

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAISA GUIMARÃES POMBO

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL: UMA
ANÁLISE A PARTIR DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

**CURITIBA
2016**

MAISA GUIMARÃES POMBO

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL: UMA
ANÁLISE A PARTIR DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de Bacharelado em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Rui Carlo Dissenha.

**CURITIBA
2016**

AGRADECIMENTOS

Esta monografia representa uma das etapas mais importantes da minha vida, não podendo ser traduzida meramente como o final de tudo o que aprendi após meu primeiro contato no interior do prédio histórico da UFPR em que abriga a Faculdade de Direito, mas como o início do porvir de minha vida profissional no âmbito jurídico. Por conta disso tudo não posso deixar de agradecer aqueles que fizeram parte disso ao meu lado.

Agradeço primeiramente a Deus, sem o qual nada do que foi feito até aqui teria sido possível. Agradeço, também, a Nossa Senhora, por não ter me abandonado mesmo nos momentos mais difíceis que tive que enfrentar até aqui.

Aos meus pais, Mário e Maria Ana, que sempre me incentivaram nesta caminhada, seja através de palavras doces e esperançosas ou mesmo por críticas construtivas mais árduas. Sei que todas elas foram proferidas para o meu próprio bem.

À minha irmã Mariah, pela paciência nos momentos conturbados, bem como por sua companhia em diversas semanas de estudo.

À minha irmã Taísa que, mesmo estando longe sempre me apoiou nas minhas decisões e incentivou, orientando-me sempre por sua experiência nesse âmbito jurídico.

A minha eterna gratidão ao Leonardo, por toda a paciência que sempre teve comigo, sobretudo em época de provas, pelo carinho e atenção inigualáveis, e ainda, por todas as formas de auxílio nesses últimos dois anos.

E por fim, meu especial agradecimento ao Professor Rui Carlo Dissenha, por suas orientações sábias e de quem já possui larga experiência nesta seara, bem como por ter aceitado orientar-me neste trabalho com muita dedicação e cordialidade.

À Elza, minha segunda mãe.

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de inserção no direito brasileiro da teoria desenvolvida por Gunther Jakobs a que se denomina de Direito Penal do Inimigo a partir da figura do Regime Disciplinar Diferenciado. A Teoria proposta pelo professor da Universidade de Bonn criada na segunda metade do século XX tem suscitado inúmeros debates no meio acadêmico, doutrinário e jurisprudencial. Desde a sua criação as críticas a ela formuladas são ininterruptas, e no Brasil esse movimento se tornou ainda mais incisivo após a alteração no texto da Lei de Execução Penal que estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado no ano de 2003. A ampliação deste regime a todo o território nacional permitiu a assimilação por parte da doutrina mais preocupada com os direitos humanos de que tal figura rompe com diversos princípios e direitos mínimos conquistados desde o advento do Estado Moderno, chegando inclusive ao questionamento acerca da compatibilidade do RDD com o texto constitucional. Ao lado disso, ainda, emergem questões de ordem política nas quais indagam a própria coerência da Teoria de Jakobs, já que esta se propõe como direito (penal) obstinado a garantir a sociedade e, em última análise, a própria democracia, mediante corolários antidemocráticos (como um direito penal do autor) e próprios do Estado Absolutista (tratamento diferenciado entre pessoas e não pessoas).

Palavras-chave: Direito Penal. Sujeito de direito. Estado democrático. Prisão. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This monography analyses how Gunther Jakobs' theory, called "Criminal Law of the Enemy", can be inserted in the Brazilian Law System having as a paradigm the Differentiated Disciplinary Regime. The theory coined by the Bonn University professor in the latter half of the 20th century inspired countless discussions in the Academy, in Law literature and in the Courts. Since its creation, the theory suffered uninterrupted criticism, more so in Brazil since the establishment of the Differentiated Disciplinary Regime, in 2003, once the Criminal Execution Law was amended. As the regime was broadened throughout the national territory, scholars linked to human rights argued that RDD fails to follow some principles and fundamental rights conquered since the advent of the Modern State, questioning moreover if the RDD is compatible with the 1988 Constitution. Besides, there are some political order issues, questioning the Jakobs' Theory coherence, since it proposes itself as a (Criminal) Law focused on guaranteeing the society and even Democracy but does so antidemocratically, as it has some Author's Criminal Law concepts, and as it brings Absolutist State principles, such as a different treatment among persons and non-persons.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 – DO DIREITO PENAL DE GUNTHER JAKOBS.....	4
1.1 O DIREITO PENAL NA DOCTRINA DE G. JAKOBS.....	4
1.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DO CIDADÃO.....	10
1.3 O INIMIGO E O DIREITO PENAL	18
1.4 A DECANTAÇÃO JURÍDICA DO INIMIGO: O <i>HOMO SACER</i>	23
2 – O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	30
2.1 ORIGENS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	30
2.2 RDD ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA	37
2.3 O RDD COMO PRODUTO DA TEORIA DE JAKOBS.....	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

A consagração de um inimigo da sociedade é algo remoto. O exercício real do poder punitivo evidencia a identificação de determinados indivíduos que, por não responderem às necessidades sociais e econômicas, bem como por não compactuarem das ideias dominantes da época, ou mesmo por apresentarem diferenças fisiológicas, seriam alçados à estirpe de não pessoas, restando-lhes tão somente sua neutralização, e até mesmo sua eliminação física. A ciência jurídica não se manteve incólume a essas políticas agressivas adotadas historicamente pelos Estados, e acabou incorporando esses programas sancionatórios ao longo da evolução da doutrina. Ao lado do direito, a filosofia acrescentou igualmente inúmeras teorias que corroboram a legitimidade do ataque àqueles desviantes.

Num primeiro momento, a ciência política revela a atualidade do problema através de alguns de seus ilustres estudiosos, como Hobbes, Fichte e Locke, cada qual desenvolvendo a tese que melhor se adaptasse à forma de governo por eles defendida. Em outra dimensão, também a filosofia, que desde Protágoras até a vertente neokantista, demonstra igual interesse pela questão do inimigo, basicamente, através de indagações acerca das possíveis medidas a serem aplicadas sobre tais sujeitos. Por fim, o direito penal consolida a terceira dimensão do problema e suscita a questão tanto no âmbito material (o direito penal), como em âmbito formal (processo), incidindo ainda na fase de execução da pena, campo por excelência da derradeira aplicação da pena, na qual o Regime Disciplinar Diferenciado reside.

A proposta de efetivar a Teoria do Direito Penal do Inimigo hodiernamente, tal como defende Gunther Jakobs, revela-se disforme ao que propugna o Estado Democrático de Direito, e em particular o caso brasileiro, no qual a dignidade humana é alçada à categoria principiológica em matiz constitucional. Ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, o da isonomia impossibilita o tratamento diferenciado entre sujeitos de direito, sendo concebido também como conquista inarredável do Estado Democrático. Desta feita é possível verificar que a inserção de tal Teoria no

atual panorama jurídico-político brasileiro é desacreditada, já que sua recepção no ordenamento pátrio relativizaria em última análise a própria democracia, tão cara, de árdua conquista e há pouco (re)conquistada neste País.

O Direito Penal democrático está assentado no desvalor da conduta, ou seja, é orientado no sentido de sancionar penalmente o infrator em decorrência do fato por ele praticado, sendo assim um Direito Penal do Fato. O Direito Penal não democrático seria então o que prioriza o aspecto inerente ao infrator, a quem ele é, independentemente da reprovabilidade da conduta por ele praticada, corroborando a ideia segundo a qual o legislador e também o intérprete estão destinados a observar elementos extrajurídicos, quer dizer, autorizados a sancionar o ser por aquilo que ele é, um indesejável, o inimigo da sociedade.

A partir de tais considerações, o presente trabalho se propõe a evidenciar a origem, as influências e as razões pelas quais esse modelo seletivo atrelado ao poder punitivo permanece vigente até os dias de hoje, debruçando-se aqui, sem que todas as questões sejam esgotadas, na doutrina penal do professor de Bonn, bem como nas principais características de sua polêmica teoria, e ainda, na análise sobre a forma elementar do inimigo (*homo sacer*).

Muito embora a Teoria do Direito Penal do Inimigo se apresente incongruente aos Estados democráticos, resta evidente que seus discursos são incorporados nas legislações atuais. Desde a criação da Teoria de Jakobs (sobretudo após a redemocratização nacional), a recepção e posterior aplicação deste modelo parecia estar longe de ser implementada em solo brasileiro.

Ocorre, porém, que algumas figuras surgem questionáveis em seus fundamentos, e tais aparições, em verdade já em vigor em alguns Estados brasileiros, foram inseridas no texto da Lei de Execuções Penais abruptamente. Assim foi o caso do Regime Disciplinar Diferenciado, figura instigante e polêmica que será tratada na segunda parte deste trabalho, analisando primeiramente as origens desse instituto e, após, sua normatização na LEP. Em seguida, a relação entre o Regime legal dessa figura e sua aplicação na jurisprudência. Por fim, propõe-se a desvelar os

fundamentos pelos quais o Regime Disciplinar Diferenciado é passível de ser concebido como produto da Teoria de Jakobs (ou ainda, como reflexo de um direito penal emergencial).

