranos”¹²¹. De forma mais profícua, bem como analítica, Maquiavel, também mencionado por Ferrajoli,

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 747

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 747

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 747

¹²¹ VOLTAIRE APUD FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 751

assevera que esse vernáculo significa duas coisas: (I) se mostra como um mandamento de agir político, um alicerce axiológico demonstrativo da política, dotada de autorregulação, como uma atividade destinada incondicionalmente a realização do “bem-estar do Estado”, mostrando, com isso, que esse está imiscuído em uma existência *autopoiética*, um existir autônomo e retroalimentante em relação aos demais valores e necessidades, sejam individuais ou sociais. Em uma segunda ótica, (II) as razões de Estado demonstram ser uma fonte de legitimação autojustificante, sendo considerado como razão alheia a lei, a moral, a sociedade e demais esfera de compreensão do fenômeno, solidificando, com isso, essa como fundamento da autofundação e autorregulação do saber político¹²².

Ferrajoli assevera que encontra em dois paradigmas do pensamento político moderno essa visão das razões de Estado como alicerce do ônus de justificabilidade dos plexos estatais, qual seja, (I) no *realismo político de Maquiavel a Carl Schmitt*, onde se dá a prevalência aos interesses do Estado, reconhecendo que uma pungente separação entre política e moral, bem como, de forma *lato sensu*, da política com os alicerces metapolíticos, pelo seu enérgico vigor *amoral*, ou, melhor dizendo, *extramoral*. Doutro giro, percorrendo essa vereda, se tem (II) no *idealismo historicista de Hegel* a atribuição de uma forte carga ética a entidade estatal, uma vez que essa é antevista como a totalização do espírito ético do universo, considerando que a crise de identidade tem-se em razão da não sujeição ao espírito totalizante do Estado. Com isso, se tem, de forma pungente, a confusão entre *política e moral* exatamente por essa atribuição de um valor ético ao Estado como entidade Absoluta na estruturação do sentido de existência identitária¹²³.

Nesse meandro, ínsito a esses paradigmas de estruturação política de forma *a priori* da sociedade, há um reducionismo estrutural da valoração jurídica e moral submetidos ao bel-prazer das “razões políticas de Estado”, seja essa redução em razão estarem dissociadas, bem como em função de uma delas estarem submetidas a outra. Nesse sentido, segundo Ferrajoli, o que se dissemina como sendo “razão” esta alheia ao senso comum de razão, uma vez que (I) essa

¹²² MAQUIAVEL APUD FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 751

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 752

compreensão de razão, o que é veiculado pela perspectiva de politização das esferas de pensamento, aduz que essa é autojustificada/autofundada, é dizer que o seu ônus de justificabilidade está em suas próprias premissas, bem como ressalta o seu valor absoluto e superior em relação aos demais âmbitos de interesses. Doutro giro, (II) as razões de Estado são caracterizadas pela sua não comunicabilidade intersubjetiva, ou seja, seus fundamentos não possuem correspondência com os valores “de baixo”, muito embora em seu bojo estejam rodeados dos espíritos nobres e “videntes” dos “homens de Estado”¹²⁴.

Nesse diapasão, em paralelo com a compreensão de sua absoluta importância, as razões de Estado se imiscuem em um alicerce axiológico de legitimação metajurídica, com o cerne de promover a ruptura com o princípio da legalidade. Nesse ínterim, aliás, tem por finalidade alterar as regras predeterminadas a toda momento em que, sob o manto da emergência estipulada em grau de excepcionalidade em consonância com os fundamentos das razões do governante, essas conflitem, ou não são convenientes, com os interesses proclamados pelas “razões políticas de Estado”¹²⁵.

Nesse sentido, há uma contradição entre as razões de Estado e o Estado de Direito, uma vez que no primeiro percebe-se uma sujeição dos meios, considerados indeterminados e não regulados, as finalidades políticas que estão vinculados a conveniência e oportunidade do soberano, o “senhor de todas as razões”, enquanto no segundo, pelo contrário, o que se vê é a subordinação dos fins políticos aos meios juridicamente predeterminados e não vagos ou abertos, bem como sujeitos a lei, concebido em seus sentidos de mera e estrita legalidade¹²⁶.

Com isso, as *razões de Estado* são consideradas um fim em si mesmo, é dizer um ser autopoietico, autojustificando-se em sua própria estrutura, servindo de alicerce fundamental aos meios jurídicos, que restam indeterminados e maleáveis sob o crivo da conveniência das razões estatais. Em contrapartida, o *Estado de Direito* é fundado na premissa do ente artificial como meio a consagração

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 752

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 752

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 752

das finalidades de conferir concretude a tutela, bem como a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, sujeitando os poderes constituídos aos meandros axiológicos insculpidos na Constituição¹²⁷.

Luigi Ferrajoli assevera que essa contradição se encontra mais pungente no embate entre razões de Estado ou de emergência e jurisdição penal. Adentrando a essa vereda, se reconhecemos a jurisdição como exercício de reconhecimento da lei e de cognição dos fatos por ela posta, então se percebe um contraste com a legitimidade formal, onde há uma sujeição pura a lei e ao valor que a verdade ganha em razão da autoridade que produziu o plexo legiferante, bem como dos interesses do Estado. Em sentido contrário, a jurisdição não se submete as razões de Estado unilateralmente impostas (interesses de caráter geral), mas diz respeito a análise de casos particulares, onde se tem como finalidade a aplicação, bem como proteção, de direitos fundamentais, ainda que em conflito com os interesses do Estado, tendo por fonte justificante a *legitimidade substancial*¹²⁸.

Ainda, nesse meandro, as razões de Estado, diferentemente das razões de direito, são conduzidas pela lógica antagonista da identidade do *amigo/inimigo*, que, por sua vez, mostra incompatibilidade com o exercício da jurisdição, porquanto essa se justifica, dentre outros alicerces, pela imparcialidade e indiferença aos atores do jogo, bem como aos fins estranhos ao juízo de cognição do fato e reconhecimento da lei. Aliás, as razões de Estado, até pela sua indiferença aos meios a serem empregados, só se importando, e tão somente, aos fins conveniente impostos, comungam pela legitimação da atuação arbitrária, e sujeita a oportunidade e ao bel-prazer do soberano, impondo, com isso, processos inquisitivos a determinados inimigos, e incidindo diretamente nesses¹²⁹.

Ferrajoli ressalta que uma das alterações relevantes que são marcadas pela legislação de emergência é a modificação do sistema clássico de legalidade penal, consistindo em uma *mutação substancial*, insculpindo a

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 752-753

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 753

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 753

perseguição ao inimigo, atingindo de frente os três momentos da tecnologia punitiva (construção do crime, fase processual e fase de execução)¹³⁰.

Nessa vereda, antes de tudo, a mutação substancial afeta a construção do fato punível, se materializando na personalização do direito penal de emergência, onde se percebe, de forma acentuada, o direito penal do réu. Para tanto, se fazem qualificações penais com personagens baseados em desvalores subjetivos, moldes abertos e indeterminados em suas premissas, uma vez que são fenomenologicamente inverificáveis/irrefutáveis, e de sobremaneira sujeitos uma conotação axiológica e avaliativa¹³¹.

Nesse sentido, esses moldes de conotação indeterminada são como ataúdes vazias, servindo a consciência criativa do sujeito cognoscente como objeto de experimentação, onde, a partir da personalidade dos imputados ou das interpretações das situações de emergência, se criam figuras personificadas, com o status de *inimigo*. Com isso, considerando o delito como um *status* ao sujeito, o processo investigatório se baseia, e tão somente, na figura do acusado, dando correspondência a uma prática totalitária nunca abandonada, a consideração do crime como um mal – é crime por que é pecado (*quia peccatum*) -, punindo *pelo o que se é* (punição pelo autor), e não apenas *pelo o que se fez* (punição pelo fato)¹³².

No mesmo passo em que altera substancialmente a compreensão de crime, o lastro emergencial atinge, outrossim, a verdade processual, uma vez que, sob o manto do famigerado antagonismo ontológico do *amigo/inimigo*, se da prevalência a métodos de forte estirpe inquisitorial. Esse antagonismo proporcionado, sob o crivo das razões de Estado, se mostra de duas formas. Em primeiro lugar, esse antagonismo criado se afeta na distorção subjetiva da acusação e no juízo, bem como na mutação do processo em campo de combate à criminalidade. Nesse diapasão, deixa de ser o que Beccaria nominava de *processo informativo*, onde a jurisdição busca de forma imparcial e indiferente a elucidação dos fatos, contudo, o que se busca é uma personalidade no delito, crendo que se

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 758

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 758-759

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 758-759

trata de um combate, onde se não consegue a finalidade, demonstra-se ineficaz o meio¹³³.

Em segundo lugar, seguindo a mesma torrente da primeira, a mutação substancial também afeta o objeto processual, uma vez que tendo a pena por pressuposto a personalidade criminosa (terrorista, traficante, participante de crime organizado, etc.) do autor, e mais o delito como objeto, o processo padece de verificabilidade fenomenológica das premissas hipotéticas da acusação, transformando-se em inquisição sobre a pessoa do autor, com o fim de se descobrir se sua personalidade é *amiga* ou *inimiga*. Ao fim ao cabo, o que se tem por finalidade não é saber se delito foi cometido, mas se o agente *foi* ou *é* atualmente detentor de uma personalidade criminosa.

Ferrajoli assevera que a alteração substancial também afeta a fase de execução da pena, uma vez que essa é aplicada sob a forma cautelar antes da condenação, mostrando-se, assim como pré-modernidade, como um instrumento de trânsito. Nesse íterim, o processo e a pena se confundem em suas premissas, pois a primeira se mostra como o início da aflição preventiva, enquanto a segunda se mostra como instrumento da instrução, deixando o imputado nas mãos da acusação para que confesse o delito ou colabore por premiações. Agora, nesse sentido, a pena se blindou com a análise subjetiva do indivíduo (tratamento pela personalidade, classificação por graus de periculosidade, entre outros), inserindo-se no antagonismo ontológico do *amigo/inimigo*, porquanto o grau de aflição a ser irrogada pela pena está no passo da recuperação social, fazendo um “santuário punitivo de dupla incidência”, melhor dizendo, *uma pena dentro de uma pena*¹³⁴.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 759

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 760

3. SISTEMA DOGMÁTICO ESTRUTURANTE DO GARANTISMO

Nesse capítulo lançaremos mão de três lastros dogmáticos de “desblindagem” dos arquétipos de natureza *a priori*, tais como, *o garantismo como modelo normativo do Estado de Direito, como Teoria Crítica do Direito e como Filosofia do Direito e crítica da política*. Ainda, denotaremos os princípios estruturantes dessa reflexão crítica da blindagem estrutural dos conceitos *autopoiéticos*, qual seja, *legalidade, proporcionalidade da pena, lesividade, materialidade da ação, culpabilidade e regulatividade da pena*, onde serão descortinados seus feixes teóricos pertinentes a análise e reflexão do ponto nodal desse préstimo.

3.1 Garantismo em “três acepções críticas”

Nessa parte realizaremos uma exposição do espectro fulcral do estatuto metateórico do Garantismo penal de Luigi Ferrajoli, onde será analisado, em sua matriz teleológica e estrutural, o Garantismo em três perspectivas que não se excluem, mas se prestam a servir como estrutura de três níveis de controle crítico-analítico no processo de “desblindagem” das instituições, focando em seus fundamentos de legitimidade.

3.1.1 *Garantismo como modelo normativo do Estado de Direito*

O Garantismo Penal visto em sua primeira acepção, é um postulado fundante do Estado de Direito, onde se erige um paradigma de alteração legitimatória, onde a lei é o símbolo derogatório, e inderrogável ao mesmo tempo, quando fiel aos valores constitucionais, de práticas abusivas e arbitrárias do ente estatal¹³⁵.

O Estado de Direito, como primeiro nível de blindagem crítica do Garantismo Penal, é lido sob o prisma da legalidade substancial, considerado

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 789-790

sinônimo de garantismo, exteriorizando um modelo normativo não simplesmente regulatório, mas no sentido de conferir obrigações estatais que outorgarão funções de velar pelos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição. Esse modelo é caracterizado pelas esferas formais e substanciais, onde sob jugo da primeira o Estado tem de se sujeitar as normas procedimentais de legitimação do exercício do poder, e na segunda há a instrumentalização das instituições estatais em função da proteção e observância dos enunciados axiológicos, valores com alta densidade normativa legadas pela Constituição¹³⁶.

Luigi Ferrajoli denota que o Estado de Direito emergido dos anseios axiológicos insculpidos na constituição possui duas fontes de legitimação, a primeira é que o Poder deve se submeter ao princípio da “mera legalidade” ou legalidade formal, onde o exercício do poder estatal deve emanar da lei, em seu sentido abstrato ou *a priori*. Enquanto a segunda fonte é a submissão ao princípio da “estrita legalidade” ou legalidade substancial, onde, outrossim, os atos do Estado devem observar os direitos e garantias fundamentais, um verdadeiro fundamento mitigatório do *jus puniendi* estatal e da própria lei, uma vez que essa deve ser produzida a respeitar, e não ofender, os direitos e garantia fundamentais¹³⁷.

Esses dois fundamentos denotam a natureza do objeto de dois tipos de regras, as de quem e como decidir (regras de existência), e o que se deve decidir ou não se deve decidir (regras de validade), a essência das primeiras elucidam as balizas da democracia política, denotando as formas de governo e qual a autoridade é competente e o procedimento a ser seguido. Já as regras do segundo tipo perfazem um dos pilares do Estado de Direito, uma vez que denotam as matérias sobre as quais o Estado pode ou não transigir¹³⁸.

Duas tradições históricas que marcaram a evolução humana enquanto consciências pensantes foram o *Estado de Direito Liberal* e o *Estado de Direito Social*. O Estado Liberal é visto com função negativa, ou seja, um ente

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 790

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 790-791

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 791-792

circunscrito em vedações legais, vislumbrado como Estado minimalista. Essa formulação edifica as chamadas *garantias liberais ou negativas*, dando nuances abstencionistas e deveres de “não fazer”. Esses deveres circunscrevem negativamente, além de outros, o poder punitivo, mostrando que uma lei, mesmo que votado por maioria esmagadora não possui o condão, nem a habilidade, de subjugar um indivíduo sem o cometimento de um fato definido como crime, que não tenha causado danos, que não tenha sido obrado por culpa. Esses *direitos de garantias fundamentais* (materiais ou processuais) são inderrogáveis, inalienáveis, indisponíveis¹³⁹.

Em divergência estrutural com o Estado Liberal, o Estado Social é edificado nas expectativas de comportamento, ou *direitos a* que correspondem a obrigações. O Estado possui uma posição mais ativistas e participativa na sociedade, diferente do que na dimensão liberal que propõe um programa abstencionista, insculpida sob o piso dos direitos negativos¹⁴⁰.

Ferrajoli assevera, partindo da dicotomia de Hebert Hart das normas primárias e normas secundárias, que o Estado Liberal é considerado um ente limitado por *normas secundárias negativas*, consubstanciadas em vedações legais destinadas aos órgãos públicos. Já o Estado Social é circunscrito nas chamadas *normas secundárias positivas* dirigidas aos órgãos públicos igualmente. O garantismo preza pela introdução de ambas as normas, ou seja, enquanto incorpora normas de “não-ação”, incorpora, outrossim, normas de deveres positivos aos órgãos públicos insculpidos nas dimensões normativas superiores¹⁴¹.

A discrepância entre essas duas dimensões de esclarecimento do universo se deve a diferença dos bens jurídicos protegidos. No Estado Liberal as garantias negativas visam tutelar conservar bens jurídicos de condições *naturais* ou *pré-políticas* de existência (vida, liberdade, imunidade as ações estatais desmensuradas, entre outras). Já no Estado Social as garantias positivas visam

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 793-794

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 791-792

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 795

pretensões de aquisição de direitos e de condições sociais de subsistência, logrando um caráter programático, visando o futuro. O primeiro reflete uma *facultas agendi* e a transgressão de suas vedações geram *antinomias*, que pode ser solucionado por anulação ou reformulação da norma invalida. O segundo, ao contrário do anterior, revela-se um esquema de pretensão, refletindo situações de ação, já a violação das obrigações colacionadas em lei enseja a existência de lacunas, que podem ser resolvidas com a colmatação por meios normativos¹⁴².

Luigi Ferrajoli denota uma divisão pertinente a análise do Garantismo entre *democracia formal e democracia substancial*. No Estado Liberal as normas dizem que *nem sobre tudo se pode decidir*, já a regra no Estado Social circunda no sentido na qual *nem sobre tudo se pode não decidir*. O Estado de Direito deve refletir a democracia que, além de estar circunscrito na “vontade geral” da maioria, deve conservar e proteger os interesses e necessidades vitais de todos, outorgando abstenções e deveres aos órgãos públicos¹⁴³.

Luigi Ferrajoli redimensiona o conceito de democracia, o qual chama de *democracia substancial* ou *social* o ente estatal que cumpre efetivamente as garantias, seja liberal ou social, enquanto nomina de *democracia formal* ou *política* o Estado que preza pela atividade representativa como fundamento de justificabilidade legal. A primeira estirpe de democracia preconiza, diferente da segunda, pelo conteúdo da decisão (“o que se deve decidir”), enquanto a segunda preza, tão somente, pelo formalismo excessivo e a autoridade que exercerá esse *munus* (“quem e como se deve decidir”)¹⁴⁴.

A estrutura da democracia social assegura o primado da estrita legalidade, enquanto a democracia política o da mera legalidade, considerando que o esquema de valores vitais não pode ficar ao alvedrio da fonte de legalidade da segunda (“o povo”), pois essa não liga para o conteúdo. No esquema garantista a estrutura política de decisão (“quem decide”) deve se ater aos valores vitais da

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 795-797

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 797

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 798

democracia substancial *ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir*¹⁴⁵.

Ferrajoli, em atenção a essas estruturas, edifica um ordenamento baseado em um *Estado liberal mínimo* e um *Estado social máximo*, uma vez que há um esquema de vedações de insurgências punitivas da máquina estatal, limitando a estrutura repressiva massificada, enquanto, ao mesmo tempo, se vislumbra um Estado ativo na área social hábil a maximizar e expansionar os projetos de obrigações públicas com o condão de melhorar as condições de vida¹⁴⁶.

Ferrajoli, como função de fazer transparecer um dos principais pilares do garantismo, assevera que nos sistemas jurídicos sempre há uma irreduzível margem de ilegitimidade jurídica – sendo de suma importância reconhecê-la-, onde tanto maior será o distanciamento da normatividade e efetividade, quanto maior for a natureza deontológica do dever insculpido pela norma. Com isso, se revela que sempre haverá situações em que direitos e garantias fundamentais serão violados, uma vez que sendo um valor, tem em sua natureza o atributo da utopia, onde preleciona que esses nunca são realizáveis em suma perfeição, mais na medida do possível¹⁴⁷.

Essa aporia irreduzível dilacera qualquer estrutura normativa *a priori*, uma vez que se visto isso no *Estado de direito liberal*, ocorrendo esse distanciamento entre o dever-ser e o ser, ocorrerão as chamadas *antinomias*, concernentes nas violações ativas do Estado, insurgindo de forma animalésca e desmedida nas vidas dos cidadãos. Em contrapartida, enquanto no *Estado de direito social* ocorrem as chamadas *lacunas normativas*, uma vez que surgem as violações por omissão, onde o Estado não cumpre com seu papel assistencialista e paternalista de promover condições de melhores vivências sociais¹⁴⁸.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 798

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 799

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 799

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 800

Mas a imperfeição do nivelamento entre dever-ser e ser (normatividade e efetividade) faz parte da natureza cognitiva do universo, uma vez que confere força aos titulares dos direitos, conferidos de forma imperfeita, a fiscalizar e controlar o exercício do poder estatal, inclusive, tirar a legitimidade e invalidar suas ações quanto suas omissões. Essas inseguranças são que conferem movimento ao processo de deslegitimação interna dos poderes institucionais pelos titulares dos direitos não satisfeitas, muito embora esteja previsto¹⁴⁹

3.1.2 *Garantismo como teoria crítica do direito*

O Garantismo Penal na sua segunda acepção, qual seja, uma Teoria Crítica do Direito ou um Direito Ilegítimo encerra o postulado do racionalismo moderno como fundamento do Estado de Direito, uma vez que a experiência jurídica não se vê mais fundamentada em pressupostos metajurídicos legados do pré-modernismo, tendo por fonte de justificação, entre outras, os paradigmas da legalidade (mera ou estrita) e da legitimação (formal ou substancial), o primeiro é chamado por Ferrajoli como postulado metacientífico, utilizado como técnica de controle fenomenológico e linguístico-científico do exercício inválido e arbitrário do ente estatal¹⁵⁰.

A correlação de direito como norma e direito como fato reflete o problema da maioria dos sistemas jurídicos, qual seja, a transposição do conteúdo da norma para a realidade mundana, somando a esse bojo, outrossim, a efetividade da norma. Não obstante essa pretensão, essas perspectivas não se confundem, uma vez que uma norma poder ser vigente, ainda que inválida, e eficaz, ou, pode ser vigente, ainda que não efetiva, uma norma válida¹⁵¹.

Ferrajoli chama de Juspositivismo Dogmático as posturas que reduzem as esferas da norma a uma só, ou seja, se uma norma é válida, independente de quem ou como se criou, ela é considerada vigente, ou, só assumem normas como vigentes, mesmo sendo inválida, se forem efetivas.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 800

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 801-802

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 803

Assumem como válida normas vigentes se forem efetivas, ou assumem normas vigentes somente pela sua eficácia, mesmo se reputadas inválidas¹⁵².

A problemática desse tipo de análise normativa é a sua natureza unidimensional, uma vez que descuidam que a norma possui outros níveis estruturais, além daquele levado em consideração, obstaculizando a reflexão crítica da invalidade da norma efetiva, da inefetividade da norma válida, da validade de normas inefetivas. De igual forma, é daí que emana a ilegitimidade do sistema normativo, pois esquece os outros níveis da norma, pressupondo a sua existência em outro nível¹⁵³.

A pretensão crítica do Garantismo nasce dessa ilegitimidade, onde a expõe em sua perspectiva externa e, principalmente, interna, dado que o caráter reducionista pode dar luz a sistemas despóticos e autoritários, visto que toda a análise crítica dos níveis absorvidos, pois, a título de exemplo, mesmo que uma norma seja criada pela autoridade competente, isso não induz a sua validade, pois ela pode ter sido criada a revelia dos valores considerados imprescindíveis pela constituição¹⁵⁴.

Ferrajoli assevera a existência de um binômio dogmatológico da vereda juspositivista, o qual é chamado de *a obrigação de o juiz aplicar a lei* e a *possibilidade de valoração da ciência jurídica*. No que se refere ao primeiro, seguindo os ditames kelsenianos e Benthamianos, Ferrajoli ressalta que esse postulado enaltece a obrigação jurídica irreduzível do juiz de aplicar as leis *vigentes*. Nos Estado de Direito de Constituição rígida esse aporia não é de total verdade, uma vez que pode o juiz deixar de aplicá-la diante de sua pungente *invalidade*. Pertinente questionamento proposto pelo autor é saber o que quer se dizer quando se levanta que *uma lei existe ou está em vigor*, simplesmente significa asseverar

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 803-804

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 804

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 804

que um conteúdo foi positivado em uma lei seguindo o procedimento preestabelecido¹⁵⁵.

Mas isso, segundo Ferrajoli, não exime o órgão jurisdicante da responsabilidade de deixar de aplicar da lei que reputar inválida, carbonizando, nessas circunstâncias, o dito dever jurídico de aplicação da lei, isso mesmo que para a lei vigente corra a presunção de validade. O autor assevera que o fato de uma lei ter sido sempre aplicada só significa que é deverás efetiva, mas isso não reduz outras estruturas de axiologia normativa (validade e vigor), uma vez que as três esferas de valoração da norma (vigor, validade e eficácia) não reduzem ou confundem entre si, sendo cada uma delas dotadas de autonomia estrutural e axiológica. Ainda, nesse ínterim, não importa o fato de a lei nunca ter sido reputada inválida ou que tenha sido declarada válida preteritamente, uma vez que a declaração de invalidade não sujeita aos efeitos corrosivos da prescrição¹⁵⁶.

Em que pese o segundo dogma, em conexão simbiótica com o primeiro, essa se refere a postura do jurista em relação ao sistema normativo positivado. Ferrajoli assevera que um ponto de interseção entre os positivistas cinge-se ao fenômeno do que podemos nominar de *a-criticismo normativo interno*, uma vez que vige a impossibilidade de valoração ou crítica ao conteúdo da norma, considerando que uma vez reputado vigente, se presume sua validade normativa, vedando qualquer altercação crítico-reflexivo insurgindo sobre o conteúdo da norma¹⁵⁷.

Segundo Ferrajoli, Hans Kelsen tem seus sustentáculos nessas veredas, uma vez que estrutura a *teoria pura do direito* na imunização do sistema normativo de juízos axiológicos, deixando isso para outras searas externas, tais como, sociologia, moral, filosofia, psicologia, entre outras. Isso nada mais é que uma manifestação ideológica da estrutura separativa do direito e moral, discurso de validade e justiça. Em contrapartida, Ferrajoli assevera que é dever do jurista valorar

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 805

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 805

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 805

as estirpes normativas baseado no ritual escalonado da axiologia normativa (vigor, validade e eficácia)¹⁵⁸

É afeto a essas questões críticas, a estruturação simbiótica entre juízo de vigor e juízo de validade. Para a verificação do primeiro basta a conformidade formal da norma, sufragada no ato normativo que lhe confere a observâncias de certas formalidades, e na competência da entidade que a emana, bem como possa ser verificável e refutável (correspectividade fática), ou seja, é possível realizar juízo fenomenológico de sua existência, podendo ser verdadeiro ou falso. Já o segundo perfaz-se na conformidade da norma com os pilares substanciais insculpidos no sistema constitucional como valores aderidos no país, e por isso, não podem ser predicáveis de verdadeiros ou falsos, pois são enunciados de realização valorativa (a-fenomênicos). Ambos estão estabelecidos em normas “do alto”, fixando tanto suas condições de existência e de valor¹⁵⁹.

O juízo de validade é circunscrito na substancialidade das normas, calcada em discursos de valores, onde o poder valorativo é operacionalizado pelo juiz. Nesse ínterim, uma aporia é levantada, que vai de encontro com o princípio da estrita legalidade, sendo esse considerado, inicialmente, como um alicerce deôntico da linguagem penal, retirando do *munus* do juiz o poder de denotação e de conotação, bem como o poder de disposição. Todavia, quando o juiz, ilegitimamente, se vale desse poder para derrogar uma lei que se insurge contra os princípios da própria estrita legalidade, para que se possa excluir essa ilegitimidade, o mesmo juiz poderá lançar mão de seu poder de reprovabilidade sobre os diplomas legais, cingindo-se em assertivas de valor, portanto, um poder de disposição. Essa ilegitimidade constitui-se em uma aporia característica do sistema garantista do Estado Constitucional de Direito¹⁶⁰.

É sábia que o sistema garantista prima pela inserção de valores, sob a estirpe de mecanismos mitigatórios, nas esferas de cima do ordenamento

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 805-806

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 806-807

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 808-809

jurídico, conferindo esses um poder estrutural de alicerce de observação obrigatória nas esferas normativas de baixo, fazendo parte do conteúdo do juízo de validade das normas jurídicas. Ferrajoli se atenta para o fato de que se não houvesse essa inserção axiológica nas esferas estruturais-normativas superiores, e tão somente um juízo formal de vigência, o juízo de validade se reduziria a verificabilidade empírica do fenômeno jurídico. Nesse sentido, não se sujeitam a estrita legalidade e estrita submissão a jurisdição¹⁶¹.

Essas aporias inseridas no garantismo são dependentes de vícios inculpidos no ordenamento jurídico e da distância impelida entre os moldes abstratos da norma e sua cadeia accidental (fatos). O poder ilegítimo é articulado, dentre outras aporias, no diapasão das chamadas *antinomias* (insurgências ativas) que se sustentam enquanto os *enunciados normativos indevidamente vigentes não forem derogados*, já as nominadas *lacunas* (insurgências omissivas) subsistem enquanto as valas normativas não forem preenchidas pela promulgação de *enunciados normativos indevidamente não vigentes*. Um problema que leva essas aporias a exaustão é o fato de quem tem o poder de realizar tais plexos são as instituições públicas, e não os titulares dos *direitos de* e dos *direitos a* que foram violados¹⁶².

Nesse sentido, ficam ultrapassados as vetustas assertivas dogmatológicas do juspositivismo, tais como, o da *coerência* e da *completude*. Esses discursos visam dar uma perspectiva autojustificante e limites estruturais ao direito válido que transparecem o dever-ser das normas em relação as normas superiores. Nesse jugo, em razão aporia irreduzível da ilegitimidade, a distância entre as esferas ontológico-normativas (dever-ser e ser), ou seja, a existência de um desnivelamento entre a esfera fática e normativo, entre o positivado e o realizado, fazem elucidar que devemos mencionar não a coerência e completude, mas sim em *incoerência* e *incompletude*, uma vez que é pungente e existente a massificada

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 809

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 809-810

violação das proibições e obrigações legais são formadoras do sistema normativo vigente¹⁶³.

Essa deontologia crítica proposta por Ferrajoli se circunscreve na atividade diuturna de desvelar as incoerências e incompletudes normativas, levando a reflexão crítica à exaustão, para tanto, deve fazer uso de juízos de invalidade das “normas de baixo” e de juízos de ineficácia das “normas do alto”, isso possui o condão de revelar as antinomias e lacunas existentes. A atividade crítica tem natureza descritivo-prescritivo, uma vez que traz a lume essas aporias, mas também prescreve sua autorreforma com a declaração de invalidade das primeiras e colmatação das segundas¹⁶⁴.