1 – DO DIREITO PENAL DE GUNTHER JAKOBS

1.1 O DIREITO PENAL NA DOCTRINA DE G. JAKOBS

O difícil trabalho que Jakobs recebera de seu antigo mestre (Welzel) acabou se desenrolando por outras margens daquelas adotadas originalmente pelo finalismo penal. A doutrina do catedrático de Bonn parte de uma ressignificação do próprio direito penal, que acabou deixando de lado a ontologia inerente ao finalismo e reorientou suas principais características – tais como a culpabilidade e a imputação objetiva – segundo a finalidade que Jakobs incute a esse âmbito jurídico. A inovação realizada pelo discípulo de Welzel reside na priorização concedida à dimensão normativa, bem como o abandono da primazia da ação sob a perspectiva ontológica, tal como concebiam os finalistas¹. A doutrina proposta pelo professor de Bonn é remetida desde logo ao funcionalismo jurídico-penal, âmbito próprio da doutrina que vincula o direito penal à manutenção da sociedade em que está inserido. Sob esta perspectiva, não somente o conjunto social se faz necessariamente presente, mas também – e em especial na doutrina de Jakobs – os conceitos de pessoa e norma². A segunda premissa, portanto, que pode ser apreendida quando se analisa o direito penal na doutrina de Günther Jakobs reside na ideia de que tal esfera jurídica se destina a garantir a existência da sociedade.

O aspecto funcional atrelado ao direito penal (em última análise, vinculado à pena) se verifica a partir da coexistência de um fato praticado em desconformidade ao conteúdo da norma jurídica violada, isto é, o Direito Penal (e a pena), de acordo com o professor de Bonn, só existe materialmente se percebidos em conjunto com a prática do crime, já que a

¹ JUNIOR, Lúcio Antônio Chamon. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal – Embates de Perspectivas Dogmáticas Decadentes**. Porto Alegre: S. A Fabris. 2004. p. 16.

² JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Barueri: Manole. 2003, p. 2 (Estudos de Direito Penal, 6).

pena surge como resposta à violação da norma praticada³. Tal formulação acabou sendo desenvolvida por Jakobs a partir da filosofia hegeliana, que concebe a aplicação da pena como mecanismo de manutenção da ordem jurídica. De acordo com Hegel, o ordenamento jurídico consiste em representar a vontade geral de uma sociedade, e o crime, isto é, a violação ao direito "fere a representação e consciência da sociedade civil, e não apenas a existência daquele que é diretamente atingido" (HEGEL, 2005, p. 188). Desse modo, a prática do ato definido como crime gera a negação do direito, e em última análise, a negação da sociedade na qual se encontra a norma jurídica violada

A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social⁴.

A relação incindível entre o direito penal e a sociedade na doutrina de Jakobs sofre uma segunda influência, responsável que foi por deslocá-la para a pós-modernidade⁵. Ao contrário, porém, do que a filosofia clássica propôs ao longo da história, a sociedade não poderia ser apreendida sobre dimensões individuais dos sujeitos que nela estão inseridos, mas de forma mais ampla, como um sistema. Reside aqui, portanto, uma segunda vertente igualmente importante para o desenvolvimento da doutrina ora estudada: a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, para quem a sociedade moderna é concebida como fenômeno dotado de extrema complexidade, a qual só pode ser compreendida se observados os diversos sistemas que a compõe, dentre os quais, o sistema jurídico. A sociologia luhmanniana é orientada a compreender a sociedade através de seus sistemas, sendo o direito um sistema parcial que necessariamente será adaptado conforme a sociedade e definido seus limites através da estrutura social⁶. Partindo da premissa de

³ JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Barueri: Manole. 2003, p. 8 (Estudos de Direito Penal, 6).

⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Barueri: Manole. 2003, p. 2 (Estudos de Direito Penal, 6).

⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes. 2011.

⁶ Id., **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro. 1983. p. 172.

que as sociedades modernas são dotadas de complexidade, a qual, por sua vez, decorre da existência de inúmeras possibilidades (expectativas)⁷ a que estão sujeitos os indivíduos, o sistema jurídico se presta a reduzir as expectativas normativas, de modo que o direito possui também, por consequência, a função de garantir a manutenção da sociedade em que está inserido, assumindo aqui algumas semelhanças com o que propunha Hegel⁸.

De acordo com Jakobs, parte das normas decorreriam de um mundo racional, por meio do qual seria suficiente a comunicação entre os indivíduos, prescindindo assim de uma diferenciação especial⁹. Estas normas não requerem estabilização especial, pois estão asseguradas de modo suficiente por via cognitiva¹⁰. Em contraposição a tais normas apreendidas cognitivamente, existiriam outras que demandam maior esforço para se auto estabilizarem, sendo que estas seriam concebidas como normas feitas.

Enquanto as normas do primeiro tipo formam uma base de comportamento obrigado para todos aqueles que lhe são acessíveis [...] sobre as normas do segundo tipo cabe dispor subjetivamente, ao menos no caso concreto¹¹.

A primeira espécie normativa não teria a capacidade de violar a expectativa normativa. Há uma segunda espécie de normas, porém, que são construídas e possíveis de serem dispostas concretamente pelos sujeitos mediante falhas na sua esfera de vontade. Acerca dessas normas, ainda, por se tratarem de regras construídas, portanto, não é possível a sanção através de uma pena natural, sua vigência é assegurada através de uma sanção

⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro. 1983. p. 57.

⁸ Nas palavras de Luhmann: “[...] que problema do sistema social se resolve mediante a origem diferenciada das normas especificamente jurídicas e, em definitivo, mediante a origem diferenciada de um sistema jurídico em especial [...]”. apud JAKOBS, 2003, op. cit., p. 5.

⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Barueri: Manole. 2003 p.11 (Estudos de Direito Penal, 6).

¹⁰ JUNIOR, Lúcio Antônio Chamon. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal – Embates de Perspectivas Dogmáticas Decadentes**. Porto Alegre: S.A Fabris. 2004. p. 74.

¹¹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Barueri: Manole. 2003, p. 12 (Estudos de Direito Penal, 6).

capaz de garantir a expectativa normativa e, em decorrência disso, a manutenção da própria vigência da norma¹².

A legitimidade do Direito Penal é outra questão abordada pelo professor de Bonn que revela sua íntima relação com a sociedade em que está inserido. Acerca da legitimidade formal das normas penais não há maiores dificuldades: dita legitimidade decorre da Constituição. Ao lado disso, porém, a legitimidade material que assina as normas jurídico-penais se funda no primado da necessidade, isto é, na admissão de que as normas penais são necessárias à manutenção da própria sociedade, já que a função de tais normas é tão somente esta¹³. Apenas a sociedade, enquanto construção de um contexto de comunicação, é capaz de dizer o que seja ou não legítimo do ponto de vista do direito, e isso decorre basicamente da verificação de que as normas jurídicas representam a própria configuração de determinada sociedade.

Seria possível, ainda, indagar sobre a possível existência de limites impostos ao Direito Penal, no que resta afirmativa a questão e respondida através da compreensão das necessidades invocadas pela ordem social. Dito de outra forma: a legitimidade das normas penais está limitada à funcionalidade, isto é, serão legítimas na medida em que corresponderem a necessária manutenção da sociedade. Sendo assim, as normas serão funcionais, e, portanto, legítimas, enquanto observarem o limite acerca da necessidade invocada pela sociedade; e serão intervencionistas (e ilegítimas) quando transcenderem esse limite¹⁴.

Resta fazer, pois, o seguinte questionamento: por que a fidelidade ao ordenamento jurídico resolveria um problema de cunho social? Ora, a resposta acaba sendo facilmente apreendida ao se retornar à função própria configurada pelo direito, qual seja: a manutenção da sociedade. Deste modo,

¹² JUNIOR, Lúcio Antônio Chamon. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal** – Embates de Perspectivas Dogmáticas Decadentes. Porto Alegre: S.A Fabris. 2004. p. 75.

¹³ Ibidem.

¹⁴ JUNIOR, Lúcio Antônio Chamon. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal** – Embates de Perspectivas Dogmáticas Decadentes. Porto Alegre: S.A Fabris. 2004. p. 76

se o ordenamento jurídico representa a vontade geral da sociedade em que se insere (numa acepção hegeliana) e à violação de determinada norma (a prática de crime) é cominada a pena, sendo que a pena representa o restabelecimento da vigência normativa (portanto reforço da confiança na norma), a expectativa de todos os indivíduos é reestabelecida¹⁵. A configuração de determinada sociedade, segundo a doutrina de Jakobs, é determinada segundo o estabelecimento de normas, e não um estado pré-estabelecido, pois se assim não fosse concebida, a sociedade estaria disposta de outra forma, construída de outra forma. Mais do que um fenômeno que é continuamente construído, a sociedade é organizada num contexto comunicativo entre os sujeitos que a compõe.

Uma última questão de igual relevância apresentada na doutrina do professor de Bonn reside na distinção por ele desenvolvida entre bens jurídicos e bens jurídicos penais. Essa distinção corrobora a ideia por ele defendida de que a pena se orienta muito mais a confirmação da vigência normativa defraudada pela violação à norma, do que a evitação de lesão de bens jurídicos¹⁶. Neste sentido¹⁷

a tarefa do Direito penal não pode consistir em impedir a lesão de bens jurídicos. Sua função é a confirmação da validade da norma, enquanto válida e equiparável a reconhecimento. Consequente com esta nova função do Direito penal, o princípio do delito como lesão de bens jurídicos é substituído pelo princípio do delito como expressão simbólica de infidelidade ao ordenamento jurídico” (MESA, 2007, p. 11, tradução minha)

De acordo com o professor da Universidade de Bonn, o direito penal se orienta a garantir a sociedade através das suas normas. Insta observar, porém, que existe uma distinção que merece ser feita entre aquilo

¹⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Barueri: Manole. 2003, p. 7.

¹⁶ GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio; RAMOS, Enrique Peñaranda. **Um Novo Sistema do Direito Penal – Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 1ª ed. Barueri: Manole. 2003. p. 9.

¹⁷ [...] la tarea del Derecho penal no puede consistir en impedir la lesión de bienes jurídicos. Su función es la confirmación de la validez de la norma, en cuanto validez es equiparable a reconocimiento. Consecuente com esta nueva función del Derecho penal, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos es reemplazado por el principio del delito como expresión simbólica de infidelidade al ordenamiento jurídico”.

que o autor concebe por “bem jurídico penal” de “bem jurídico”. A doutrina penal de Jakobs não admite como função do direito penal a garantir a existência de bens jurídicos tais como a vida, o patrimônio, a incolumidade física, etc., mas garantir tais bens em face de uma restrita classe de ataques (CHAMON JUNIOR, 2004, p. 76). A lesão de um bem jurídico penal não corresponderia, segundo a doutrina de Jakobs, a causação da morte, mas a violação da norma referente ao homicídio.