3.1.3 Garantismo como filosofia do direito e crítica da política

Já o Garantismo Penal em sua terceira acepção, visto como paradigma da filosofia política, considerando que sua principal função, além criticar, como os demais significados, o sistema normativo ilegítimo, é expor desde o externo a invalidade e a ilegitimidade do ordenamento a partir dos confins do distanciamento do direito da moral, da validade e justiça, entre outras definições¹⁶⁵.

Quando um ordenamento normativo se funda no reducionismo estrutural recíproco ou confusão entre os níveis da norma (direito e moral), há a criação de pensamento que possui um valor em si, uma justificabilidade *a priori* ou imediata, extirpe de críticas e mostrasse a real essência do objeto, e é aqui onde se confundem direito e moral de forma recíproca.

Luigi Ferrajoli chama essa forma de estruturar o ordenamento jurídico de sistema *autopoietico*, a luz da epistemologia de Niklas Luhmann, onde se tem um sistema que se autorreferência, em que os elementos (indivíduos) que compõe o organismo da unidade normativa servem as suas funcionalidades de retroalimentação e longevidade sistemática a fim de conservar-se. O Estado é considerado um fim em si mesmo, onde é dotado do poder de dominação da

163 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 810

164 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 810

165 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 811-812

verdade, do manuseio do discurso supra fundamental da conservação e exaltação do ordenamento jurídico¹⁶⁶.

Ainda nessa perspectiva, Ferrajoli denota que esse fundamento teórico do Estado com um fim em si mesmo, embarreirando qualquer pretensão crítico-reflexivo (justificabilidade apriorística) do sistema como unidade, se funda no que ele chama de *legitimidade do alto*, uma vez que a justificabilidade do ato tem de estar em consonância com a entidade dotada do poder máximo de autorreferencialidade, baseando-se em pilares metafísicos ou supra-históricos, tais como, Deus, a natureza, entre outros. Quando o sistema normativo rompeu com os alicerces do mundo transcendental, se fundou uma nova perspectiva idealista – encarnado na faceta juspositivista, seja ético-liberal-nacionalista, fascista, etc.- do fenômeno jurídico, onde o Estado justifica “de cima” sua legitimação política, considerando que sua base jusfilosófica se funda no *Absoluto “Estado ético”* de Friedrich Hegel¹⁶⁷.

É precípua salientar que Ferrajoli se atenta para as premissas dessa forma de compreender o fenômeno jurídico, uma vez que assevera que essas ideologias consideram o princípio da legalidade não somente como fundamento interno, mas como alicerce axiológico “de fora”, sobrepondo a legitimidade política a legalidade jurídica. Nesse ínterim, esse nicho teórico confere às leis valor baseado somente em sua compreensão *a priori* de forma, na autojustificabilidade interna de “quem fala”, no valor dado a *autoridade do argumento*, sem se atentar ao conteúdo do argumento. Essa perspectiva tangencia com o *reduativismo estrutural* das esferas ontológicas de compreensão do fenômeno natural, a confusão entre direito e moral, dever-ser e ser, interno e externo, onde, em uma compreensão do “Estado ético” hegeliano, se confunde Estado e sociedade-cidadão, considerando o primeiro como *razão-síntese* dos demais (sociedade e cidadãos), como fundamento *a priori* do

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 812

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 813

sentido de pertencimento, só será conhecido como ser dotado de objetividade e moralidade enquanto pertencer ao Estado (finalidade em si mesma)¹⁶⁸.

Já em relação ao distanciamento entre direito e moral, o autor a denomina como doutrina *heteropoiética* as estruturas que são consideradas de forma autônomas, sendo o Estado um meio de ascendência das necessidades fulcrais da sociedade, sem a redução ou colisão estrutural de ambas. Ferrajoli mostra que a justificabilidade do sistema heterorreferencial se funda na *legitimidade de baixo*, com constatação *a posteriori*, ou seja, o fundamento baseia-se na heterogeneidade social, considerando o sistema normativo um produto do racionalismo humano, onde as normas devem tutelar, e ao mesmo tempo não ofender, as necessidades vitais ao ser humano, sendo considerado como ser fundante da máquina artificial (Estado)¹⁶⁹.

Sob o jugo do discurso apologético dos “direitos naturais” de ascendência pré-política e pré-estatal, o sistema denotado se fundamenta no momento que deflagra a proteção dessas necessidades consideradas vitais, servindo, tão somente, enquanto promove a tutela desses direitos naturais. Com isso, a razão de existência do Estado está lastreada não em sua própria funcionalidade, mas em como operacionaliza a sua principal finalidade, a proteção de valores colossais e fundamentais da dignidade humana. Na perspectiva dos direitos naturais, ainda que não possuam uma realidade objetiva, como alicerce de justificação externa, o Estado não é um fim ou valor em si mesmo, como queria o *positivismo ético* de Hegel, mas *um produto fabril do ser humano*, sendo considerado um desvalor em si, valendo enquanto existirem seus sustentáculos de justificação externa. Nesse ínterim, os poderes detidos pelo Estado não possuem valor simplesmente pelo fato dele os deter, mas, principalmente, *por que, quando, como são ou não são exercitados*, sendo, com isso, o conteúdo, e não a forma, da norma que se consolida como justificação, ou não, de sua criação¹⁷⁰.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 813

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 813-814

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 814

O Garantismo Penal se funda no Estado de Direito sustentando-se em justificações heterorreferenciais, uma vez que há uma instrumentalização desse como um meio tendente a satisfazer as necessidades heterogêneas imprescindíveis, não as menosprezando por serem diversas, mas as tutelando considerando-as como direitos e garantias fundamentais, dando caráter de pressuposto legitimador do exercício do poder estatal. Para tanto, um dos seus pilares é a separação do direito e da moral e a desconsideração do reducionismo da norma a um valor estrutural intrínseco, encarnado em si, dando vazão a considerações críticas de suas estruturas (vigor, validade e eficácia), o que seria inviabilizado se considerássemos um nível como fundamento total, onde os demais estão implícitos¹⁷¹.

Todavia, assim como no primeiro significado, o efeito de se fundamentar, outrossim, em justificações externas, até pelo seu imenso grau de dilatação axiológica, nunca são realizáveis em sua total plenitude, é o seu grau irreduzível de ilegitimidade política, o que Ferrajoli chama de aporia política, pois, ainda que o projeto normativo superior preveja a proteção de inúmeras necessidades vitais, quando da sua aplicação, o juiz terá um espaço de discricionariedade (juízo denotativo e juízo equitativo). O Garantismo admite que o projeto social-normativo não é realizável plenamente, mas, pelo menos, não o considera aprioristicamente, ou seja, não o vê de forma absoluta ou não sujeito a reflexão crítica¹⁷².

Ferrajoli admite que a ilegitimidade jurídica e política são células estruturantes do Garantismo, tal como considerado um sistema *heteropoiético*, uma vez que, asseverando que nunca um sistema normativo, quem dirá o *autopoiético*, é realizável plenamente, a estrutura garantista assegura um sistema dualista de legitimação-deslegitimação do ordenamento. Isso porque, na instrumentalização das instituições políticas à tutela dos direitos e garantias fundamentais, a legitimidade política é aferida *a posteriori*, de forma condicionada e mensurável em *graus*, ou seja, existem níveis de realização. Diferente dos regimes absolutistas em que o

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 815

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 817

sistema de legitimação provém da autojustificabilidade de “quem fala do alto” – fonte de poder soberano -, condição *a priori* de legitimação, os Estados de Direito está insculpido sobre o manto da justicabilidade “de baixo” e em alicerces externos, onde a legitimação política é relativa, verificada e em mensuradas em *graus*, qual seja, (I) o grau de efetivação das funções externas que escoram os poderes (representatividade, grau de satisfação dos direitos garantidos e os interesses representados) e (II) pela imperfeição da estrutura confeccionada aos instrumentos das instituições criadas para tal fim ¹⁷³.

3.2 Princípios estruturantes do Garantismo Penal

3.2.1 Legalidade

Quando há a confusão entre direito e moral, reduzindo a natureza de um ao do outro, se acaba por dar luz a dois famigerados sistemas por só totalitários: formalista e o substancialista. O primeiro nasce da premissa que a proibição legal encerra de per si um conteúdo de reprovação moral (é pecado por que está proibido), já o segundo reduz o direito, a verificação científico-jurídica, a um juízo de reprovação moral, bastando que se amolde unidimensionalmente aos valores naturais do homem (é proibido por que é pecado)¹⁷⁴.

Nesse diapasão, a confusão estrutural entre direito e moral acaba por vazão há um espírito acrítico do ser humano, criando uma acomodação social com a realidade, uma vez que quando há a submissão do direito a moral, esse só é valido se for justo, já se houver a sujeição da moral ao direito, esse só é justo se for valido¹⁷⁵.

Ambas as atividades reducionistas violão o primeiro fundamento do positivismo jurídico, o princípio da mera legalidade, uma vez que não retratam o delito de forma clara e segura, fazendo menção, tanto no formalismo e no substancialismo, somente a constatações valorativas de conveniência e oportunidade, podendo ser individual ou sob o manto da paz social, criando, com

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 818

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 343-344

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 344

isso, obstáculos a atividade crítico-reflexiva das instituições que circundam o delito em si¹⁷⁶.

Com a mera legalidade, como critério de aferição de existência, faz transparecer que o delito só pode ser criado por lei (não muito diferente do formalismo), mas também, e talvez o liame mais importante, só veicula o que é o delito, não fazendo menção a qualquer juízo moral ou jurídico de pecado (destoando por completo do formalismo e do substancialismo)¹⁷⁷.

Nesse ínterim, se insere, outrossim, o segundo fundamento do positivismo jurídico, o princípio da estrita legalidade, considerado como critério de aferição de validade da norma, denotando que as definições jurídicas do delito devem ser empiricamente constatáveis, com a extensão determinada na medida do possível (dimensão linguística)¹⁷⁸.

Sendo assim, serão sujeitos ao crivo da verificabilidade e da refutabilidade, e somente isso acontecerá com a separação do direito e da moral, uma vez que expurgaria o discurso aporético de desvalor apriorístico do ato, retirando do comando normativo elementos inseridos de forma potestativa (conveniente). Isso porque, se transmite que a norma deve ser construída de forma clara, concisa e perceptível, não dando vazão a receptividade de juízo ético-políticos-culturais (tipo de autor, personalidade perigoso ou subversiva, entre outras)¹⁷⁹.

Segundo Luigi Ferrajoli a diferença entre os princípios da mera legalidade e da estrita legalidade, considerados dois instrumentos estruturantes da hegemonia das necessidades vitais, está na situação de que o primeiro é considerado como regra de submissão juridicante a reserva legal, estando o juiz condicionando a aplicar o delito que o poder legiferante estatuiu, já o segundo é uma regra metajurídica de estruturação da linguagem penal, para tanto, prescreve ao

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 344

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 344

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 347-348

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 345-346

legislador o uso de signos de determinação empírica, para que, com isso, seja viável a predicabilidade do fenômeno delitivo como verdadeiro ou falso¹⁸⁰.

Partindo dessa estrutura lógica dada pela sistemática criada por esses princípios, podemos aferir que a mera legalidade coloca a lei como condicionante, uma vez que põe o juiz como destinatário da obediência a norma vigente. Já a estrita legalidade coloca a lei como condicionada, em razão do legislador ter o dever, se tem como finalidade dar validade a norma, colocando essa como conteúdo inderrogável por parte do poder público¹⁸¹.

Luigi Ferrajoli coloca a mera legalidade como pressuposto de *legitimação jurídica formal*, como sendo fundante da existência/vigência da norma jurídica e a estrita legalidade como *legitimação jurídica material*, onde a norma deve observância aos valores e projetos normativos que condicionam sua intenção significativa (dimensão material), e para manter a clareza do sistema, deve veicular essa intenção de forma a ser possível sua verificabilidade e refutabilidade baseado em seu fenômeno real. Nesse diapasão, ambas não se referem tão somente ao direito penal, mas uma linguagem estruturante do Estado de Direito¹⁸².

3.2.2 Proporcionalidade da pena

É bem verdade que a pena e o delito não possuem uma correspondência ontológico-natural, com se algo fosse considerado aprioristicamente, mas nem por isso é isento de haver uma adequação da pena ao delito em alguma medida, até pelo fato de existir um nexu retributivo entre essas. Nesse sentido, tem o legislador o dever de eleger a qualidade e quantidade de uma, e é dever do juiz a constatação da natureza e gravidade do outro. Com isso é reconhecida a sua heterogeneidade, uma vez que, de fato, não há uma relação

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 348

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 349-350

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 350

simbiótica entre a pena e o delito, não sendo considerado sob uma perspectiva autorreferencial, disso resultando no problema de sua justificação¹⁸³.

Ferrajoli decompôs o problema de justificação dos delitos e das penas em três subproblemas: da predeterminação (fase legiferante), determinação (fase judicial) e o da pós-determinação (fase de execução da pena)¹⁸⁴.

A primeira está adstrita a atuação do legislador em definir a qualidade e quantidade da pena. Contudo, surge o primeiro problema, que está alojado na definição do adjetivo “gravidade” do delito, que é aferida por meio do dano (teoria objetiva) ou por meio da culpabilidade do agente (teoria subjetiva). Segue disso um segundo problema, um interstício temporal da pena (mínimo e máximo). Em face disso, é de longa importância salientar que o delito não quantificável, assim como a pena, considerando o problema de preencher o vazio ontológico entre essas duas valas dogmáticas. Deve haver um limite mínimo para que a pena não seja um tributo, onde a pena deve introduzir uma maior desvantagem do que a vantagem do delito propriamente dito. A pena, outrossim, deve ter um limite máximo, uma vez que essa não pode transcender as vantagens do delito, a fim de não se configurar uma transgressão desmedida ao próprio réu¹⁸⁵.

Em tal vereda, utilizando do critério Benthamiano, Ferrajoli preza que a pena não pode transcender a violência informal que o réu sofreria se não existisse essa. Disso decorre três vantagens, a primeira é que a pena, em qualquer de suas vicissitudes, sempre vai se referir, revelando homogeneidade, a pessoa do réu. Segundo que a pena tendo como referencial a pessoa do réu, não o avilta em coisa ou objeto da nação, mas o vê como um fim em si mesmo, dando maior valia ao moralismo autorreferencial kantiano. Terceiro, há uma correlação entre os males empreendidos (pena) e os males prevenidos (delito), ou seja um limite máximo e mínimo, considerando que se o custo da pena for maior, mais alto será sua capacidade de prevenção, contudo, será menor sua capacidade de proteção de

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 366

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 366-367

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 367-368

bens, ou, se o custo da pena for menor, sua capacidade prevenção será também menor, mas sua justificação será mais alta em relação a proteção de bens jurídicos¹⁸⁶.

O segundo subproblema se revela na flagrante margem de discricionariedade deixadas ao juízo jurisdicional, vala inspiradora do entusiasmo iluminista, dizendo que somente a lei é que pode definir delitos (mera legalidade), tendo somente a autoridade o dever de aplicá-las. Contudo, Ferrajoli compreende que esse juízo não possui estrutura epistemológica, uma vez que o ato de julgar pressupõe a *interpretação equitativa*, onde os juízos realizados têm em mente analisar conotativamente os fatos não somente com base em enunciados aprioristicamente considerados, mas com visão em suas circunstâncias acidentais (motivos, gravidade do dano, intensidade de culpa, etc.), para só depois denotar esse fato como delito¹⁸⁷.

O terceiro subproblema parte da pós-determinação da pena (fase executiva), onde se pergunta se o juiz da execução pode reduzir ou aumentar a pena segundo os resultados do tratamento? Se for afirmativa a resposta, revela-se uma finalidade correccionalista da pena, onde essa visa irredutivelmente a reeducação do acusado. Todavia, se o preso vai de encontro com essas finalidades, o fato aumentar a sua pena confronta com o sistema axiomático-garantista¹⁸⁸.

Noutro giro, a pena possui, nesse diapasão, duas finalidades, uma exemplar, onde quem não compartilha dos valores que estão sendo introduzidos no cumprimento da pena tem essa aumentada, com finalidade de servir de como “símbolo do mal caminho”. A segundo é o seu caráter disciplinar, uma vez que nesse setor o cumprimento da pena passou a ser estritamente um negócio, onde os presos só terão benefícios se mostrarem apreço pelos valores, boa conduta conforme os valores que lhe foram mostrados. Isso mostra que a internalização desses valores culturais pelos presos advém, outrossim, dos instrumentos utilizados para disciplina

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 368

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 370-371

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 373-374

e controle interno dos presídios. Conforme o dito sobre essa dúplici finalidade, a pena possui um caráter autorreferencial, tornando-a flexível pela conveniência, pois, na fase executória há uma modulação quantitativamente ou qualitativamente os efeitos determinados na sentença¹⁸⁹.

3.2.3 Lesividade

Sob o jugo da axiologia iluminista, o direito penal só deve agir, e tão somente, sob o manto do discurso da lesividade, onde a repreensão só deve coibir atos que causem ofensa lesivamente reprovável. Ainda, em tal vereda, pela tese da separação estrutural-secular do direito com a moral, não deve coibir atos considerados moralmente reprováveis, estados de consciência pervertida, juízos ético-político da “criatura perigoso”¹⁹⁰.

Ferrajoli admite que esse princípio não concretiza a natureza e a quantidade do dano a ser mensurado, mas impõe a experiência jurídica o dever de justificabilidade quanto a criação de tipos penais e a sua aplicação, uma vez que se encerra em um juízo de valor dizer que um bem jurídico sofreu um dano. Com isso, se está instrumentalizando o direito penal para os fins de atuar em situações em que o bem jurídico sofra um dano relevante, em uma atividade minimalista da violência informal como da formal, protegendo sua função substancial, qual seja, proteção de direitos e garantias fundamentais dos mais fracos contra os mais fortes¹⁹¹.

3.2.4 Materialidade da ação

Não menos relevante que a lesividade, a materialidade revela-se um mitigador da utilização extremista do direito, que só deve agir nas situações em que, mesmo tendo sido deflagrando um dano considerado grave, os efeitos advenham de uma ação, não podendo punir estados de ânimo internos, mas que devem concretizar-se em fatos provenientes de atitudes ativas. Suas balizas justificatórias são as mesmas do princípio da lesividade, a sua utilidade e a separação do direito da moral, onde pelo primeiro se percebe que a punitividade deve ascender em atos

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 374-375

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 426

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 427-428

externos de constatação empírica-fenomenológica, disso decorre a negativa de punição a atitudes internas. Em tal núcleo, se pressupõe que para que o ato cause alguma lesão, além de ser externo, deve haver uma relação de causalidade entre a ação e o resultado lesivo¹⁹².

A baliza da separação do direito da moral deflagrar uma atitude de vedar que o delito se confunda com a noção ontológica do pecado, ou seja, que nem todo ato considerado imoral (pecado) deve ser considerado um ilícito jurídico, uma vez que não dado ao direito o dever de impor atitudes morais. Essa consideração laica da visão do Estado propõe uma imunidade de consciência, retirando do âmbito do controle punitivo o cerceamento das atitudes de consciência anímica, onde se preza por direito natural a imoralidade (sentido negativo), já, em contrapartida, o ente estatal deve preservar o respeito ao ser humano, tutelando a sua identidade, considerando que se deve perceber o diferente como constitutivo da realidade, não como algo dissidente dessa¹⁹³.

3.2.5 Culpabilidade

O juízo de culpabilidade denota um alicerce volitiva da conduta, ou seja, não basta ser uma ação que cause uma lesão, mas outrossim, tem de ser fruto de uma deliberação consciente de vontade do agente que se deflagre em um fato (vínculo subjetivo entre o autor e o fato delitivo). Todavia, com a finalidade de potencializar os anseios de extermínio do inimigo, os ordenamentos totalitários aviltaram a noção garantista de culpabilidade para legar a definição ontológica do perigo (direito penal do perigo), onde se pressupõe que essa qualificação do perigoso cometerá crimes que aviltaram a fidelidade estatal¹⁹⁴.

Em tal vereda, Ferrajoli, fazendo referência a noção kantiana de correlação natural entre mal e pena (confusão entre direito e moral), diz que segundo Kant deve-se punir a maldade interna do criminoso, ou seja, como se existisse um dom de mensuração da maldade interior, dando vazão a punições

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 440-441

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 441-442

¹⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 447-448

espúrias e desproporcionais, típicas de paradigmas anticognoscitivistas, onde a estrutura punitiva esta alijada não em um fato delituoso, mas um “ser criminoso”, enredado em explanificações supraempíricas (definição ontológica-etiológica do perigo/criminoso)¹⁹⁵.

Ferrajoli enreda que o juízo de culpabilidade, fundamento irreduzível, do paradigma garantista é lastreado em três pilares lógicos: (I) tem que haver um nexos de causalidade que vincula a deliberação volitiva do agente, a ação e o resultado lesivo, (II) uma capacidade penal, onde o agente tem o livre discernimento de deliberar entre fazer ou não fazer e (III) culpabilidade em sentido estrito, onde a gente tem a real consciência de querer cometer o delito¹⁹⁶.

Segundo Luigi Ferrajoli a culpabilidade, considerada como instituto lastreante do garantismo, possui quatro fundamentos externos que a tangenciam, a fim de escarnicar o infortúnio da responsabilidade objetiva. O primeiro assevera que a ação deve sofrer uma pungente reprovabilidade, como condição necessária, mas não suficiente, para parametrar a proibição e a sua punibilidade. Com isso, não é considerado culpável, e nem suscetível de proibição, quiçá punição, estados de consciência, ou ser punido por *ser-assim*, essa perspectiva circunda o chamado “tipo de autor”, paradigma constitutivo do tipo de sujeito, assim considerando suas nuances culturais e de consciência, não se importando com *o que se fez*, mas sim *quem fez*¹⁹⁷.

O segundo alicerce fundamental ressalta a sua função de prevenção geral própria, circunscrevendo que só pode haver intervenção da pena em condutas culpáveis, uma vez que só cumprirá com sua função intimidatória e dissuasória se se insurgir nas condutas provenientes da vontade e consciência humana em lesar. Portanto, se tornaria inócua a sua intervenção em condutas não culpáveis, uma vez

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 448-449

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 449-450

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 451

que não se pode prevenir estados de existência ou explanação de anormalidade, sendo inexigível e pífio a sua aplicação¹⁹⁸.

O terceiro fundamento, utilizando os alicerces de Hebert L. A. Hart, Ferrajoli assevera que a garantia da culpabilidade proporciona a segurança do planejamento prospectivo da vida para o futuro, sustentado pelo fulcro coativo da estrutura jurídica. Além do mais, assegura, outrossim, que, apesar das imperfeições e erros existentes, quem segue a torrente turbulenta inculpida pelos ditames normativos não sofrerá punição alguma, uma vez que demonstra ser fiel a teleologia promanada e objetivada pelo ordenamento jurídico¹⁹⁹.

Já o quarto fundamento, dito por Ferrajoli como o mais importante de todos os outros e o que mais é esquecido, assevera que as condutas culpavelmente reprováveis não somente são as únicas capazes de sofrer reprovação e prevenção, mas, outrossim, são as únicas com o potencial de gerar um decreto proibitório. As normas penais com essa estrutura são denominadas regulatórias, onde, necessariamente, deve pressupor um espectro fenomenológico-científico para ser observado e deliberado nesse sentido de obediência a suas finalidades ou de sua transgressão, é nessa seara de escolhas que se aloja o cerne da culpabilidade²⁰⁰.

3.2.6 Regulatividade e Taxatividade das normas penais

Ferrajoli assevera, a partir de um espectro filosófico analítico, que as normas penais se dividem em “regulativas” e “constitutivas”, onde a primeira circunscreve uma estrutura deôntica de comportamento permitido, proibido ou obrigatório, tem como *conditio sine qua non* a ação/omissão para a produção de seus efeitos, enquanto concernente a segunda são normas que não necessitam de um comportamento ativo/omissivo que condicione a sua eficácia. Ainda, a regulatividade se mostra uma garantia de controle dos atos estatais a fim de garantir a efetividade e concretude dos alicerces da materialidade e da culpabilidade, que para que haja um enunciado normativo proibitório se pressupõe a regulação de um

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 451

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 451

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 451

comportamento ativo/omissivo que seja imputável a um determinado sujeito, mas em razão do cometimento voluntário dessa conduta prevista²⁰¹.

O princípio da regulatividade, além de prescrever que as proibições devem insurgir contra comportamento previsto e que o sujeito seja aleticamente capaz de transgredir o comando, subscreve que as leis constitutivas não prescrevem comportamentos ou proibições, mas sim uma estrutura ôntica de definição de uma identidade cultural do réu, como uma forma de estigmatização, por mais do seu modo de ser, quanto pelo seu agir. Já as sentenças constitutivas são instrumentos que não se estruturam em suportes fáticos-fenomenológicos pré-determinados pelo diploma legal, mas asseveram qualidades penais em sede de controle abstrato por meio de juízos-discursivos de cunho axiológico, tendo por foco instrumental a pessoa humana do acusado²⁰².

As normas constitutivas possuem o condão analítico-ontológico de leitura da realidade, principalmente da identidade considerada *subcultural*, a exemplo, segundo Ferrajoli, do inconveniente, bem como aberrante, discurso bíblico “não permitirás viver às bruxas”, perfazendo-se como um substrato de normas que punem estratificações subculturais pelo que são, tais como, além das bruxas, os hereges, os judeus, os infiéis, os dotados de periculosidade, considerados inimigos da nação, os subversivos, entre outros. Essa estirpe ideológica, partindo das nuances do antropologismo substancialista, cria tipos penais com uma estrutura antropométrica definidora da culturalidade do delinquente natural, da culturalidade desviante²⁰³.

Nesse sentido, Ferrajoli identifica no princípio da regulatividade um postulado edificante da efetividade da igualdade penal, uma vez que por insculpir a universalização pendular das condutas puníveis, estar-se-ia proporcionado a igualdade entre os cidadãos, punindo-os pelo que obram, e não pelo que são. Com isso, preserva-se o direito de pensamento, de estado de consciência autêntica do

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 461-462

²⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 463

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 463

ser humano, tutelando a originalidade de consciência potestativa do ser humano. Em contrapartida, os tipos penais constitutivos oprimem o ser humano pela sua personalidade desviante, como se a deviação fosse intrínseco ontologicamente a identidade de determinadas pessoas, demonstrando intolerância com quem é considerado como “outro”, considerados como socialmente atávicos²⁰⁴.

204 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 464

4. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E O DISCURSO APORÉTICO, EMERGENCIAL E JUSTIFICADOR DE UM DIREITO (I)LEGÍTIMO

Nesse capítulo veremos os alicerces fático-históricos que ensejaram os fundamentos de legitimidade para a implantação do Regime Disciplinar Diferenciado, seguindo numa incursão dogmatológico na Lei nº 10.792/03, que instituiu esse regime, analisando seus pressupostos ensejadores de sua aplicação, bem como seus efeitos. A partir do exposto, será criado um ambiente em que será imerso o Regime Disciplinar Diferenciado, onde esse irá ser submetido a um processo cognitivo de controle crítico-analítico de “desblindagem”, descurando seus fundamentos de legitimidade, realizado pelos aportes teóricos-referenciais colacionados nesse préstimo. Para nesse cenário colocarmos em foco o ponto nodal motivador desse trabalho.

4.1 Antecedentes fático-históricos para a implantação do RDD

Com a criação do PCC (Primeiro Comando da Capital) no início de 2002, com a finalidade de se demonstrar poder dentro e fora das penitenciárias, foram realizadas megarrebeliões em 29 unidades prisionais, gerando, por consectário lógico, uma crise social-institucional na esfera da segurança pública no Estado de São Paulo²⁰⁵.

O interessante é a motivabilidade dessas megarrebeliões não foram restritas a meras denúncias das más condições do sistema penitenciário, mas em função das ações do governo com a finalidade de desarticulação do Primeiro Comando da Capital (PCC) ao transferir os líderes para localidades diversas do Estado. Os líderes do PCC foram enviados para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté (unidade de segurança máxima), onde se tinha um confinamento individual de duração de 23h²⁰⁶.

²⁰⁵ NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. 3ª ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pág. 100

²⁰⁶ REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção*. Revista Polis e Psique, 2013; 3(2): 162-184. Pág. 164

Com isso, foi aprovada uma resolução nº 26 em julho de 2002 pela SAP (Secretaria de Administração Penitenciária), criado um regime disciplinar diferenciado com a finalidade de desestruturar as organizações criminosas, colocando em isolamento celular os presos (provisórios ou condenados) considerados perigosos por 180 dias. Em manifestação, o Conselho Nacional de Política Criminal proferiu que o Regime Disciplinar Diferenciado avilta os princípios e diretrizes de política criminal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os pilares da ressocialização. Ainda, considerou esse regime como um “castigo físico e mental”, contribuindo para com a violência e desestruturação dentro dos presídios²⁰⁷. Inicialmente, essa resolução foi aplicado em cinco estabelecimentos penitenciários de São Paulo, tais como, Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Wenceslau, Penitenciária de Iara e Penitenciária I de Avaré²⁰⁸.