1.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DO CIDADÃO

A denominada Teoria do Direito Penal do Inimigo pode ser dividida em duas fases: num primeiro momento é possível afirmar que sua construção esteve atrelada a um discurso contraposto ao recrudescimento de leis penais na Alemanha na segunda metade do século XX, quando então o professor de Bonn quis referir-se ao fenômeno do direito penal do inimigo situando-o justamente na linha de frente à proliferação normativa¹⁸. Esta primeira etapa, porém, acabou se esvaecendo dos debates acadêmicos, que em sua grande maioria se direcionaram a questionar a viabilidade da proposta desenvolvida por Jakobs nas sociedades democráticas. Em suma, essa primeira fase da teoria do direito penal do inimigo buscava combater as leis antiliberais então vigentes, e a partir do ano de 1999 Jakobs passou a reverter o discurso que embasava sua proposta, adotando a postura que hodiernamente se apresenta.

O segundo momento da dita Teoria revela, portanto, sua faceta antiliberal e polêmica, a decantação de um direito penal maniqueísta que ora se volta ao lado do bem (o direito penal do cidadão), ora voltado ao lado maldito (o direito penal do inimigo). Apesar das fundamentações questionáveis que embasam a teoria do direito penal do inimigo, a adoção de terminologia própria e original tal como exposta por seu criador teria sido uma virtude que o penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni destaca, pois a utilização de conceitos próprios revela um direito penal que historicamente se ocultava¹⁹. Acresce ainda o penalista latino-americano que a celeuma em torno da teoria de Jakobs provavelmente não teria conquistado a mesma amplitude caso apresentada por outra etimologia. Apesar do esforço dispendido pelo professor de Bonn, sua proposta remonta aos mesmos problemas insuperáveis que os modelos que a antecederam possuíam. Neste sentido, Zaffaroni (2014, p. 159):

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 157.

¹⁹ *Ibidem*, p. 158.

Isso é o que quase todo o penalismo e boa parte da teoria política fizeram desde que a modernidade considerou – e continua considerando – compatível um incompreensível conceito não bélico de inimigo com o Estado Constitucional de Direito, sem se dar conta que esse pretensão conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito.

Para o criador da teoria do direito penal do inimigo, o direito penal compreenderia num único fenômeno duas esferas distintas, mas sobrepostas: de um lado, o direito penal do cidadão, lastreado na culpabilidade e direcionado ao fato; de outro, o direito penal do inimigo, autêntico direito penal do autor, antidemocrático e lastreado na periculosidade do agente²⁰. O duplo sistema de imputação diferenciado que é desenvolvido por Jakobs possui reflexos em três distintas áreas do Direito Penal: no plano dogmático sobre a pena e o Direito Penal, no campo da política criminal, e ainda, no plano ideológico/legitimação do Direito Penal (MESA, 2007, p.10). A dicotomia proposta por Jakobs é simbólica: cuidam-se de dois tipos ideais e que dificilmente seriam verificados no mundo real em suas formas puras²¹. Ao lado disso, ainda, é possível afirmar que tais esferas possivelmente se tocam, em maior ou menor grau²². Assim, no caso concreto, possivelmente serão aplicadas em maior ou menor grau normas decorrentes ora do Direito Penal do cidadão, ora as normas do Direito Penal do Inimigo.

[...] não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais. (JAKOBS, 2015. p. 21)

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

²¹ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 21

²² MARTÍN, Luis Gracia. **CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ACTUALMENTE DENOMINADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”**. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

Existem inúmeras características que permitem distinguir o direito penal a ser aplicado ao inimigo daquele que deveria ser aplicado ao cidadão, como, por exemplo, a significação da pena cominada. Jakobs afirma que a pena significa coação, sendo esta concebida de um conteúdo específico: a pena visa responder ao fato praticado. Tal coação, porém, será acrescida de outras funções conforme o crime tenha sido praticado por um cidadão ou inimigo. De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a pena direcionada ao infrator cidadão tem o significado de reafirmar a vigência normativa, isto é, contradizer a lesão normativa realizada pelo delito. De outro lado, em se tratando de um delito praticado por um inimigo, a pena deve significar uma custódia de segurança traduzida idealmente como mera violência²³. O professor da Universidade de Bonn desenvolve melhor esta questão quando afirma que a pena cominada ao cidadão infrator emerge para reafirmar a vigência da norma em decorrência de um ato que, embora ilícito, ocorre por falha comunicativa do indivíduo, enquanto a mera neutralização do infrator inimigo se justifica por sua personalidade falha, sobre a qual a resposta dada pelo Direito é incapaz de readaptá-lo aos fins propostos pela sociedade em que está inserido. Por óbvio existem outras funções, segundo o autor, que a pena acaba realizando, embora secundariamente. O mesmo não se verifica em relação ao inimigo, porque ele já teria apresentado por inúmeras vezes a sociedade de que é incapaz de se ajustar aquilo que dele se espera, ou ainda, que o mesmo não possui garantia cognitiva mínima de fidelidade ao ordenamento jurídico²⁴.

A segunda característica distintiva reside na orientação vinculada à pena: no direito penal do cidadão, tal sanção é voltada a atingir o fato passado, a contradizer a violação normativa já realizada. Por outro lado, a pena aplicada ao inimigo tem caráter prospectivo, isto é, impedir a

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

²⁴ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 29

consecução de crimes futuros²⁵. Jakobs pretende a antecipação da reprovabilidade da conduta quando praticada pelo inimigo, e isto, basicamente, segundo a premissa de evitação de perigos futuros dos quais pretende este Direito Penal se mostrar eficiente²⁶. Sobre tal questão, ainda, é possível verificar a legitimidade inerente aos tipos comumente praticados conforme a identidade do infrator: o crime praticado por um cidadão deve observar a regra geral acerca da punibilidade delineada pelo *iter criminis*. De outro lado, porém, é legítima a antecipação da punibilidade do fato criminoso, tomando como regra geral a punição dos atos preparatórios, inclusive²⁷. Nesse sentido:

A probabilidade, mesmo genérica do dano, legitimaria a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta (antecipação da punição), a supressão das garantias processuais (v.g. incomunicabilidade e ausência de publicidade) e a imposição de sanções rígidas de caráter inabilitador (preventiva de condutas futuras) [...]²⁸

O professor de Bonn preconiza a exteriorização do fato definido como crime para que seja dada a resposta pelo Direito Penal (em se tratando de cidadão), de modo que a pena conseguiria atingir este fato passado – e temporalmente admitido – no intuito de reafirmar a vigência normativa. O mesmo não se coaduna com a lógica proposta ao direito penal do Inimigo, que se dispõe a interceptar desde logo a conduta criminoso. Sob esta ótica, o poder punitivo oficial estaria legitimado a punir antecipadamente a conduta (mesmo sem a certeza de que o agente irá produzi-la) e readaptar

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

²⁶ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 34.

²⁷ No Brasil, a Lei 13.260/2016 que disciplina sobre o terrorismo, autoriza expressamente a punibilidade de atos preparatórios em seu art. 5º, o qual dispõe em seu caput: “Art. 5º - Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade”. (grifei)

²⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 80.

o modelo padrão do iter criminis no tocante à punibilidade da conduta ao criminalizar atos preparatórios. Acresce ainda este polêmico jurista que “materialmente, é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina <<pena>>”. (JAKOBS, 2015. p. 36).

A manutenção do próprio Estado Democrático de Direito é realizada quando se admite a coexistência entre um direito penal voltado a sancionar o cidadão (direito penal do cidadão), em que o delito é apreendido como desvio incidental do infrator da norma e, de outro lado, o direito penal do inimigo, cuja pena se orienta única e exclusivamente a combater perigos futuros, visto que o crime nessa esfera cometido é um dado absoluto e tomado como certo. O aspecto temporal é evidenciado de forma ambígua em relação ao crime cometido pelo cidadão e por um inimigo da sociedade: enquanto no primeiro a punição criminal é orientada de forma pretérita, isto é, se volta a sancionar a infração pretérita que violou a ordem jurídica, a aplicação da pena na esfera do direito penal do inimigo ganha proporções prospectivas, combatendo um mal que está por vir, o que acaba por isso mesmo, suscitando problemas com um modelo democrático no campo criminal.²⁹

Apesar de toda a celeuma que permeia sua teoria, Jakobs propugna que o termo “direito penal do inimigo” não pode se tratar de algo pejorativo, mas de algo naturalmente verificado nas sociedades modernas, como uma realidade complexa que teve origem em certa insuficiência por parte do Estado na preservação dos interesses juridicamente garantidos. Ao lado disso, o autor defende que a aplicação desse direito penal hostil propicia a manutenção do próprio Estado de Direito, em que pesem as incongruências teóricas sobre as quais se pauta frente ao modelo atual de

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

Estado, e ainda, a relativização de garantias constitucionalmente asseguradas³⁰.

A inconsistência de tal ideia perante a conjectura de todo Estado de Direito parece óbvia: uma sociedade que impõe uma ordem constitucional no ápice de seu Direito retira a legitimidade de suas normas não apenas de acordo com aspectos formais, mas a partir da coerência com a própria Constituição, o que afasta qualquer legitimidade de normas materialmente incompatíveis com o ordenamento constitucional³¹. Raúl Eugenio Zaffaroni apresenta essa inconsistência de modo crítico, e destaca a intensa proliferação de dispositivos normativos (inclusive tratados internacionais) sustentados por esse Direito Penal seletivo que ocorreu na segunda metade do século XX. A possibilidade de retirar de um sujeito sua personalidade (em última análise, sua própria essência) e tratá-lo como objeto perigoso é algo antigo, mas cada vez mais admitido, inclusive no âmbito internacional³². No Brasil, a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) dispõe sobre a aplicação da medida de segurança, que é voltada a inocuização de indivíduos que, inobstante tenham praticado fato delitivo, são considerados perigosos.