Posteriormente a essa foram editadas mais duas resoluções que dariam uma blindagem as finalidades e justificações de enrijecimento a nova significação de correção disciplinar, SAP/SP nº 49/2002 e SAP/SP nº 59/2002. A primeira inculpia a limitação do direito de visitação por dia e restringia quem estava em Regime Disciplinar Diferenciado o direito de entrevista com seu advogado, que deveria agendá-las com a direção do estabelecimento penitenciário. Enquanto a segunda resolução consistia na previsão de um regime especial para presos definitivos e provisórios que praticassem crimes dolosos e apresentassem alto risco a ordem e segurança do estabelecimento penitenciário por cometimento de condutas, tais como, (I) incitação ou participação em movimentos que desencadeiem na subversão da ordem e da disciplina, (II) tentativa de fuga, (III) participação em facções criminosas, (IV) ter em posse instrumento com capacidade ofensiva da integridade física de outrem ou estabelecer comunicação considerada proibida com

²⁰⁷ NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. 3ª ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pág. 100-101

²⁰⁸ HABER, Carolina Dzimidas. *A Eficácia da Lei Penal: Análise a partir da Legislação Penal de Emergência (o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado)*, 2007. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP. Pág. 77.

organização criminosa e (V) pratica de fato considerado como crime doloso que cause perturbação a ordem prisional²⁰⁹.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em outubro de 2002, impetrou mandado de segurança em face da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo com a finalidade de suspender a vigência da resolução de nº 49/2002. Em juízo de mérito, o juiz de direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital entendeu por coerente que não havia violação ao princípio da isonomia, sob o famigerado fundamento de tratamento com igualdade os iguais, e com desigualdade os desiguais. Nesse sentido, reputou legítimo a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo tratar de forma diferenciada os presos considerados de “alta periculosidade” dos demais detentos, outorgando uma um regimento diferenciado aos primeiros pelo simples fato de se encontrarem inseridos nessa categorização²¹⁰.

A inserção desse regime disciplinar de tratamento diferenciado aos presos considerados de “alta periculosidade” foi feita no Estado do Rio de Janeiro por meio do ato normativo SEJGAB nº 13, no dia 12 de setembro de 2002, que inaugurou o Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES), tendo como fomentador a atuação das organizações criminosas nos estabelecimentos penitenciários locais²¹¹

O Rio de Janeiro conviveu com um episódio de igual proporção, onde Luiz Fernando da Costa, vulgo “Fernandinho Beira-Mar”, líder do Comando Vermelho (CV), inimigo público declarado midiaticamente, foi apontado como articulador da rebelião realizado em 11 de setembro de 2002 no Complexo Penitenciário em Bangu I, resultando na morte de 4 presos da quadrilha rival. Esse plano de emergência encontrou justificabilidade última em razão das mortes de dois

²⁰⁹ REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção*. Revista Polis e Psique, 2013; 3(2): 162-184. Pág. 166

²¹⁰ HABER, Carolina Dzimidas. *A Eficácia da Lei Penal: Análise a partir da Legislação Penal de Emergência (o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado)*, 2007. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP. Pág. 79-80.

²¹¹ HABER, Carolina Dzimidas. *A Eficácia da Lei Penal: Análise a partir da Legislação Penal de Emergência (o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado)*, 2007. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP. Pág. 80.

juízes de Varas de Execuções Penais, Antônio Machado José Dias no dia 14 de março de 2003 em São Paulo (SP) e Alexandre Martins de Castro Filho no dia 24 de março de 2003 em Vitória (ES), dando vazão a justificativa que o Estado precisava para impelir medidas de exceção neutralizatórias. Nesse sentido, vislumbrou a imprescindibilidade do Poder Público intervir dentro dos presídios com a finalidade de desarticular as lideranças que possuíam influência negativa na massa carcerária, dando possibilidade dessa, outrossim, se rebelar contra a Administração Pública²¹².

4.2 Alicerce normativo instituidor do RDD (Lei nº 10.792/2003)

A forte demanda para a difusão desse novo regime, culminando na promulgação da Lei nº 10.792/2003, ganhou contornos de legislação de emergência/pânico, além de um golpe de misericórdia ao sistema jurídico e uma liturgia gótica sobre sua narrativa, lastreado nos sentimentos de pânico social criado pela sensação do aumento da criminalidade e da impunidade, em razão dos excessivos direitos e garantias fundamentais dadas aos presos. O enrijecimento das punições e do próprio controle punitivo demonstra, além de inocuizar o preso, o apelo a manutenção da segurança social e opressão do pânico em sociedade como finalidade única e intransponível²¹³.

Segundo Norberto Avena o regime disciplinar diferenciado é uma nova forma de cumprimento de pena no regime fechado, bipartindo-se em sanção disciplinar (art. 52, *caput*) e medida cautelar (art. 52, §§ 1º e 2º). Além disso, os efeitos, atingindo os presos provisórios e os condenados, são estão intitulados nos incisos de I a IV. O primeiro efeito, além da primeira inserção por até 360 dias, denota que quando reiterado, da mesma espécie, a falta grave gerará a aplicação de 1/6 da pena aplicada; O segundo revela que o inserido deve ficar em cela individual; o terceiro visa resguardar visitas de duas pessoas, com duração de até duas horas e

²¹² REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A "Reinvenção da Prisão" através de Políticas Penitenciárias de Exceção*. Revista Polis e Psique, 2013; 3(2): 162-184. Pág. 164

²¹³ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reformas do sistema punitivo brasileiro*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005, Pág. 17-20

o quarto efeito denota que o inserido terá direito a saída diária de até duas horas para banho de sol, ficando constricto pelo resto das 22 horas restantes²¹⁴.

A primeira forma de inserção no RDD (art. 52, *caput*) resguarda que cometido por preso provisório ou condenado um fato definido como crime doloso, ocasionando subversão da ordem ou disciplinas internas, mostrando, com isso um descomprometimento com os bons costumes carcerários²¹⁵.

A segunda forma (art. 52, § 1º), consideradas a mais problemática, de inserção no RDD denota uma leitura ontológica do perigo, uma vez que o inserido deve representar de alto risco para a ordem e segurança prisional e social. Essa circunstância com imprecisão terminológica vaga mostra que esse regime é utilizado como potencializador do discurso de “lei e ordem”, reforçando os laços sociais de combate ao inimigo, o indesejável socialmente, resignando ao fundamento humanitário de ressocialização. Demonstrando, com isso, uma ressignificação do controle punitivo, colocando como autojustificável a vingança social²¹⁶.

A terceira forma (art. 52, § 2º) é embasada em fundadas suspeitas do encarcerado de participação em organização criminosa, sem prejuízo de sanção penal. Essa modalidade cautelar demonstra, de forma incisiva, que basta ter indícios de participação em organizações criminosas para ser inserido no RDD, mas somente ser suspeito, ainda que fundada, não é fundamento para ensejar esse regime excepcional²¹⁷.

Segundo Norberto Avena, deve se atentar que para se inserir alguém nesse regime deve ser, e tão somente, por *decisão judicial*, pois, sob a escorreita exegese do art. 54 da Lei de Execução Penal, muito embora essa diga o que a inserção do incluso ao Regime Disciplinar Diferenciado esteja vinculada prévio

²¹⁴ AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*. 1º ed. São Paulo: Forense, 2014, pág. 94-95

²¹⁵ AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*. 1º ed. São Paulo: Forense, 2014, pág. 93

²¹⁶ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reformas do sistema punitivo brasileiro*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005, Pág. 22-23

²¹⁷ GOMES, 2006 apud DIAS, Carolina Caldeira Nunes. *Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional*. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, ed. 5, Ago/Set 2009, p. 128-144, pág. 132

e fundamentado *despacho* do juiz, não se pode impelir o cumprimento dessa sanção por mero despacho, mas por decisão judicial fundamentada²¹⁸.

É divergente, segundo Norberto Avena, quanto a competência para se aplicar o Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que para um lado da doutrina – ocupada por Guilherme de Souza Nucci, Renato Marcão e Julio Fabrinni Mirabete e o próprio autor – tal atribuição é do juiz da execução da pena, independente se a falta grave é cometida na fase processual ou executória. Enquanto para a outra, escorada na dicção do art. 54, pelo dispositivo não mencionar quem seria o juiz competente, dando possibilidade para outro juiz aplicar tal sanção. Isso se vislumbra na situação da falta grave ser cometida no curso da prisão cautelar seria o juiz do processo²¹⁹.

Quanto a legitimidade para postular a inserção do apenado no Regime Disciplinar Diferenciado, o art. 54, § 1º locuciona que sua autorização deve ser precedida de requerimento circunstanciado preparado pelo diretor do estabelecimento ou por outra autoridade administrativa. Sob o manto dessa exegese, só quem pode postular tal medida sancionatória é o diretor do estabelecimento prisional ou de outra autoridade administrativa, tais como, o Secretário de Segurança Pública e o Secretário de Administração Penitenciária. Com isso, se veda a ingerência de ofício do juiz e a interferência do Ministério Público no que concerne em requerer tal inserção²²⁰.

Outra celeuma insculpido sob o manto dessa legislação de emergência é o que se encontra disposto no art. 60, *caput*, 2º parte, onde se legitima a inserção de caráter preventivo do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, sem oitiva previa do Ministério Público e da Defesa, não podendo ultrapassar o interregno temporal de 10 dias. Cabendo ao juiz, após o esgotamento desse prazo, decidir pela aplicação dessa medida ao preso, ou restabelecer sua condição anterior. A justificação, o que confirma a celeuma alojada, é circunscrita no *interesse da disciplina e da averiguação do fato*²²¹.

²¹⁸ AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*. 1º ed. São Paulo: Forense, 2014, pág. 97

²¹⁹ AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*. 1º ed. São Paulo: Forense, 2014, pág. 97

²²⁰ AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*. 1º ed. São Paulo: Forense, 2014, pág. 98

²²¹ AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*. 1º ed. São Paulo: Forense, 2014, pág. 98-99

O Conselho Nacional de Política Criminal, citado por Tatiane Moraes Cosate, enreda que esse isolamento causar sérios disfuncionalidades psicológicas no indivíduo inserido no RDD, e com esse período de 360 dias certamente carbonizará as faculdades mentais do sujeito²²².

Ainda, atentando-se para o conteúdo do argumento, e não para quem o proferiu, o isolamento propalado pelo Regime Disciplinar Diferenciado consubstancia-se, considerando os efeitos dilacerantes a saúde e a incolumidade física e mental dos condenados, retroalimentando a compreensão da pena como instrumental serviente da vingança social²²³.

Aliás, o Regime Disciplinar Diferenciado, com ampla aderência de vários setores da comunidade jurídica, criou uma dualidade ontológica entre os detentos com direitos e os inimigos – referindo aos inseridos no RDD -, estando o Estado sem qualquer dever social em relação a estes últimos. Nessa vereda, o Estado aloca esforços voltados ao combate diuturna e permanentemente a forma de vida perigosa²²⁴.

Em relação ao primeiro efeito, Adeildo Nunes enreda sua crítica ao primeiro efeito, no que se refere a inserção do preso provisório ao esse regime, uma vez que como não há pena em concreto, não se pode ter como base o 1/6 da pena que posteriormente seria aplicada, podendo ser inserido infinitas vezes, enquanto tiver pendente processo criminal²²⁵.

²²² COSATE, Tatiane Moraes. *Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário?*. Revista de Direito Público, Londrina, V. 2, N. 2, P. 205-224, MAIO/AGO. 2007. Pág. 214

²²³ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reformas do sistema punitivo brasileiro*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005, Pág. 23

²²⁴ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reformas do sistema punitivo brasileiro*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005, Pág. 23

²²⁵ NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. 3ª ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pág. 103

4.3 Enfrentamento da quimera: Regime Disciplinar diferenciado como um discurso aporético-total-disciplinar justificador de um direito ilegítimo e emergencial

Como ponto focal deste trabalho, passado todos os alicerces teóricos hábeis a engendrar, bem como possibilitar, uma análise crítica dessa instituição jurídica, devemos analisar a problemática posta inicialmente, qual seja, **“É possível o Regime Disciplinar Diferenciado coadunar-se ao sistema do Garantismo Penal na tutela de direitos e garantias fundamentais inerentes, principalmente, as pessoas sujeitas ao poder desse regime carcerário, sendo uma instituição de emergência, aporética, total e disciplinar.”?**

Inicialmente, convém destacar que é sábio que os alicerces teóricos de Michel Foucault, Luigi Ferrajoli e de Erving Goffman são marcos distintos, quer seja pela metodologia, pois Foucault, com seu historicismo-crítico, e Goffman analisam a pena de prisão sob uma perspectiva descritiva, mostrando o que é, enquanto o Ferrajoli se sustenta em uma estrutura deontológica de fenômeno, questionando suas bases abstratas.

Porém, insta salientar que para o controle cognitivo do ponto nodal alojado nessa analítica esses aportes teóricos possuem confluência teleológica-estrutural, uma vez que existe uma vala concêntrica entre Foucault, Ferrajoli e Goffman, pois, apesar do primeiro e do último zelarem por uma metodologia descritiva de compreensão do fenômeno, e o segundo por um arquétipo analítico de cunho deontico-prescritivista, todos eles são aportes teórico-referenciais de controle cognitivo-estrutural crítico das instituições de cunho corretivo, visando oferecer um arcabouço dogmático de análise crítica dos fundamentos lastreadores dessas instituições.

A construção de uma estrutura discursiva de definição do ânimos e condutas indisciplinadas criada pela nova modernidade²²⁶, e consequente inserção no diálogo do isolamento celular, considerado uma visão ultrapunitivista, reflete a imposição universal e institucional de um arcabouço de valores hegemônicos, onde

²²⁶ Me refiro a visão de mundo criada a partir dos fins do século XVIII.

as cadeias marginais as torrentes represadoras do desvio não são abarcadas pelo balaústre cultural, sendo considerados um mundo paralelo do profano.

A discurso moderno da humanidade de disciplina e ordenamento pelo diálogo do encarceramento faz transparecer um projeto de civilização paradoxal a realidade empírico-humano, pois a constituição uniforme e paradisíaca de um ser abstrato-cultural, um modelo sábio das congregações póstumas, a proteger com braveza e com retidão as vicissitudes dos discursos totalitários e moralizantes das estruturas sociais, vai de encontro as pluralidades culturais.

Como na reflexão crítica o incomodo com algo é o ponto chave, fundamento colossal a sua evolução, com o Regime Disciplinar Diferenciado não é tratado de modo diverso. A angústia pungente que se exara desse instituto, dentre outros, são seus efeitos, e os elementos que o denotam e conotam os sujeitos inseríveis nesse sistema, de modo que malferem uma gama de fundamentos caros ao ordenamento jurídica, dentre os quais dissertarei abaixo.

Quando se diz que o RDD foi criado, inclusive com essa finalidade, para desestruturar as organizações criminosas, retirando seus líderes do topo, colocando-os em isolamento, pende contemplar que isso é uma falácia fenomênica, uma vez que essa instituição não conseguiu desarticular esses movimentos, fazendo, ao contrário, reforçar essas relações, como um dos seus efeitos simbólicos, consolidando suas autoridades²²⁷.