A personalidade é algo determinado conforme a realização (ou confirmação) de expectativas essenciais dirigidas a determinado indivíduo. De acordo com Jakobs, a personalidade, enquanto construção exclusivamente normativa, é irreal. Ela necessariamente requer um exercício de confirmação de que observa o ordenamento jurídico (ou as normas essenciais da sociedade). Sobre tal questão, o professor alemão afirma a necessidade de o Estado excluir de sua proteção jurídica aqueles indivíduos que não demonstram uma segurança mínima de respeitar tais leis. A ideia tem certa relação com a filosofia kantiana, para a qual o cidadão teria o direito de obrigar qualquer indivíduo em ingressar num estado comunitário-

³⁰ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 41.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 142.

³² DISSENHA, R. **Por uma Política Criminal Universal: Uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013 p. 241 e ss.

legal, ou, no caso de recusa, expulsá-lo da sociedade. O penalista alemão se aproxima das ideias de filósofos menos radicais³³ para justificar a permanência do status de pessoa sobre os infratores, basicamente por duas razões: deve estar aberta a possibilidade de reconciliação desse sujeito ao Estado e, ainda, somente aquele concebido como sujeito de direito é possível vincular uma obrigação jurídica, tal como a obrigação de reparar o dano por ele causado³⁴.

Apesar da inegável seletividade propiciada pelo Direito Penal do Inimigo, Jakobs acredita ser possível sejam feitas limitações sobre tal sistema, afirmando que o Estado não necessariamente excluirá esse indivíduo (inimigo) de todos os direitos, bem como poderá manter em aberto a possibilidade de que este inimigo retorne ao ordenamento social³⁵. Ainda que sejam observadas certas garantias ao inimigo, tal proposta permanece indefensável perante o Estado de Direito, o qual não admite – ao menos no caso brasileiro – relativizações de seus direitos ditos fundamentais.

O modelo proposto pelo professor alemão seria a dimensão excepcional do direito penal. Contudo, segundo alguns penalistas do século XX, o Direito Penal do Inimigo corresponde na regra geral aplicada pelos Estados. Outra não seria a tese defendida por Massimo Pavarini, para quem o direito penal é um direito penal do inimigo, visto que tem a função de selecionar, dentre um grupo determinado de infratores, e transformar indivíduos infratores em seres perigosos e, portanto, em inimigos a serem combatidos. A partir dessa perspectiva, o Direito Penal do cidadão é secundário e estranho ao que se propõe este ramo jurídico³⁶.

³³ Filósofos contratualistas a exemplo de Rousseau e Fichte.

³⁴ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 25

³⁵ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015 p. 29.

³⁶ DISSENHA, R. **Por uma Política Criminal Universal: Uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013 p. 244

É evidente a tentativa do professor de Bonn de criar um terceiro regime jurídico penal, ao lado do aplicável aos imputáveis mediante a pena e dos inimputáveis mediante medida de segurança, agora um regime penal direcionado ao não-sujeito/inimigo, considerado “hiperimputável” a ser sancionado por uma pena fundamentada em razões análogas às das medidas de segurança (periculosidade do agente e sanção prospectiva). Nesta ótica, este “terceiro” direito penal apresentaria os mesmos problemas enfrentados em matéria de medidas de segurança, a exemplo da subordinação parcial ao princípio da legalidade, sendo observadas apenas os corolários que propugnam pela adoção de *lex scripta* (proibição de costume), *lex stricta* (proibição de analogia) e *lex certa* (proibição de indeterminação)³⁷.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos; **Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial. 2012, p. 610.

1.3 O INIMIGO E O DIREITO PENAL

Jakobs distingue os conceitos de pessoa, indivíduos e seres humanos. A concepção deste autor acerca dos indivíduos aproxima da filosofia de Hobbes, para quem os indivíduos são os seres humanos quando habitam a ordem de natureza e que não possuiriam qualquer relação de direitos e deveres. De outro lado, as pessoas são construções sociais dotadas de personalidade (sendo esta algo construído normativamente) e que necessariamente devem cumprir um papel na ordem social³⁸. Os indivíduos incapazes de demonstrar segurança cognitiva mínima de seu comportamento são identificados como inimigos e, como tais, não lhes resta outra alternativa senão a de serem eliminados pelo Estado. Jakobs afirma, inclusive, que sobre estes indivíduos o Estado deve negar-lhes o status de pessoa, deve inocuízá-los e eliminá-los a fim de manter incólume a ordem social³⁹. As críticas sobre esta imbricada questão residem na ideia de que mesmo aqueles indivíduos que não são destinatários de obrigações jurídicas continuam sendo admitidos juridicamente como pessoas, isto é, como sujeitos que possuem direitos e garantias.

Ao contrário do que o *hostis* romano representava, isto é, em negação total e absoluta do status de pessoa, o inimigo defendido por Jakobs teria uma determinada limitação acerca de sua despersonalidade. O inimigo de Jakobs deve ser privado apenas na parcela que evidencia seu perigo, mantendo o status de pessoa ao restante, sendo admitida a volta deste indivíduo à sociedade, distanciando-se dos teóricos Rousseau e Fichte. De acordo com a teoria do professor de Bonn, o ordenamento jurídico deve manter o criminoso, ao contrário do que propõe em relação ao inimigo, de modo que prioriza a segurança de todos aqueles considerados como cidadãos. O significado do próprio Direito é relativizado: em se tratando de garantir direitos aos cidadãos, Jakobs defende a existência de um verdadeiro Direito, ao contrário do que aplicável aos inimigos da sociedade, para os

³⁸ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015 p. 30.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. P. 18

quais só seria possível defender um Direito sob o ponto de vista dos cidadãos. (JAKOBS, 2015, p. 28).

A busca pelo inimigo da sociedade remonta à antiguidade clássica, a partir de Platão e Pitágoras. O primeiro realizou uma das primeiras distinções conhecidas entre aqueles indivíduos passíveis de correção de outros que seriam classificados como “incorrigíveis”, sobre os quais restaria tão somente a eliminação física⁴⁰. De acordo com Eugênio Zaffaroni, tal era a ideia contumaz que defendia Platão, de que a eliminação física do inimigo seria a medida mais adequada, devendo sua conduta infratora estar relacionada à baixa capacidade do agente em atingir o mundo das ideias, sendo por isso mesmo concebido como sujeito inferior. De modo análogo a Platão, o filósofo Protágoras comungava a ideia segundo a qual aos sujeitos incorrigíveis restava tão somente a exclusão da ordem social⁴¹. Posteriormente, a sociedade romana não tardaria a desenvolver um duplo regime político-jurídico sobre sujeitos concebidos por inimigos, ora classificados por sua própria essência (*hostis alienigena*), ora por decisão do Estado (*hostis judicatus*).

A personificação real do inimigo seria evidenciada em determinados sujeitos, muito além de meros criminosos, segundo os ditames da época, eram verdadeiros pecadores⁴². Tal cientificidade trazida pelo *malleus maleficarum* teria sido obra de criminólogos dominicanos (os demonologistas), os quais conseguiram expandir os procedimentos para a justiça laica. A segunda aparição da figura do inimigo “efetivamente combatida” através do processo penal ocorre após a Contrarreforma, vitimizando agora os protestantes⁴³.

⁴⁰ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a Inconveniência de Existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 31.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 83.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 84.

⁴³ *Ibidem*.

A crítica feita pelo criminologista argentino reside na indiferença por parte da doutrina atual no tocante ao caráter seletivo do direito punitivo que, ao contrário da corrente crítica, busca omitir o terreno mais polêmico e fértil da criminologia. Apesar da contínua omissão por parte de alguns doutrinadores atuais, Zaffaroni é claro em apresentar a origem na qual embasa esse posicionamento inerte ainda presente no meio acadêmico, quando então o emérito professor disserta sobre as raízes da natureza simbólica da pena, bem como a de sua função preventiva (positiva), ou seja, as bases legitimadoras dos discursos seletivos no direito penal⁴⁴. É possível visualizar suas origens a partir de filósofos jusnaturalistas, tais como Thomas Hobbes ou mesmo Jean Bodin, para quem a soberania estatal era concebida como prioridade jurídico-social. Segundo Bodin, a natureza seletiva aplicada pelo Estado era necessária na medida em que punindo ao menos um de forma exemplar, pouco importaria a isenção sobre os ricos e amigos, já que a sociedade estaria satisfeita e manteria sua confiança no sistema punitivo.

Em outras palavras, era a própria preservação do poder dos magistrados que os obrigava a matar uns poucos velhacos. Com essas mortes, o povo se tranquilizava, isto é, não se rebelava, vale dizer, em jargão funcionalista de hoje, a situação se renormalizava⁴⁵.

A segunda etapa de legitimação do discurso seletivo ocorre na Modernidade, a partir da filosofia hegeliana e sua concepção acerca do direito. Nessa fase, porém, o discurso biologista e teocrático é posto de lado, sendo então substituído por certo platonismo, em que a coerção direta sobre o inimigo prescinde do campo penal e passa a atuar na esfera administrativa. De acordo com Hegel, o direito (em decorrência, as relações jurídicas) possui sentido se compreendido a partir do ideal de liberdade dos indivíduos, sendo a autoconsciência o atributo essencial dos sujeitos que participam da

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 83.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 90.

vida em comunidade⁴⁶. Acrescenta-se o fato de que o estranho, isto é, o inimigo, carece de tal ordem e liberdade, sendo então entendido como desprovido da autoconsciência exigida pelo direito, e, por conseguinte, guarda a potencialidade de causar perigo ao ordenamento social.

Apesar da primeira influência hegeliana, a maior responsável pelo recrudescimento autoritário do direito penal e conseguinte translação para a esfera administrativa se deu através da criminologia positivista. Graças ao positivismo criminológico, o direito penal acaba sendo dissolvido no direito administrativo e, para além disso, a pena dá lugar (ou é ressignificada) a medidas de coerção direta, tendo por finalidade tão somente a neutralização dos degenerados e eliminação dessas aberrações da natureza⁴⁷. A ontologia do inimigo é recriada, agora, segundo a ideia de que sua inferioridade decorre de patologias, não mais em razão de gênero, tal como admitido na época renascentista⁴⁸.

A construção de um direito penal de dupla natureza remonta às ideias defendidas pelo suíço Carl Stoss, influenciado pela filosofia hegeliana (segundo a qual admite a coexistência de indivíduos capazes de internalizar as normas e de sujeitos desprovidos de tal capacidade), dando origem ao que atualmente é denominado medidas de segurança. Tal construção carecia de valor penal, sendo desenvolvida no campo jurídico-administrativo, em que a retroatividade, desproporcionalidade ao fato cometido e indeterminação temporal eram suas principais características⁴⁹. Basicamente, o grande feito realizado por Stoss foi a construção de uma nova sanção dirigida para os "diferentes" da sociedade, que superou a natureza penal de valoração jurídica e acabou se revelando como verdadeira coerção administrativa direta segundo a qual a desproporcionalidade direciona sua aplicação.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 91.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. P. 93

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 96.

Na concepção de Zaffaroni, a identidade de quem seja o inimigo no direito penal decorre de um processo de rotulação historicamente desenvolvido na história do direito de punir. Para este autor, enquanto o conceito acerca de dissidentes conscientes, ou de "autores com consciência dissidente", é uma categoria extremamente limitada, quando comparada ao conceito de inimigo no direito penal, o inimigo é pura construção de determinada sociedade, que somente poderá fazer sentido numa época, sociedade e mentalidades determinadas, de acordo com a racionalidade existente no direito punitivo em questão⁵⁰.

Particularmente, a doutrina de Jakobs parte das concepções de dois grandes filósofos modernos: Kant e Hobbes. O primeiro concebia a existência de um estado de natureza anterior e irracional em que se encontravam os homens, num espaço onde a insegurança era constante (JAKOBS, 2015, p. 28). Segundo Kant, o indivíduo em estado de natureza não apresentava a segurança mínima aos demais sujeitos de que atua conforme os imperativos categóricos, o que autorizaria todo aquele que estivesse em estado legal comum o direito de obrigar àquele a ingressar nesta ordem racional ou a se afastar⁵¹. O pensamento hobbesiano parte de uma origem comum: a existência de um estado de natureza anterior ao Estado, que mantinha latente a deflagração de guerra de todos contra todos. No intuito de preservar a própria segurança, os homens celebram o contrato social e entregariam todos os seus direitos ao soberano, e todo aquele que resistisse ao pacto seria excluído da ordem social e considerado inimigo⁵².

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 104.

⁵¹ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a Inconveniência de Existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 187.

⁵² FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a Inconveniência de Existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 187.

1.4 A DECANTAÇÃO JURÍDICA DO INIMIGO: O *HOMO SACER*

Ao contrário do que ocorre nos idiomas de origem latina, é certo poder se afirmar que os gregos não possuíam um termo unívoco para representar o significado de vida. Desta forma, eles utilizavam dois termos quando queriam se referir a tal palavra: recorriam ao termo *zoé* para remeter ao estilo de vida comum a todos os seres vivos, e empregavam a expressão *bíos* quando queriam se referir a forma particular de vida de um determinado grupo ou indivíduo⁵³. O desenvolvimento da filosofia grega reportou a criação de outras formas de vida específicas, vidas qualificadas, que necessariamente só fariam sentido contanto fossem derivadas do étimo *bíos*. (AGAMBEN, 2007, p. 10). Neste sentido, queriam os filósofos Aristóteles e Platão se referirem a formas especiais de vida, sobretudo por relacionarem seus pensamentos a vida humana, aos modos pelos quais os seres humanos, enquanto seres pensantes (ao contrário das demais criaturas) detinham formas de vida qualificadas, que não fariam sentido se fossem empregadas pelo *zóe*⁵⁴. Apesar da notoriedade que a filosofia grega acabou conferindo às formas derivadas da *bíos*, não podemos falar que a vida natural, expressa no *zoé*, fosse desinteressante por parte dos filósofos gregos clássicos. Mais adequado afirmar que para tais sujeitos a análise acerca da política e da vida em comunidade preconizava a existência da *bíos*, das formas particularizadas da vida (sobretudo da vida humana).

Quando Foucault escreveu sua obra *A Vontade de Saber* e apresentou o processo pelo qual a vida natural do homem (o que seria a *zoé* na antiga Grécia) passou a ser inserida nos cálculos de poder e controle do aparato do Estado, cujo produto final acabou se consolidando no que o célebre filósofo francês denominou de biopolítica, tal pensador estava se referindo justamente a forma qualificada da vida humana que Aristóteles

⁵³ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de Existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 56.

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 10

concebia como própria da humanidade: o *politikòn zoôn*⁵⁵. De acordo com Foucault, este processo de apropriação da vida humana pelo ente estatal tem origem nos limiares da Idade Média⁵⁶.

A influência das questões analisadas em âmbito acadêmico no Collège de France foram cruciais para o desenvolvimento da filosofia política de Michel Foucault, pois na década de 1977 essa instituição preconizou a abordagem sobre a passagem do Estado territorial para o Estado assistencial, revelando uma nova faceta dos governos soberanos. Segundo o autor de *Vigiar e Punir*, é possível verificar o início da biopolítica (ou da nova política moderna) a partir do instante em que o indivíduo cidadão deixa de ser concebido pelo poder estatal como mero ser vivente e passa a ter sua vida inserida nos cálculos do poder oficial⁵⁷. De acordo com o suscitado na obra *Homo Sacer*, Giorgio Agamben atenta para o fato de que, inobstante aquele filósofo não ter chamado a devida atenção quando escreveu *A Vontade do Saber*, talvez por não ter se debruçado sobre as formas mais evidentes do biopoder nos regimes totalitários, certo é que o pensador francês demonstrou uma nova dimensão da política ocidental preocupada com a saúde e vida de seus cidadãos, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, propugna pela proteção da vida e legitima seu extermínio⁵⁸.

Giorgio Agamben afirma a metodologia utilizada por Foucault sobre a análise política das sociedades ocidentais modernas. De acordo com o autor de *Homo Sacer*, o filósofo francês se utilizou de duas linhas de pensamento por ele desenvolvidas, em total abandono das técnicas tradicionais de estudo em âmbito político. Trata-se de uma análise socorrida pelo emprego de técnicas políticas, responsável por evidenciar os

⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 10.

⁵⁶ Nas palavras de Foucault: “[...]Por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente [...]” . apud AGAMBEN, 2007, P. 11

⁵⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 11

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Histórias da Sexualidade I – A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal. 1999. p. 139.

mecanismos que propiciam na apropriação da vida de seus cidadãos; e das tecnologias do eu, responsável pela apresentação dos processos suscetíveis de serem utilizados pelos indivíduos de forma a integrar sua subjetividade e consciência. Acresce o filósofo italiano ser evidente no estudo foucaultiano que em várias passagens literárias ocorre a reunião de ambas as linhas de estudo, sendo que nas últimas publicações daquele filósofo comumente se verifica a ideia de que o estágio mais avançado/atual dessa forma de poder soberano produz e consolida de forma eficiente a individualização subjetiva concomitantemente à totalização objetiva⁵⁹.

A crítica encetada por Agamben em relação a proposta desafiadora de Foucault de desenvolver uma teoria do poder soberano irreverente e que se afasta da abordagem tradicional que preconiza o direito se apresenta coerente, pois o italiano evidencia que a pesquisa foucaultiana não conseguiu explicar (ou melhor, localizar) justamente o ponto de intersecção entre as técnicas de individualização e as tecnologias de totalização, produzindo, desse modo, um verdadeiro espaço cinzento em sua abordagem do biopoder⁶⁰. O objetivo proposto por Agamben em sua obra *Homo Sacer* reside então em perquirir e apresentar o ponto de intersecção não localizado por Foucault, e para tanto, o filósofo italiano parte da premissa segundo a qual o modelo biopolítico do poder deve necessariamente ser abordado (pois no estágio atual das sociedades se encontram sobrepostos) ao lado do modelo jurídico-institucional. Tal implicação conjunta entre essas duas análises permite verificar o núcleo elementar do poder soberano de Agamben, para quem se origina a partir da inserção da vida nua do cidadão no campo político do Estado. Reside aqui a diferença substancial entre a teoria política de Agamben da teoria de Foucault: enquanto para este a biopolítica é uma forma particular e temporalmente delimitada a partir do Estado Moderno, para Agamben a

⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 13

⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 13.

biopolítica, como contribuição própria do poder soberano, é tão antiga quanto o estado de exceção⁶¹.

O elemento primordial da política ocidental é a vida nua, a vida biológica do cidadão que passa a ser considerada nos cálculos de poder do Estado soberano desde os primórdios da humanidade. Cumpre a tentativa de responder duas questões desafiadoras propostas por Agamben: "por que a política ocidental se constitui primeiramente através de uma exclusão (que e, na mesma medida, uma implicação) da vida nua?" E ainda: "Qual a relação entre política e vida, se esta se apresenta como aquilo que deve ser incluído através de uma exclusão?" Para tanto, o filósofo italiano recepciona a ideia trazida pelo poder de exceção, sobretudo na caracterização estrutural da *exceptio*, que propicia na exclusão inclusiva, mesma lógica imputada ao binômio "vida nua – participação política", substancial ao ocidente⁶².