O Regime Disciplinar Diferenciado tem em sua emanção, assim como a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), um cerne de instrumental catalisador das emoções de seu momento e de minimalização de direitos e garantias fundamentais, em reação quimérica a ineficiência, o que não quer ser admitida, do controle estatal sobre o sistema penitenciário. Nesse ínterim, o Estado legitimou, com a finalidade de uma resposta incontinenti para apaziguar o pânico e emoções sociais criadas pelas rebeliões e os discursos de insegurança, a criação de uma

²²⁷ DIAS, Carolina Caldeira Nunes. *Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional*. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, ed. 5, Ago/Set 2009, p. 128-144, pág. 135

legislação com uma nova linguagem simbólica de punibilidade, algo que aponta para quem é o novo “inimigo social”²²⁸.

Com isso, se focaliza nesse a utilização em demasia desses instrumentais, para que “quem está de fora” veja que Estado se preocupa com eles e está diuturnamente combatendo o crime, chamado de *marketing político*. A criação conjunta do Regime Disciplinar Diferenciado e do Sistema Penitenciário Federal se deram em razão de uma nova política de controle punitivo, um viés mais enrijecido com a conseqüente minimização de direitos fundamentais, onde sua linguagem imposta é de quem está nesse sistema “deve” – linguagem simbólica – ser considerado de “alta periculosidade”²²⁹.

A narrativa criada por esse novo instrumento demonstra uma continuidade da nova linguagem teleológico-punitiva do sistema de emergência, onde se quer dar uma rápida resposta para a sociedade com um recrudescimento da punição, mostrando que o Estado nunca perdeu o controle, demonstrando que se houver o rompimento dos laços de fidelidade impostos socialmente serão punidos com mais rigor. Nesse sentido, o Regime Disciplinar Diferenciado vem para reforçar as trincheiras do simbolismo punitivo, com a finalidade de inculpir uma linguagem performativa do *ser-aí*, tentando perverter a realidade ao esconder a ineficiência na administração penitenciária.

Esse instrumento se mostra como uma emanção de exceção a partir das razões de Estado, uma vez que destituída de racionalidade jurídica, considerando que o que levou a sua criação foi o clamor social por mais punições, servindo de deixa para o Estado, além de esconder seu fracasso na administração penitenciária, enrijecer e aumentar ainda mais o lastro punitivo. O seu valor simbólico está em conferir ao Estado o poder de romper, em determinados casos, com a ordem constitucionalmente preestabelecida, sob o alvedrio de sua conveniência. A finalidade de superinflacionar a verticalização punitiva em situações

²²⁸ REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção*. Revista Polis e Psique, 2013; 3(2): 162-184. Pág. 168-169

²²⁹ REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção*. Revista Polis e Psique, 2013; 3(2): 162-184. Pág. 169

deflagradas como de emergências tem por linguagem social transmitir a sociedade que o Estado ainda está no controle, ou seja, é dizer que o Regime Disciplinar Diferenciado é utilizado como instrumento de exceção para retroalimentar a necessidade de poder do Estado sobre determinado nicho social.

O paradigma criado pelas famigeradas razões de Estado se baseiam em estruturas idiossincráticas com uma abertura semântica, demonstrando vagueza em suas premissas, bem como se perfaz em um condutor de uma “(ir)racionalidade de exceção”, onde se criam tipos penais constitutivos de certas personalidades culturais, se punindo pelo jeito de ser. Utilizando dos meios mais adequadas aos fins, que no caso do Regime Disciplinar Diferenciado é a desarticulação do crime organizado dentro dos presídios, ainda que rompendo com a proteção do ser humano, finalidades essas construídas sob o manto das conveniências das razões de Estado, fora do campo de observância dos alicerces constitucionalmente impostos, sob o discurso de que em razão da situação emergência, é “requerível” a flexibilização dos direitos fundamentais para um bem maior, ainda que em sacrifício de um nicho social específico.

Sob a violação do princípio da materialidade da ação, bem como o da ofensividade/lesividade, e em prevalência da situação considerada de emergência, o Regime Disciplinar Diferenciado tem por pressuposto, além doutros, a constituição na personalidade do detento um ser de *alto risco*, melhor dizendo, será inserido nesse instrumento quando for declarado ser um alguém dotado de alta periculosidade. Em vez de perseguir algo feito, será perseguido algo *que é*, não sob o crivo da materialidade, mas sob a valência da *culturalidade do risco a priori*.

O direito penal de exceção se baseia em alicerces que buscam sanear a insegurança social perseguindo determinados sujeitos eleitos como inimigos da nação, tendo por base tipos penais dotados de elasticidade valorativas relacionados a personalidade do autor. A eficácia simbólica do Regime Disciplinar Diferenciado está em transmitir para a sociedade que o disseminador da discórdia e da insegurança, que gera demasiada angústia, está sendo punido vorazmente, com o “rigor da lei”, ainda que com mitigação de direitos fundamentais em razão da superinflação punitiva.

O Regime Disciplinar Diferenciado se mostra, ainda, desde sua gênese, como uma instituição disciplinar, uma vez que revela-se como um instrumental hegemônico de controle disciplinar do corpo e da consciência de quem é inserido em seu bojo a partir um conglomerado de mecanismos que sujeitam o binômio corpo consciência aos sustentáculos reais de poder. Mostrando ser, nesse sentido, um promanador da liturgia da consciência universal e abrangente, onde se busca encadear na identidade de determinadas pessoas os alicerces culturais hegemônicos, logrando por finalidade constituir um ser *mecânico de condução a priori*. Onde, se busca retirar do convívio dos demais detentos para que sua consciência não seja, ainda mais, degenerada pelo mundo paralelo do profano, em detrimento dos fundamentos buscados pelo cárcere. Para tanto, o Regime Disciplinar Diferenciado é utilizado como ferramenta de exceção para tal finalidade, ainda que em descompasso com a *legitimidade de baixo*.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado imerso em um plexo de demandas inerentes do *pathos* social, onde, densificada pelo contexto histórico, se malferiu a imagem do defensor assimilando-a com a do condenado, deduzindo uma associação para o crime. Nesse sentido, reforça a “necessidade de enrijecimento da legislação”, em função do pânico social generalizado pela fragilidade da lei, bem como potencializada pela gama de direitos dos presos. A morte dos dois juízes, somada a criação personificada do mito do anti-herói da nação (Fernandinho Beiramar) foram os cartuchos que faltavam para deflagrar a implantação das medidas de superinflação do poder punitivo de neutralização, sob o pretexto de “reafirmar” o seu controle, transmitindo, outrossim, que nunca o perdeu, do Poder Público sobre o sistema carcerário²³⁰.

O momento histórico foi propício, bem como fomentador, à disseminação do discurso de emergência social, sendo a legislação de pânico o derradeiro recurso em razão do “aumento da violência”, aliado ao grande número de direitos e garantias fundamentais dos presos que geram a impunidade. O apelo do Poder Público ao Regime Disciplinar Diferenciado, assim como qualquer instrumento que vise maximizar o poder punitivo sob o jugo discurso do arco da impunidade ou

²³⁰ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reformas do sistema punitivo brasileiro*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias,4(1):7-26, Jan.-Dez./2005, Pág. 17-18

do pânico social, só demonstra a ineficiência da gestão desse sobre o sistema carcerário, e se aproveita da liturgia simbólico-gótica criada pelo pânico social gerado pelos acontecimentos do momento histórico de criação desse instrumento²³¹.

A inserção no Regime Disciplinar Diferenciado, sob o *lôcus* de manutenção de 22 horas do detento, além de uma finalidade eminentemente retributiva nos moldes hegelianos, busca constituir um “santuário de consciência binária”, uma vez que sua função primordial é colocar o detento em divergência consigo mesmo, é dizer em contradição consigo mesmo (negação da negação do direito). Nesse sentido, se mostra um verdadeiro embate existencial entre sua consciência desviante e a consciência universal culturalmente hegemônica, fazendo com que se (re)avalie suas premissas de vida, onde se busca no final a vitória dos alicerces dominantes culturalmente, mas as custas da saúde mental do detento, pois, não raras vezes, isso causa problemas mentais em razão desse conflito interno entre seu mundo doméstico (identidade original) e o mundo intra cárcere (identidade estranha), colocando em um real “curto-circuito existencial” em razão do processo de estranhamento.

O isolamento proporcionado por esse novo mecanismo cria um ambiente desarticulador da blindagem subcultural a qual o detento estava imerso, colocando-o em um conflito com seus valores e premissas de existência, fazendo, não raras as vezes, ser capaz desse se despir por sua conta própria, e esse é o produto quisto por esse instituto. Por isso, esse mecanismo retroalimenta uma linguagem simbólica e submissiva da identidade do “outro”, proporcionando um saber totalizante que se imiscuir na consciência do detento, tornando-o um “ser-ideal” de movimentação mecânica, obedecendo ao binômio comando-obediência.

Dentro do sistema prisional os detentos, pela similitude cultural, se formam organizações desviantes que tangenciam combativamente, e de forma profanadora, os ideais estruturantes da prisão, colocando em cheque o controle do Estado sobre essa. Então, com a finalidade de desarticular esses vínculos, tem no isolamento celular, o Regime Disciplinar Diferenciado propriamente dito, o

²³¹ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reformas do sistema punitivo brasileiro*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005, Pág. 18

instrumental hábil, pelo menos *a priori*, a desestruturar essas organizações do “mundo paralelo”.

O Regime Disciplinar Diferenciado, outrossim, é um instrumento com essência totalizante, ou seja, é uma instituição total, nos moldes conferidos por Erving Goffman, uma vez que a linguagem criada pela cela impõe conscientemente um fechamento cognitivo em si, onde se busca colocar em transparência que ao adentrar em seu ambiente seus valores serão subjugados, porquanto, devido ao fechamento autopoiético das instituições totais, deve-se ater tão somente aos valores e aos ensinamentos do ambiente total, criando, com isso, vínculos de naturalidade com as instituições, colocando de lado qualquer laço com o mundo externo que tenha potencial de romper com a totalização criada na consciência do detento.

As barreiras criadas pelo Regime Disciplinar Diferenciado colocam uma divisão de estereótipos blindados entre os colocados no interior desse regime, uma vez que considerando que para estar inserido nesse, ou o preso é taxado de detentor de “alta periculosidade social”, ou figura como membro de organização criminosa ou é considerado como subversor da ordem e disciplina interna. Com isso, esse nicho social específico carrega essa pecha de monstro criado pelo fechamento institucional, para que se ganhe, ao categorizá-lo dessa maneira, na facilidade do controle.

A racionalidade criada pelo instituto visa criar uma tensão entre seu “eu-doméstico” e a sua identidade criada no fechamento institucional, o “eu-outro”, colocando-o em uma tensão dialética consigo mesmo. Para que, com isso, haja o processo de contaminação cognominado “mortificação do eu-doméstico”, esvaziando o detento de seus alicerces identitários aferidos no mundo externo, para que a instituição possa moldá-lo a sua conveniência, fazendo romper os laços que esse tem com a sociedade (família, amigos, trabalho e lazeres).

Ao ser deixado ao alvedrio do senhor “tempo”, pelo badalar das 22 horas, tem sido rompido as fronteiras criadas pelo detento no interior da prisão, na união com seus colegas de organização, onde os limites ônticos criados para separar seu “eu-novo” do novo ambiente a qual será colocado, o “eu-estranho”, fazendo com que seus novos alicerces de identidade sejam carbonizados

novamente, retirando esse do convívio “contaminador” da união paralela, na derradeira tentativa, demonstrando que a abordagem anterior se demonstra ineficaz, de formar o “ser-cultural-ideal”, desarticulando, por consequência lógica, as organizações paralelas a cultura institucional. Esse processo carbonizatório pode ser chamado de “higienização cultural de consciência”.

O Regime Disciplinar Diferenciado se afunda de forma enfática na cadeia trinômica de problemas aventadas por Erving Goffman. Nesse sentido, esse instrumento problematiza, em relação ao primeiro problema, a ponto de obstar, a originalidade de consciência, castrando à vontade própria de autodeterminação do detento, reproduzindo para esse que somente é um bode expiatório para os demais, servindo de instrumento dissuasório do apego pelo mundo paralelo, servente a retroalimentação da necessidade de manutenção dos fatores reais de poder, alicerces do universo cultural hegemônico.

Referente ao segundo problema, a sanção disciplinar se imiscui nas justificações utilizadas para impelir o processo de mortificação do “eu-doméstico-novo” (consciência naturalizada formada intramuros), uma verdadeira “higienização de consciência”, a qual está submetido o detento, uma vez que os alicerces justificatórios do Regime Disciplina Diferenciado, além da tentativa de desarticular os laços nas organizações criminosas, são a manutenção da segurança e disciplina carcerária, perfazendo, na realidade, uma forma de controle total sobre o corpo e a consciência do detento.

Enquanto, no tocante ao terceiro problema, até por essa característica de ser uma instituição total, o Regime Disciplinar Diferenciado se propõe a criar uma tensão entre seu “eu-domestico” e o “eu-institucional”, trilhando um caminho para a constituição de uma nova compreensão do fenômeno natural, mas partindo da perspectiva delineada pela instituição. Essa tensão criada, cingida entre a sociabilidade do agente e a conformação com as regras institucionais, pode, como pode não acontecer, o que foi visto por Goffman, gerar um conflito existencial interno fazendo com o detento perca a total percepção do que é mundo, criando uma terceira forma de compreender os fatos, mas de uma forma que fique desconexa com a compreensão universal (a loucura).

Do ponto de vista macrossistemático, ou melhor dizendo, totalizante, o regime disciplinar diferenciado se mostra um instituto anverso ao chamado garantismo penal, que tendo como seu potencializador o teórico italiano Luigi Ferrajoli, um sistema de garantias, processuais e materiais, negativas que visam limitar (negativar) as ações desmedidas e arbitrárias do *jus puniendi* estatal, uma vez que atitudes positivas do Estado, nas esferas de definição das consciências fiéis, podem atingir quimERICAMENTE, ao combater as definições dos inimigos propagadas pelas autoridades hegemônicas, a esfera desse garantismo penal, contumaz os direitos fundamentais.

Esse regime carcerário extremo incide, de uma perspectiva geral, sobre esse sistema de garantias, no que tange os seus efeitos e seus elementos de inserção descritos acima, uma vez que conferindo existência jurídica a elementos sem *conotação da intenção* e, por consequência, *denotação da extensão*²³², sem a sapiência direta e frontal da intenção da norma (signo), não teremos como saber o seu campo de inserção jurídica. De uma maneira geral o regime disciplinar diferenciado representa uma atitude positiva do Estado em rogar o poder de definição de estados de ânimo perigosos para a convivência social e, principalmente, penitenciária.

O instituto em análise será submetido a uma acurada desconstrução, já iniciada em seus alicerces fenomenológicos, crítica sob os alicerces inculpidos pelo garantismo penal, principalmente a seus princípios (legalidade, proporcionalidade da pena, materialidade, lesividade, culpabilidade, regulatividade e taxatividade das normas penais) e a seus três níveis de desblindagem, qual seja, o garantismo como *modelo normativo do Estado de Direito*, como *Teoria Crítica do Direito* e como *Filosofia do Direito e crítica da política*.