A fim de reivindicar a função essencial na política moderna que se verifica pela figura do *homo sacer*, Agamben recepciona essa instigante criatura originária do direito romano arcaico e a protagoniza na política moderna. Essa proposta decorre basicamente em razão de que o *homo sacer* é a forma mais pura – até hoje suscitada – da apropriação da vida nua dos indivíduos pelo poder soberano. O *homo sacer* representa por excelência, sobretudo segundo a óptica do estudo agambeniano, "o primeiro paradigma do espaço político do ocidente"⁶³ um paradoxo chancelado e garantido pelo direito romano arcaico e que ao mesmo tempo não encontra abrigo no âmbito jurídico, embora lá se encontre, e em igual medida, não lhe é permitido socorrer ao direito divino, porquanto seja insuscetível de ser sacrificado⁶⁴. A inserção de tal figura emblemática no ordenamento jurídico

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. P. 14

⁶² Nas palavras de AGAMBEN: "[...]A vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens [...]", 2007 p. 15

⁶³ Ibidem p. 16

⁶⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 16

romano se realiza tão somente pela própria exclusão de sua vida, exercício aplicável ao estado de exceção.

O aceite da tese defendida por Agamben no que concerne aos primórdios paradigmáticos da política ocidental enseja necessariamente que a abordagem⁶⁵ foucaultiana nessa mesma questão seja reformulada, pois na perspectiva do filósofo francês o biopoder se qualifica e distingue da política clássica por (e a partir de quando) inserir nos cálculos do poder estatal a vida nua dos indivíduos, algo que o filósofo italiano, por sua vez, relaciona a própria forma política verificada no ocidente, e que portanto tem origem remota⁶⁶. A crítica direcionada a Michel Foucault estabelece que a especificidade inerente à política ocidental se justifica, para além da consideração de que nesta região a exceção acabou se transformando em verdadeira regra, na tese de que o espaço político acabou se aproximando e constituindo cada vez mais no espaço da vida nua, além de ter propiciado uma zona irreduzível indiferente que congloba inclusão e exclusão, *bíos* e *zoé*, fato e direito⁶⁷. O estado de exceção se configura, assim, no elementar modelo vivenciado pelo ocidente em matéria política, pois nele se fazem presentes a superação de entes fronteiriços, a inclusão da vida por sua exclusão no campo jurídico, na dupla perspectiva que insere a vida nua como sujeito e ao mesmo tempo como objeto da política.⁶⁸

A democracia moderna permite que seja verificada uma aporia que consiste basicamente em querer inserir a liberdade e a felicidade dos cidadãos na vida nua, o que significa dizer, paradoxalmente, que a democracia moderna procura reivindicar (formalmente através do reconhecimento jurídico) a liberdade e a felicidade dos cidadãos ao mesmo

⁶⁵ Ao contrário do que propunha Foucault, Giorgio Agamben acredita que a biopolítica é própria da política ocidental, enquanto o filósofo francês concebia a biopolítica enquanto característica da política ocidental moderna.

⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 17

⁶⁷ Leandro Ayres França em sua obra "Inimigo Ou A Inconveniência de Existir" não abandona a pesquisa sobre a enigmática figura do homo sacer, porém, opta pela análise sobre as diversas formas de inimigo que as sociedades, sobretudo as ocidentais, criaram e buscaram combater.

⁶⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 17

tempo em que busca liberar sua vida biológica (nua). Apesar disso, a figura ambígua aproximada ao *homo sacer* também se faz presente nos Estados modernos, isto é, ainda hoje a presença de um indivíduo matável e insacrificável pode ser vista no ocidente. Compreender e manter a consciência da existência dessa aporia correlata à democracia moderna permite o entendimento acerca da insuficiência desse modelo político diante da deflagração dos Estados totalitários no século passado. Afirma, por fim, o autor de *Homo Sacer* que, por estar mantida a mesma política calcada na vida nua dotada de exceção (ou a própria biopolítica) os regimes totalitários europeus se encontram em latência, passíveis de serem realizados nos governos ocidentais, bem como infundável e mantido o exercício oficial do Estado sobre a vida e morte dos cidadãos⁶⁹.

No tocante à impunidade da matança, estamos diante de uma exceção técnica, a qual suspende a aplicação da lei sobre o homicídio. Sobre a exclusão do sacrifício, deve-se ter em mente que a *consecratio* romana não era forma de pena capital, conforme o sentido moderno, e sim um rito de purificação através do qual o objeto passava do mundo profano ao divino.

A grande relevância da figura romana *homo sacer* não é apreendida de forma superficial: a maior profundidade acerca de seu estudo será capaz de revelar a extrema violência a que se submetem estes indivíduos. Tal gravidade decorre da constatação de estar destinado à dupla exclusão, quer seja no campo jurídico e aplicável às criaturas mundanas, quer seja no *ius divinum*⁷⁰. O *homo sacer* é assim matável e insuscetível de transpassar ao terreno divino. A ele é negada não somente o regramento aplicável (pois está inserido no ordenamento mediante sua exclusão), mas a própria natureza. A complexidade de tal figura não passa despercebida por Agamben, que evidencia tratar-se em verdade de um conceito-limite do

⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 18

⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 81.

ordenamento social romano.⁷¹ A partir da clarificação acerca da ambivalência do sacro (e a consequente constatação de que o puro e o impuro constituem na verdade duas variedades do mesmo gênero, sagrado), o filósofo italiano explica porque tal figura não pode ser equiparada a uma vítima consagrada, pois esta se relaciona ao processo da *consecratio*, ou seja, da passagem do profano para o sagrado, enquanto o *homo sacer* é simplesmente extirpado da jurisdição humana, sem manter qualquer possibilidade de inserção no *ius divinum*, concluindo que a intrínseca relação que o *homo sacer* (duplamente excluído e duplamente capturado) mantém com o poder soberano no estado de exceção.

Conclui Giorgio Agamben que a verdadeira essência da arcaica figura romana é estabelecida por sua dupla exclusão, condição esta que a relaciona em grande medida ao estado de exceção, já que a esse indivíduo não se aplica o direito (enquanto a *exceptio* a lei se aplica se desaplicando), tendo em vista estar suspenso através de exceção técnica, e tampouco a sagração ao divino (insuscetível de ser sacrificado)⁷². Não é, portanto, a ambiguidade que decorre do sagrado que define e distingue o *homo sacer*, mas sua irremediável condição de se expor à pura violência. Violência esta que não pode ser concebida como qualquer outra medida, como ato jurídico, que não simplesmente em violência, pura e simples⁷³. A relação aproximada entre o poder soberano e o *homo sacer* torna-se ainda mais evidente quando é verificada a posição tomada pelos demais homens. Assim, se o poder soberano (ou o soberano) é aquele em relação ao qual os demais indivíduos são permanentemente suscetíveis de serem mortos, pois deste poder é conferido o poder de morte; o *homo sacer* é aquele em relação ao qual os demais homens se tornam soberanos, igualmente aptos a matarem aquele.

⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. P 82.

⁷² AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. P 90

⁷³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2a reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007. p. 90

2 – O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

2.1 ORIGENS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O fatídico dia de 18 de fevereiro de 2001 anunciava o ápice do descontrole estatal em questão de política penitenciária em solo brasileiro. Mais do que isso, talvez. A megarrebelião ocorrida nas prisões paulistas acabou exteriorizando o descompasso entre o discurso normativo e a prática institucional. Se as agências oficiais de poder remendavam as estruturas já danificadas anos a fio nas diversas penitenciárias brasileiras, como que instalando tapumes nos problemas mais evidentes (dentro e fora do cárcere), é certo que o trágico e derradeiro ruir deste longínquo⁷⁴ cenário não tardaria a se verificar no mundo dos fatos. Na referida data, então, os canais televisivos de todo o País apresentavam ao vivo a megarrebelião ocorrida no Estado de São Paulo, a qual inaugurava, a partir daquele momento, uma reivindicação de cunho político⁷⁵ de cuja liderança figurou o Primeiro Comando da Capital (PCC)⁷⁶. Muito além da violência do ato, a megarrebelião perpetrada por mais de 30 penitenciárias paulistas representou a intensidade do poder e de articulação da maior facção criminosa brasileira.⁷⁷ O trágico evento que se iniciava apresentava ali conotações de ordem ainda desconhecidas das autoridades públicas, até então acostumadas com pleitos de natureza estruturais, em sua grande maioria consistentes em reclamações atreladas às más condições que as penitenciárias brasileiras evidenciam desde sempre.

A deflagração daquilo que seria reconhecido posteriormente como a maior rebelião carcerária realizada em solo brasileiro envolveu a

⁷⁴ ROIG, Rodrigo. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013. p. 13

⁷⁵ De acordo com matéria do jornal F. de São Paulo: "A volta de cinco presos da facção criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital), transferidos do complexo penitenciário do Carandiru (zona norte de SP) na última sexta-feira, é a principal reivindicação dos presos rebelados." Folha Online, **Rebelados reivindicam volta de "O Sombra" e de outros líderes**, reportagem publicada em 18/02/2001.

⁷⁶ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2007. p.272.

⁷⁷ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2007. p. 269

participação direta de 25 mil presos que cumpriam pena nas dezenas de penitenciárias do Estado de São Paulo. Um fator peculiar despertou a atenção de todos: as reivindicações dos detentos ultrapassavam as tradicionais questões que permeiam o cárcere em nosso País, a exemplo da insalubridade, poder abusivo dos agentes penitenciários, além, é claro, da superlotação nos presídios. Os órgãos de segurança pública, como se já não apresentassem a incapacidade material e estrutural para a contenção da criminalidade urbana, foram surpreendidos com uma nova batalha, esta sim de proporções imensuráveis e que reclamariam a adoção de medidas repressivas contundentes (em matizes bélicos, inclusive) e emergenciais⁷⁸.