No primeiro nível de desblindagem, ante o exposto, o Regime Disciplinar Diferenciado, considerando que a lei é o prisma derogatório das

²³² Ambos os termos são utilizados por Luigi Ferrajoli como mantedores de uma estrutura linguística irreduzivelmente segura e concreto. *Denotação da extensão* significa o campo de objetos em que incidirá o signo (norma), que deve estar bem delimitado. Já *Conotação da intenção* são os elementos linguísticos que perfazem o sentido do signo (norma), construindo uma realidade comunicativa direta, pronunciando sua "intenção" (o seu querer). FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 115

atuações e produções ilegítimas, sob o lastro formal e substancial, muito embora tenha sido criado por órgão competente, sistema da “mera legalidade”, bem como ter seguido o procedimento exigido, esbarra no prisma da *validade substancial*, ou seja, dando total valia e observância aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, considerando que os princípios constitucionais penais, alguns constitucionalmente implícitos, aventados acima não endossam esse instituto em seus termos, uma vez que seus pressupostos de incidência são deveras dotados de elasticidade axiológico-valorativa, existentes em vernáculos como “falta grave”, “subversão da ordem”, “alto risco”, bem como “fundadas suspeitas”, dando, com isso, ao arbítrio da conveniência da autoridade “carta branca” para analisar o fenômeno e dar esse mesmo o seu conteúdo, sem qualquer crivo de avaliação crítica de seu estado histórico, mantendo os demais em total ignorância do real “estado da arte”, transformando-os em exímios reprodutores.

Carolina Caldeira, em uma reflexão crítica sobre o RDD, demonstra que a estrutura desse novel instituição está arraigada em uma linguagem onde não se precisa qual é a sua intenção significativa, ou seja, sem determinação terminológica, palavras de cunho vago e impreciso, permitindo que os agentes públicos manipulem seus significados de forma a amoldar-se a sua conveniência e oportunidade, impondo, com isso, insegurança e flexibilização no controle punitivo²³³.

Devemos (re)lembrar que o fato de algo estar previsto em lei não exaure o diálogo com o discurso crítico, pois se se encampar tal vereda, estar-se-ia endossando o Regime Disciplinar Diferenciado asseverando que basta haver o respeito ao procedimento, e ser produzido por autoridade devidamente competente, para ser válido em sua plenitude. Nesse ínterim, estaria se valorizando exacerbadamente a *autoridade do argumento*, sem atenção a seu conteúdo. Com isso, poderia se enveredar matéria qualquer, desde que fosse criado sob o manto do discurso de autoridade, dotada de essência autopoiética, onde basta seu crivo para estar justificada a norma ou ação estatal, pois seu discurso, bem como seus atos,

²³³ DIAS, Carolina Caldeira Nunes. *Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional*. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, ed. 5, Ago/Set 2009, p. 128-144, pág. 132

estariam autojustificados pelo simples fato de seu aval, convalidando situações aberrantes sob o crivo da mera legalidade.

Porém, é de bom alvitre salientar que há mais um nível de desblindagem a ser utilizado, a *validade substancial*, onde, lastreado nos valores e necessidades insculpidos na constituição, que, de fato, sejam fundamentos a proteger o ser humano, e que, outrossim, não causem sofrimento desnecessário sob o custo de outro, tornem inválidas as normas que, muito embora em consonância ao procedimento, derroque os valores constitucionais, tutores da maior valia humana, ainda que sob o discurso da excepcionalidade, por sua inexorável força iminentemente política.

O Regime Disciplinar Diferenciado se mostra como a materialização da irreduzível primeira constatação de Ferrajoli, a aporética ilegitimidade jurídica, uma vez que se percebe uma potencialização de natureza *a priori* desse instituto, como um fenômeno de estirpe *autofundante*, onde há uma inexorável discrepância ontológica entre as esferas do dever-ser normativo e da efetividade, fazendo crescer as antinomias normativas, consumando-se em ações desmedidas violadoras de direitos e garantias fundamentais por parte de Estado, isso em razão da enorme margem valorativa dada pela linguagem irreduzivelmente aberta da norma. Não obstante isso, Ferrajoli assevera que esse grau de distanciamento ontológico-normativo faz parte do plexo crítico do garantismo penal, uma vez que é da carga para análise e controle de baixo (titulares dos direitos violados) das instituições, podendo julgá-las ilegítimas por violar tais direitos fundamentais.

Ao que se pode referir ao segundo nível de desblindagem de instituições, do *garantismo como teoria crítica do direito*, prenuncia uma análise de três esferas de aferição da norma, a vigência, a validade e a eficácia. Nesse nível de controle linguístico-crítico se vislumbra o Regime Disciplinar Diferenciado como instrumento fomentador, ainda mais, do distanciamento da norma para com a realidade. Nesse diapasão, percebe-se que esse provém de uma confusão estrutural entre direito e política, que podemos chamar de *formalismo ético*, onde a norma é vigente e válida somente por emanar da autoridade competente, o Estado, ente dotado de essência ético-moralizante, dada a sua força autojustificante (autopoiética), legitimando ações normativas tendo tão somente em vista se a

normativa emanou do ente supra-absoluto (Estado). O Regime Disciplinar Diferenciado, a despeito de seu cumprimento com a mera legalidade, portanto, vigente, está em discrepância com a estrita legalidade ou legalidade substancial, pois viola os pressupostos para se constituir uma norma penal (materialidade da ação, lesividade, regulatividade das normas penais e culpabilidade).

No tocante aos juízos de vigor e de validade, o Regime Disciplinar Diferenciado, muito embora possa ter sido emanado de órgão competente, não possui, no que refere ao primeiro, a famigerada *correspectividade fática*, uma vez que, considerando que seus pressupostos são dotados de flexibilização axiológica, não podem ser submetidos ao controle fenomenológico de verificabilidade e refutabilidade, visto que seus alicerces não possuem dotação constativo-empírico (mundo dos fenômenos) para serem taxados de verdadeiros e nem de falsos. No que refere ao segundo, em juízo de incompletude, como já falado não possui, o novel instituto não logra êxito em ter em seu bojo lastro algum em referência aos pilares substâncias inculpidas na Carta Constitucional, que, muito embora dotados de juízos valorativos, possuem a finalidade de proteger o ser humano do arbítrio estatal e de terceiros estranhos.

No que se refere a terceira acepção crítica do garantismo de Luigi Ferrajoli, levando a exaustão essa digestão crítica de consciência e a real compreensão do fenômeno normativo, o *garantismo como filosofia do direito e crítica da política*, considerando que essa parte da exposição, desde o interno para o externo, da ilegitimidade e da invalidade das premissas, partindo das veredas do desnivelamento entre as esferas do dever-ser e ser, que proporcionou uma confusão ontológica, ou uma sobreposição de uma esfera a outra (reducionismo estrutural), o Regime Disciplinar Diferenciado demonstra ser inválido em suas premissas, porquanto baseado tão somente em diapasões de natureza político-emergencial, sucumbindo ao pânico social disseminado pela descrição do inimigo, bem como pela tarefa diuturna de punição desmedida desse, mitigando seus direitos fundamentais que são considerados excessivos.

Quando se tem inserido instituições nessas valas geradas por essa discrepância ontológica, se dá a elas um valor *autopoiético*, dotando-as de uma blindagem de correspondência *a priori*, onde, sendo considerado um fim em si

mesmo, seu ônus de justificabilidade se finca em suas próprias premissas, um ente autorreferente e retroalimentante em suas próprias estruturas internas. Nesse ínterim, as premissas fundantes do Regime Disciplinar Diferenciado criam óbices a uma análise reflexivo-crítica do próprio instituto, retroalimentando-se em lastros justificatórios, uma viagem circular em seu bojo de forma exaustiva.

Diferentemente do paradigma da heterorreferencialidade ou heteropoiética, onde os pilares de um sistema estão alicerçados em fulcro externo a ele, ou seja, o próprio sistema não basta em si por seus próprios fundamentos, há um controle crítico externo, o Regime Disciplinar Diferenciado baseia-se em um sistema de autorreferencialidade. Nesse sentido, seus fundamentos, por sua vez escorados em um arbítrio político em demasia, estão constituídos em si mesmo, visto ter sido criado a revelia dos direitos fundamentais dos presos, são baseados em bens de natureza espiritualizada, a famigerada segurança social dentro e fora dos presídios. Ainda, bem como, outrossim, alicerçado, tão somente, na *legitimidade do alto*, ou, melhor dizendo, no *poder a priori de especulação*, proporcionando uma maior verticalização do poder dos fatores reais dos conceitos, porquanto basta, isso em caráter preclusivo, que a norma ou o ato estatal está em consonância com os ditames provindos do “oráculo do bem maior”, dotado da prerrogativa de justificação a priori, o senhor da última palavra, para serem legítimos em último grau.

Nesse ínterim, o Regime Disciplinar Diferenciado se mostra como, além de uma aporia jurídica, externalização da ilegitimidade política, uma vez que esse instituto retroalimenta a distanciação do dever-ser normativo e ser-fático, considerando que, muito embora Ferrajoli considere que as inúmeras cláusulas de alta densidade dos direitos fundamentais não são realizáveis em sua plenitude, pois dotados de juízos conotativos de valoração, esse possui pressupostos que lhe são intrínsecos, não se submetendo ao controle externo de validade sob o jugo dos valores fundamentais insculpidos na Constituição, violando, com isso, em massificada incidência os direitos e garantias fundamentais, visto que se trata de uma “pena dentro de uma pena”.

Nesse sentido, dado o seu caráter autopoiético, ou em sua autorreferencialidade, não se sujeita ao controle do ônus de justificabilidade externa, mas no denotar dos indagadores críticos do garantismo penal essa forma de

instituição não escapa, pois esse admite, sendo de supraessência acontecer, a existência da incompletude do sistema, bem como sua incoerência interna, considerando essa como essencial para a construção crítica do fenômeno, passando sob crivo da comunicabilidade dos opostos, passando por uma saturação de maturação, e não de “mortificação do eu-instituto”. Nessa vereda, considerar a existência da incompletude do sistema é vislumbrar que o conhecimento não é estagnado, mas construído a partir das discrepâncias no mundo metafísico e fenomênico que esses podem proporcionar aos atores do espetáculo.

Passados os níveis de desblindagem aporética, submeteremos agora o Regime Disciplinar Diferenciado aos princípios elencados como estruturantes da linguagem penal proposta pelo Garantismo de Luigi Ferrajoli, tais como, legalidade, proporcionalidade da pena, materialidade, lesividade, culpabilidade, regulatividade e taxatividade das normas penais, isso feito nos moldes postos nesse préstimo.

Considerando que o princípio da legalidade se funda em dois alicerces, que devem ser vistos de forma a confluir em um diálogo simbiótico, a mera legalidade (respeito ao procedimento e autoridade competente – “quem e como fala”) e a estrita legalidade (respeito ao conteúdo protetivo insculpido na norma maior, bem como uma linguagem clara e não vaga). Muito embora o Regime Disciplinar Diferenciado se escore na mera legalidade, esse malferiu a estrita legalidade, pois em seu bojo está alojada uma linguagem performativa e obscura, dotados de inverificabilidade, bem como irrefutabilidade, considerando que não possuem constatabilidade fenomênica, discurso baseado em vernáculos como “falta grave”, “subversão da ordem”, “alto risco”, bem como “fundadas suspeitas”.

Com isso, se outorga a autoridade um poder de discricionariedade, como estamos tratando de norma penal executória, de interferir na pessoa dentro do cárcere de forma arbitrário, pois, dado seu valor autopoietico, não há um controle externo sobre os atos que daí emanam, não podendo taxá-los de verdadeiros ou falsos. Nesse sentido, esse instituto está conforme a mera legalidade (legitimidade jurídico formal), porém em descompasso com a estrita legalidade (legitimidade jurídico material), em virtude da violação da dimensão linguística proposta pelo garantismo penal, uma linguagem clara e com alicerces denotáveis e verificáveis

fenomenologicamente.

Além de contrariar a dimensão linguística da estrita legalidade, como anteriormente exposto, malferiu a dimensão material desse princípio, uma vez que a norma deve estar em consonância com os princípios deliberados pelos fundadores constituintes como imprescindíveis e precípuos para a solidez e universalidade social.

O requisito do caput do art. 52 exara como condição da falta grave que essa cause subversão da ordem ou disciplina interna, conceito esse que demonstra um distrato com a dimensão linguística do postulado da estrita legalidade. Nesse sentido, essa se perfaz em um limitador da construção estrutural da linguagem jurídica, oportunidade em que se tem a sapiência dos pressupostos semânticos da norma, que devem ser objetivos e não vagos, pois, ao revés, se perverterá em um autêntico substancialismo penal, penalizando estados de existência e descrições convenientes e oportunistas de periculosidade alheia.

Partindo da separação entre direito e moral, o princípio da materialidade, bem como o da lesividade, o direito só deve coibir ações externas (materialidade) que causem lesões reprováveis e intoleráveis, deixando de lado a punição por estado de existência, por conjecturas futuristas e de periculosidade intrínseca, tem se ater a dados empiricamente constatáveis e de dotação externalizada, não se podendo impelir reprimenda penais em razão do agente ser moralmente inconveniente.

O art. 52, § 1º da Lei 10.792/2003 é um dos que mais resguarda o problema do regime disciplinar diferenciado, uma vez que, em violação ao princípio da materialidade e da lesividade, mostra uma atividade rotineira do cosmo social em definir as figuras de risco ao bom curso da felicidade. Será inserido nesse regime quem apresentar alto risco para ordem e segurança do estabelecimento penal ou a sociedade. Esse elemento exala uma leitura ontológica do perigo, melhor dizendo, dizer que alguém representa um alto risco é vislumbrar um estado de periculosidade existencial, ver a identidade do indivíduo com a perspectiva demonológica²³⁴.

²³⁴ Primeira perspectiva de análise da criminologia que começou na idade média com o *malleus maleficarum* de James Sprenger e Heinrich Kramer, onde procuraram dar uma solidificação na procura pelo mal

Dessarte, o discurso da periculosidade além de não se referir a uma ação, e sim a um estado de existência reprovável, não demonstra lesividade a bem jurídico alheia, senão contrariar um sistema de valores culturais considerados de moralmente hegemônica, ou seja, uma violação ontológica e não real. Inserir alguém porque se amolda na descrição social do sujeito de risco é inadmissível, malferindo todo macrossistema do garantismo penal, um arcabouço que visa tutelar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos frente ao direito público subjetivo de punir do ente estatal.