Logo em seu primeiro ano, o século XXI é recepcionado com o crime disseminado, cujos maiores exemplos se tornariam o crime organizado e o terrorismo, e a partir daí o direito penal conheceu sua nova face, como principal ator do gerenciamento de riscos sociais⁷⁹. De certa forma ainda inédita no Brasil, o confronto entre o bem e o mal, ou ainda, entre o governo e os criminosos tornava-se manchete nos principais jornais do País, sendo que naquele episódio o governador Geraldo Alckmin enunciava a guerra infundável contra o narcotráfico (Folha de S. Paulo, "*Líderes do PCC não voltam ao Carandiru*", diz Alckmin. 18/02/2001):

"Quero deixar claro que o governo não vai permitir que o crime organizado domine o sistema penitenciário paulista. A ação do governo é firme neste sentido: aqui só há um comando, que é o do governo, e a polícia está orientada no sentido de fazer seu trabalho"

Após longas horas de tentativas malsucedidas pelas forças de segurança pública do Estado de São Paulo, a invasão por policiais militares nos presídios envolvidos veio acompanhada de bombas de gás lacrimogênio e balas de borracha, o que revelou o pânico e o despreparo por todas as agências oficiais paulistas no combate à manifestação. Não por outro motivo os congressistas recepcionariam em curto lapso temporal a adoção do

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. P 66.

⁷⁹ ZAFFARONI, Raúl E. **O Inimigo no Direito Penal**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revan. 2014. p. 62.

Regime Disciplinar Diferenciado para todo o território nacional. As manifestações desencadeadas nos presídios paulistas foram respondidas com extraordinária celeridade pela Secretaria de Administração Penitenciária daquele Estado, quando duas resoluções foram editadas⁸⁰. Verificava-se naquele instante a primeira etapa da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, momento em que inúmeros setores questionariam a legitimidade dessas medidas, já que tais atos administrativos estavam na contramão do que preceitua o texto constitucional sobre a formalidade (e competência) dessa matéria⁸¹.

As normas estabelecidas na Resolução 26 da SAP/SP inauguravam a instalação do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil e apresentavam as diretrizes básicas que posteriormente seriam elevadas à ordem federal: tal como dispunha o art. 1º da Resolução, a inserção no RDD seria aplicada aos líderes de organizações criminosas, ou àqueles presos que exigissem tal medida, sendo previsto ainda que o prazo máximo de permanência seria de 180 dias, passível de renovação por igual período. Após esta, uma segunda Resolução seria editada em julho de 2002, por meio da qual restringia (e suscitava a constitucionalidade de algumas medidas) a comunicação do aprisionado em Regime Disciplinar com seu advogado, ou mesmo em relação às visitas⁸². Passava-se assim a contemplação do máximo domínio possível sobre o corpo do indivíduo encarcerado, ainda que por flagrantes violações aos direitos e garantias positivados no ordenamento.

A ampliação do RDD no Estado de São Paulo é atendida quando a Resolução 59 SAP/SP atinge o Complexo Penitenciário de Campinas, em

⁸⁰ Em maio de 2001 a resolução SAP/SP 26 aplicada a cinco instituições prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária de Avaré.

⁸¹ MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22. jun. 2008, p. 192. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/netacgi/nphbrs.exe?SECT4=e&SECT5=BIBL01&d=BIBL&f=G&l=20&p=139&r=2778&s1=&s5=Artigo+on-line&u=/netahtml/bibl/pesquisa_facil.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2016.

⁸² CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2007. p. 273

2002. Nesta instituição, porém, outras medidas seriam acrescentadas ao Regime, como a inserção de indivíduos que representassem alto risco para a ordem e segurança da instituição, além de ser estendido a presos provisórios e ainda àqueles que tivessem praticado crime doloso. Além disso, o ato administrativo supra referido inaugurou novo prazo máximo para permanência no Regime Disciplinar Diferenciado fixado desde então em 360 dias. Acresceu ainda a previsão de determinadas condutas que inseriam a inclusão do detento no RDD⁸³: *I - Incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; II - Tentativa de fuga; III - Participação em facções criminosas; IV - Posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa; V - Prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento*⁸⁴.

Os presídios cariocas não tardariam a ingressar em regime análogo de contenção dos seus criminosos que mantivessem algum vínculo com facções criminosas, ou que de alguma forma pudessem representar grave ameaça à ordem e segurança do estabelecimento penal⁸⁵. O então recente e emblemático evento verificado nos presídios paulistas seria analogamente realizado no Estado de Rio de Janeiro no fim de 2002. Novamente a sociedade brasileira seria contemplada pela intensa cobertura midiática que se desenvolveria no Estado do Rio de Janeiro, sendo apresentado de forma exponencial a caricata figura do anti-herói nacional e líder do Comando Vermelho⁸⁶, Fernandinho Beira-Mar, personagem que acabou chefiando a rebelião⁸⁷ iniciada em Bangu I. Logo após a contenção generalizada do evento, os principais organizadores foram isolados e os demais foram transferidos para o Regime Disciplinar Especial de Segurança. Salo de Carvalho e Christiane Freire reproduzem as palavras do Secretário

⁸³ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica a Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 274.

⁸⁴ Art. 2º da Resolução 59 SAP/SP.

⁸⁵ CARVALHO; FREIRE, op. cit. p. 274.

⁸⁶ Trata-se de uma das principais organizações criminosas brasileiras e possivelmente a maior do Estado do Rio de Janeiro.

⁸⁷ Ao contrário dos eventos verificados nas penitenciárias do Estado de São Paulo a deflagração da rebelião no presídio carioca teria sido causada por disputas entre facções criminosas de seus principais líderes abrigados em Bangu I.

de Segurança carioca a época, Astério Pereira dos Santos, para quem a implantação do Regime teria validade material e poderia responder da melhor forma a fim de proteger os criminosos alheios às facções dos líderes.⁸⁸

O penalista brasileiro Salo de Carvalho segue na mesma direção de Eugenio Zaffaroni acerca da direção tomada nos dias de hoje (e cada vez mais) pelos Estados de Direito e o aparente respeito a seus textos constitucionais. Em igual medida, ambos evidenciam a infeliz ideia que reiteradamente se perpetua nessas sociedades (como a brasileira) no sentido de criar eventos de alarde que autorizariam uma flagrante situação de emergência e a conseqüente “legitimidade” para entusiasmar as ferramentas do punitivismo estatal.⁸⁹ Desse modo é possível afirmar a existência premente de um Estado de Exceção Permanente⁹⁰ ou recrudescimento do Estado de Polícia, como prefere Zaffaroni. O cenário caótico experimentado nos primeiros anos do século XXI foram acompanhados de discursos ríspidos por parte do senso comum e de todos aqueles que não estão adaptados à vivência do cárcere. Neste sentido avultaram-se discursos no sentido de atribuir aquele tipo de criminalidade ao excesso de direitos e garantias que o ordenamento brasileiro confere aos presos⁹¹. Após a incorporação no texto da Lei de Execuções do RDD permitiu-se (e formalizou-se) a chancela conferida as autoridades de serem

⁸⁸ Nas palavras de SANTOS: “[...] No que pertine ao Regime Disciplinar Especial de Segurança ora implantado, tanto aqui no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, está ele em consonância com o que se acabou de expor, deixando certo que se trata de um imperativo de disciplina, mas muito mais que isto, de uma medida destinada a afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjagam e usam como manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pode ver na semana passada [...]” CARVALHO; FREIRE, 2007, p. 275

⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 83

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 82

⁹¹ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica a Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 274

praticadas medidas arbitrárias e incondizentes com um direito penal democrático.⁹²

Durante o primeiro semestre do ano de 2003, os principais veículos de informação brasileiros anunciaram a existência de vários Projetos de Lei que tramitavam no Congresso Nacional e que representavam, naquele momento, os anseios populares no tocante à (in)segurança pública. Tais projetos foram assim amplamente divulgados, e a crença que os envolvia consistia na resposta rápida e eficiente sobre mazelas que aprioristicamente decorrem de questões sociais, culturais ou econômicas as quais, relegadas ao abandono do poder público, acabam se tornando alvo de políticas criminais.⁹³ A experiência recente e drástica (condizente com o clamor popular e a impaciência dos cidadãos) verificada com a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado nas penitenciárias paulistas (e logo após, no Estado do Rio de Janeiro) foi abraçada pelos membros do Congresso, os quais procuraram responder a seus eleitores que a sociedade brasileira seria capaz de neutralizar os criminosos mais temidos após a consagração, em todo o território nacional, do “regime integralmente fechado plus”⁹⁴

A função readaptada do Direito Penal no século XXI parece evidente: o Estado procura utilizar de seu poder punitivo no intuito de gerenciamento de riscos, quando a partir de então os custos do futuro e de suas incertezas são passados às vítimas em potencial, em última análise à própria sociedade. Neste sentido é pertinente a observação do penalista argentino Zaffaroni, para quem este direito penal da pós modernidade torna os cidadãos a cada dia mais em garantes de fatos antes inimagináveis⁹⁵. Esse cenário de incertezas permanentes contribui para que as vítimas em

⁹² CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica a Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 276

⁹³ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 67

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos; **Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial. 2012. P. 486

⁹⁵ Nas palavras de Zaffaroni: “[...] Precisamos nos mover com mais cuidado e precisão, porque o Estado nos torna, a cada dia, mais garantes daquilo que nós nunca imaginamos que teríamos de garantir [...]” FRANÇA, 2012, p. 305

potencial adotem medidas de segurança diferenciadas, que sejam capazes de responder de forma eficiente e rápida a suposta desestabilidade social desencadeada pela criminalidade organizada⁹⁶. Por conta disso se verifica cada vez mais o uso de cartões de crédito em vez de dinheiro, instalação de câmeras de segurança e alarmes, maiores investimentos com segurança privada nos domicílios e escritórios e até mesmo maior efetivo de policiais e outros agentes de segurança⁹⁷.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio R. **O Inimigo no Direito Penal**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revan. 2014. p. 65.