Ainda, nesse diapasão, o discurso ontológico da periculosidade, em violação ao princípio da culpabilidade aventada, transcende os meandros da compreensão humana, uma vez que a definição do seja de alto risco, ou que perigoso, quando tangidos em atos humanos, perpassa por uma cadeia deveras complexa, pois passará por um juízo cognitivo de valor-desvalor dos fenômenos, sendo devoto na compreensão do sujeito cognoscente a observância de seus valores sobre a realidade. Nesse sentido, fica inconstante a estruturação do que seja alto risco, deixando ao alvedrio da conveniência e oportunidade política do sujeito cognoscente a definição da essência do fenômeno, o que seja “homem de alto risco”. Nesse ínterim, será posto no Regime Disciplinar Diferenciado quem, casuisticamente, for definido de alto risco.

Em referência ao princípio da culpabilidade o Regime Disciplinar Diferenciado não possui clara observância, uma vez que em seu art. 52, § 2º, da Lei nº 7.210/1984 assevera, sob *fundadas suspeitas*, o detento será submetido a esse instituto se possuir envolvimento ou *qualquer tipo de participação* em organizações criminosas, sem prejuízo de *sanção penal*. Ocorre é a mesma punição para o detento, independente do seu grau de participação, ainda que digam que o prazo é diferente, mas as demais condições serão as mesmas.

A culpabilidade se mostra como uma ligação subjetivo entre o autor do fato com o próprio fato, onde possui a sapiência dos elementos de realidade possui vínculo com uma deliberação volitiva autêntica e livre. Com isso, se veda a atribuição de punição, qualquer que seja, por um modo de existência inconveniente,

e expurgá-lo, tendo, outrossim, apontado os elementos de perigo.

ou que seja moralmente reprovável, não se pode dilacerar o outro por um estado de consciência, pois estar-se-ia a violar o paradigma da originalidade intrínseco ao exercício de suas próprias razões sobre seu significado como ser-histórico.

Quando o Regime Disciplinar Diferenciado é imposto a qualquer grau de envolvimento ou participação, somada, de forma derradeira, as *fundadas suspeitas*, não há qualquer compreensão do estado de culpabilidade, principalmente seus elementos concretos, sem análise dos elementos de realidade. O que se quer, tão somente, com o discurso de exceção é dar uma resposta a sociedade que “seres como esses” não tem direitos fundamentais, pois, segundo esse discurso, são infiéis ao sistema. Para tanto, e o Regime Disciplinar Diferenciado foi criado para isso, se fazer tornar diminuto a precisão de garantia de direitos fundamentais, sendo retirados desse essa precisão.

No que se refere ao princípio da proporcionalidade deve se atentar para o art. 52, inciso I, onde se dá como patamar máximo de permanência no Regime Disciplinar Diferenciado de 360 dias, sem prejuízo de sanção penal correspondente. Ocorre que esse período, por deveras excessivo, não possui um patamar mínimo, uma vez que, considerando que esse mecanismo é uma *pena dentro de uma pena*, se quer dar um grau maior de arbitrariedade para autoridade, somadas a outras causas, ter o poder de flexibilização. O inciso II do mesmo dispositivo (isolamento celular durante 22 horas), aliado a esse período excessivo, possui o condão de causar disfuncionalidades mentais e físicos nos condenados, criando uma nova compreensão do suplício.

O Regime Disciplinar Diferenciado recai no primeiro subproblema exposto por Ferrajoli, uma vez que, além de não colocar um patamar mínimo para a punição, demonstrando só um patamar máximo, o período em si é exacerbado, pois, nesse ínterim, o isolamento celular durante 22 horas por dia o torna degradante, isso em detrimento dos alicerces constitucionais, bem como a norma de mandamento de proteção da integridade física e saúde mental dos condenados²³⁵, consoante o artigo

²³⁵ Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

40 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que também encontra fundamento na Carta Magna²³⁶

Ao cabo, no que se refere ao princípio da *regulatividade* e *taxatividade das normas penais*, o Regime Disciplinar Diferenciado se mostra como um instrumento de natureza normativo-constitutiva, uma vez que, em sua inteireza, possui vernáculos sob o qual não pode exercer um controle fenomenológico de algo verificável, bem como refutável.

O que ocorre é a chamada compreensão cultural do outro, onde se se percebe uma vida moralmente inconveniente, se utiliza de instrumentos verticalizantes que estagnam a compreensão crítica do fenômeno, criando figuras aporéticas de identidade estigmatizantes, perseguindo “tipos de pessoas” e “personalidades ontologicamente consideradas perigosas”, e não “tipos de condutas”. Podemos perceber isso nos seguintes termos, “subversão da ordem ou disciplina internas” (art. 52, *caput*, Lei 7.210/84), “alto risco para a ordem e a segurança” (art. 52, § 1º, Lei 7.210/84) e “fundadas suspeitas” (art. 52, § 2º, Lei 7.210/84). Ou seja, signos de deveras elasticidade significativa, dando carta branca a autoridade para moldá-las a sua livre conveniência e oportunidade.

Nesse espectro, é possível aferir que o Regime Disciplinar Diferenciado se mostra como um discurso aporético, emergencial justificador de um direito *ilegítimo*, uma vez que é considerado aporético, nos sentidos jurídico e político, um fenômeno de natureza *a priori*, considerando sua capacidade intrínseca de desnivelamento entre as esferas ontológicas do *dever-ser normativo* e o *a correspectividade fático*, seccionando essas esferas com o resultado de afastamento do programa normativo e suas concretude.

É violador do juízo de validade, uma vez que se mostra criado à revelia do princípio legalidade em sentido estrito, considerando ser um vazio

²³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

axiológico-constitucional em relação a *legitimidade jurídico material* ou *legitimidade de baixo*. É emergencial por ser sua matriz estrutural lastreado no fenômeno da consciência-exceção – situação de pânico social em que são dopados os eixos de reflexão crítica do estado da arte histórica -, onde se cria valas realísticas de não ingerência das estruturas de controle de justificabilidade fundante da instituição.

Portanto, por ser violador do precípua, se não o mais importante, lastro de justificabilidade das castas normativas, a chamada *legitimidade de baixo*, por desnivelar os eixos de controle da norma (dever-ser e ser), por ter decaído ao sistema crítico-analítico de controle estrutural, bem como por ser violador dos pilares estruturantes do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli e de todos os aportes teóricos colacionados nesses préstimo, o Regime Disciplinar se mostra como *Direito Ilegítimo*.

CONCLUSÃO

O árduo préstimo realizado teve por finalidade descurar a (des)legitimidade do Regime Disciplinar Diferenciado a partir da estrutura do *Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli*, tendo por alicerces outros o *discurso crítico de Michel Foucault e Erving Goffamn*. A problemática se molda na pergunta de que se “é possível o Regime Disciplinar Diferenciado coadunar-se ao sistema do Garantismo Penal na tutela de direitos e garantias fundamentais inerentes, principalmente, as pessoas sujeitas ao poder desse regime carcerário, sendo uma instituição de emergência? ”

Primeiramente, conclui-se que o Regime Disciplinar Diferenciado perfaz-se em instrumental simbólico criado para apaziguar as emoções sociais impelidas pela “situação de crise”, considerando, ainda, que esse instituto demonstra sua finalidade, além de tentar desarticular a criminalidade organizada dentro do Sistema Penitenciário, visa (re)construir, bem como reforçar, uma linguagem social do monopólio ofensivo do Estado, onde esse tenta demonstrar que em nenhum momento perdeu o controle. Para tanto, se criou o Regime Disciplinar Diferenciado, onde se tem uma matriz linguística de inflacionamento da punitividade, com a finalidade de contenção da criminalidade organizada nos presídios, uma rápida resposta a sociedade aos problemas criados realidade emergencial.

Ocorre que, como foi visto, o Regime Disciplinar Diferenciado não logrou êxito em alcançar sua finalidade de desarticular a criminalidade organizada, bem como suas lideranças, uma vez que o que se teve foi a manutenção do orgulho e do papel de líder nessas comunidades, reforçando ainda mais sua imperatividade. Dentro dessa linguagem simbólica criada, o Regime Disciplinar Diferenciado foi estruturado como uma instituição disciplinar e total.

Nesse meandro da situação excepcional, o Regime Disciplinar Diferenciado foi um modelo de que em situações de crise social se busca criar exceções as regras em razão do medo e instabilidade institucional, onde seus meios são, não raras vezes, o fortalecimento da punitividade, como alicerce de resposta incontínente ao fato de emergência. Nesse cenário, se excepciona o que antes não cogitaria como exceção, criando valas de preenchimento pela conveniência estatal, afetando direitos e garantias fundamentais de determinado nicho social com a

utilização do direito penal “ultrapontencializado”, sob o discurso de que é necessário em razão da situação de emergência.

Noutro giro, em primeiro lugar, o Regime Disciplinar Diferenciado é instituição disciplinar porque visa a criação, bem como construção, de um sujeito ideal, onde se tenha inserido nele os alicerces culturais da casta hegemônica, um sujeito dócil e obediente, de fácil controle, com uma consciência manipulável pelo “outro”. Enquanto, em segundo lugar, tem-se por instituição total porque visa despir o sujeito de alicerces domésticos constituintes de sua identidade, para quando inserido nessa instituição seja moldado e transmudado com precisão em um sujeito modelo da instituição, além de se mostrar como uma instituição com um “fechamento cognitivo em si”.

O alicerce teórico-base fora o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, onde, naquela estrutura trinômica de “desblindagem” - o garantismo como *modelo normativo do Estado de Direito, como Teoria Crítica do Direito e como Filosofia do Direito e crítica da política* - das instituições, perfaz-se em um alicerce teórico analítico-crítico de controle estrutural das instituições jurídicas, com a finalidade de aferir sua compatibilidade com os valores insculpidos na Constituição, tendo parâmetro a *legitimidade de baixo*, chamada assim por Ferrajoli.

Nessa leitura garantista, com um viés crítico-analítico, se vislumbrar o Regime Disciplinar Diferenciado como um instrumento excepcionador de direitos e garantias fundamentais, uma vez que em sua estrutura, tanto institucional quanto teórica, se aloja o alicerce irreduzível da aporia, onde se tem uma perspectiva acerca do Regime Disciplinar Diferenciado como instituição *a priori*, pois se tem por pressuposição a validade em razão de ter sido emanado em uma situação de emergência, além de ter sido criado pelo órgão competente. Ainda, se tem essa compreensão autojustificante mesmo sendo esse instituto violador dos valores de índole garantista insculpidos na Constituição.

O Regime Disciplinar Diferenciado possui essa compreensão aporética em função de seu momento histórico de criação, ainda que seja sua existência colidente com o fenômeno do garantismo penal, é considerado um dado *pressuposto de si mesmo*, onde se embarreira, bem como impossibilita cognitivamente, a compreensão crítico-reflexivo em razão de ter sido criado em uma realidade de exceção – contenção e desarticulação, a todo custo, da criminalidade

organizada nos presídios -, além de criar obstáculos ao exercício heteroferencial de um controle cognitivo do conteúdo da norma, por meio instrumentos externos.

Mas é esse reducionismo estrutural que o garantismo penal visa descurar, visando desvelar e despir essas pressuposições estruturais-normativas que criam obstáculos performativos na realidade, que não dão refúgio a reflexão crítica das instituições em razão de sua pressuposição autojustificante, um ser *a priori*.

Essa instituição simbólica, muito embora se mostre condizente com a mera legalidade, o que por si só não confere validade a norma, demonstra-se um verdadeiro instrumento criado a revelia da legalidade em sentido estrito, uma vez que não representa a verticalização dos direitos e garantias fundamentais²³⁷ insculpidos na Constituição Federal de 1988, considerando que os comandos dessa possuem imperatividade incontinente. Ainda, em razão desse reducionismo antigarantista, o Regime Disciplinar Diferenciado cria uma linguagem social mantedora do poder estatal, onde se faz uma divisão ontológica entre *presos com direitos e inseridos no RDD*, enverando esforços hercúleo no combate desmedido em detrimento desses últimos.

O Regime Disciplinar Diferenciado se mostra um anverso a matriz estrutural do garantismo penal em diversas frentes, onde, além do reducionismo denunciado, bem como se mostrando como discurso aporético que é, se mostra colidente aos princípios mostrados acima, onde na matriz desse instituto que mais é colidente são seus pressupostos de imposição, bem como seus efeitos. A linguagem utilizada pelo Regime Disciplinar Diferenciado vem a demonstrar sua premissa performativa, onde, como se vê no artigo 54 em sua plenitude, se visa criar um balaústre flácido de signos com o poder aberto de significações, a depender do momento de densificação desse significado, dando ao agente densificador o poder de conferir conteúdo o que seria conveniente ao momento a esse signo.

O que potencializa esse questionamento são os signos insculpidos no Regime Disciplinar Diferenciado, como o discurso baseado em vernáculos como “falta grave”, “subversão da ordem”, “alto risco”, bem como “fundadas suspeitas”,

²³⁷ Lembrando que a Constituição Federal de 1988 tem em seu bojo o imperativo de que não se deve criar penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, *alínea “e”*), bem como essa deve respeito incondicionado a integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX).

onde se tem uma amplitude cognitiva de conferência de significação ao signo colacionado ao ente.

Essa violação ao garantismo penal, considerando os princípios referidos no presente préstimo, se revela no fato do RDD se mostrar como um aporia, além de criar dificuldades ao controle estrutural por se tratar de instituição autojustificante, onde se materializa um desnivelamento de correspectividade do espectro normativo com a realidade fática, sendo que é isso que torna factível as aberrações fenomênicas decorrentes da longevidade do programa normativo e a sua externalização ao caso concreto. O fenômeno do RDD cria esse desnivelamento da estrutura normativa da Constituição com a sua finalidade e sua efetividade no caso concreto, uma vez que excepciona direitos e garantias fundamentais, como bem demonstrado, aos presos colocados em seu bojo.

Portanto, em razão da denúncia da violação dos princípios referidos nesse préstimo, do fracasso estatal na desarticulação das lideranças, bem como da revelia à *legitimação jurídico material* de sua construção teórico-social e prática, o Regime Disciplinar Diferenciado, considerando seu reducionismo estrutural, não se mostra hábil a referendar a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos presos, tampouco dos detentos colocados em seu bojo, em função de sua natureza aporética, simbólica, total, disciplinar, antigarantista e de exceção/emergencial, o a torna, concluindo, ilegítima.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*. 1º ed. São Paulo: Forense, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 19. Ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reformas do sistema punitivo brasileiro*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005.
- COSATE, Tatiane Moraes. *Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário?*. Revista de Direito Público, Londrina, V. 2, N. 2, P. 205-224, MAIO/AGO. 2007.
- DIAS, Carolina Caldeira Nunes. *Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional*. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, ed. 5, Ago/Set 2009, p. 128-144.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- HABER, Carolina Dzimidas. *A Eficácia da Lei Penal: Análise a partir da Legislação Penal de Emergência (o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado)*, 2007. 164 fls. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP.
- NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. 3º ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PAVARINI, Massimo. *A penitenciária como modelo da sociedade ideal*. Segunda parte. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Melossi. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 1ª reimpressão, setembro de 2014.

REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção*. Revista Polis e Psique, 2013; 3(2): 162-184