⁹⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a Inconveniência de Existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 305.

2.2 RDD ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

A imposição do denominado Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil não surgiu de forma excepcional às justificações históricas nas quais a definição do inimigo interno a ser combatido apareceu, demandando um processo lógico antecedente de sua identificação e posterior o processo bélico propriamente dito, a eliminação do sujeito⁹⁸. A Lei 10.792/2003 alterou a Lei de Execuções Penais e inseriu o Regime Disciplinar Diferenciado em seu texto normativo, propiciando consequências e acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais que denotam especial interesse. A doutrina de Rodrigo Roig revela a natureza de sanção disciplinar atrelada a recente figura, o que se justifica a partir do fundamento pedagógico (de realização social integradora) expresso na Lei de Execução Penal. O Regime Disciplinar Diferenciado é medida extrema aceita pelos tribunais brasileiros, embora continue intensamente questionado por diversos setores doutrinários de grande relevo⁹⁹ e que se posicionaram de forma contrária a instituição do referido Regime¹⁰⁰.

A medida se destina a presos provisórios (quando então o RDD será realizado em custódia) e já condenados. Aplicável ainda em instituições estaduais e federais, de presos estrangeiros ou nacionais, a inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado não deve ser encarada como nova modalidade de regime na execução penal, como se tratasse de um estágio ainda mais gravoso que o regime fechado e que poderia ensejar na progressão para esta última forma (e após, sucessivamente, para o regime semiaberto e aberto). O RDD é em verdade um modelo especial de cumprimento da pena (ou de custódia), sendo possível afirmar que, guardadas as devidas proporções, afigura no primeiro caso analogamente ao

⁹⁸ Nas palavras de El Hireche: “[...] antes de se combater o inimigo, é necessário, pois, criá-lo, identificá-lo, a identificação do inimigo antecede logicamente o combate [...]”

⁹⁹ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **Crítica a Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 270

¹⁰⁰ Muitos destes participaram do Movimento Antiterror, que buscava combater os setores políticos e sociais que exigiam maior recrudescimento das leis em esfera penal no início do século XXI, justamente quando sobreveio a figura do Regime Disciplinar Diferenciado. Diversos doutrinadores e juristas contrários ao RDD deram início ao “MAT” durante um Congresso de Ciências Criminais realizado na cidade de Salvador em meados de 2003.

regime fechado, mas que se diferencia deste (tanto no cumprimento da pena como nas prisões cautelares) por seu caráter extremo envolvendo os presos considerados mais perigosos, dentro do ambiente carcerário ou além muros.

As características que distinguem o Regime Disciplinar Diferenciado residem em diversas questões, atingindo o percurso da execução penal de presos condenados ou provisórios, desde o lapso temporal em que deverão permanecer sob essa medida até direitos mínimos (como a visita ou ainda da impossibilidade de remição penal), até o percurso acerca das funções próprias a que este instituto se propõe, o que permite visualizar a preocupação do legislador no domínio pleno sobre tais indivíduos. A implantação do RDD a todo o território nacional não passou incólume a uma parcela da doutrina preocupada com a garantia de direitos humanos mínimos aos presos, levando alguns doutrinadores a relacionar essa hostil medida ao direito penal medieval¹⁰¹. Há uma classificação frequentemente estabelecida pela doutrina que diferencia o RDD de acordo com a hipótese fático-jurídica que o invoca, o que nos permite identificá-lo em duas categorias: o RDD punitivo e o RDD cautelar. As hipóteses que autorizam a inserção do preso na primeira modalidade são encontradas no *caput* do art. 52 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.[...]

Acerca desta primeira modalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (natureza punitiva), pode se afirmar que tal figura apresenta a ideia segundo a qual este mecanismo se verifica no intuito de sancionar uma conduta praticada, isto é, como verdadeira sanção disciplinar. A inclusão do preso no RDD sob essa vertente requer a prévia instauração de procedimento disciplinar, além de manifestação prévia por parte do órgão

¹⁰¹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. P. 68

ministerial e da defesa. A jurisprudência¹⁰² se coaduna com as garantias expressas no texto da Lei de Execuções Penais, mormente em relação à comunicação da medida à defesa, inclusive decidindo pela nulidade da ordem judicial que a efetivou quando não atendidas tais garantias¹⁰³.

Apesar disso, é certo que o RDD punitivo não concentra as maiores polêmicas. Os embates doutrinários e jurisprudenciais parecem mesmo se direcionar à vertente cautelar deste Regime: “A possibilidade de impor ao preso o regime diferenciado ocorre não apenas quando da prática de faltas graves, mas, sobretudo, pela avaliação de conduta de risco à segurança pública, seja no cárcere ou em liberdade”¹⁰⁴.

Reside nesta segunda vertente do Regime Disciplinar Diferenciado o ponto nevrálgico que o relaciona ao Direito Penal do Inimigo, pois, nesta vertente do RDD, são verificados o combate desmedido à suposta periculosidade de determinados sujeitos, o ideal por excelência a ser seguido (ou solução encontrada no Estado de direito da atualidade) de acordo com a doutrina de Jakobs. A incapacidade por parte do Estado de adequar um direito penal administrador de riscos consolida a retenção de inúmeros direitos e garantias individuais de seus cidadãos, ainda que deva se servir de medidas de cunho cautelar, como é o caso dessa modalidade de Regime. A lição de Salo de Carvalho evidencia esse panorama:

No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua

¹⁰² Outro julgados que corroboram o entendimento: TRF4 5003891-82.2016.404.7000, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, julgado em 01/07/2016;

¹⁰³ **EMENTA:** HABEAS CORPUS. INCIDENTE DE TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS PENAIS. PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CATANDUVAS. INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 54 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. **A decisão que determina a inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado (RDD), diante de alguma das hipóteses dos §§ 1º e 2º do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, deve ser devidamente fundamentada, com observância ao contraditório e a ampla defesa**, na forma prevista no art. 54, § 2º da Lei de Execuções Penais. (TRF4, HC 5023067-95.2016.404.0000, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 28/06/2016)

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. P. 68

assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a suprimir integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outrem considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém (não-ser)¹⁰⁵.

Algumas das características compartilhadas pelas duas modalidades do Regime Disciplinar Diferenciado são elencadas nos incisos do art. 52, quais sejam: a fixação do prazo máximo no Regime é de 360 dias, prorrogável por igual período (inobstante possuir o limite de até 1/6 da pena a ser cumprida), o recolhimento em célula individual, as visitas semanais com duração de duas horas e de até duas pessoas, não contabilizando as crianças; e a exposição em área externa de duas horas para o banho de sol. A aplicação da Lei de Execuções Penais possui diretrizes gerais que devem ser aplicadas a todos os institutos prisionais, sejam estaduais ou federais, e especificamente em relação a estes, além das regras elencadas na LEP existem normas específicas dispostas no Regulamento Penitenciário Federal¹⁰⁶.

O Regime Disciplinar Diferenciado aplicado com fim punitivo necessita em princípio a instauração de prévio procedimento administrativo (não necessariamente de cunho disciplinar) com vistas a apurar a existência de falta grave e mensurar a sua intensidade, conquanto a inclusão no RDD requeira obrigatoriamente a intervenção do órgão judicial, que deve ser impulsionado após requerimento do diretor penitenciário. Após o requerimento administrativo para a inclusão no RDD, tem-se a autonomia entre a esfera judicial e a administrativa, sobre o que se torna oportuno transcrever o seguinte julgado:

Para inclusão do apenado em Regime Disciplinar Diferenciado não é necessária a prévia existência de processo disciplinar, bastando o requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento prisional, no exercício de suas

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. P 83

¹⁰⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 240

atribuições legais, nos termos dos artigos 53 e 54 da LEP (...)
À vista da independência entre o processo judicial instaurado para inclusão no RDD e o processo administrativo em que foi apurada a falta grave, eventuais vícios ocorridos neste último não têm o condão de contaminar o primeiro. (TRF4 5004658-91.2014.404.7000, SÉTIMA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 12/05/2014).

Acerca disso, é possível afirmar que para legitimar a inserção do preso no RDD punitivo o crime doloso praticado deve refletir o projeto subjetivo que é o de subverter a ordem ou disciplina, o que qualifica e distingue uma determinada espécie de falta grave (a prática de crime doloso) e autoriza o ingresso no RDD. Uma vez que essa primeira figura do Regime se relaciona ao cometimento de falta grave, é oportuna a instauração do procedimento administrativo destinado à sua apuração, bem como a observância da ampla defesa e do contraditório, com o exercício de defensor profissional do preso, além de prévia manifestação do Ministério Público¹⁰⁷ A natureza de sanção disciplinar vinculada ao ingresso no RDD por prática de falta grave que ocasione a subversão requer ainda o despacho prévio e fundamentado do juiz competente, o que particulariza essa sanção disciplinar das demais, as quais podem ser aplicadas pela própria autoridade administrativa sem que exista intervenção por parte do órgão judicial¹⁰⁸.

A segunda modalidade do Regime Disciplinar Diferenciado acaba suscitando debates mais profundos e inflamados, dada a subjetividade inerente ao juízo de valor (ou periculosidade) existente no RDD cautelar. Nesta modalidade, a medida repressiva se antecipa, é exercida em fins de prevenção e, por isso mesmo, parece estar mais próxima dos fins propostos pelo denominado Direito Penal do Inimigo. Reside aqui uma ampla margem de arbitrariedades, uma vez que o texto legal apresenta denominações vagas e indeterminadas que permitem a inserção do indivíduo no Regime com praticamente nenhum limite objetivo a ser considerado pelo órgão

¹⁰⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 241

¹⁰⁸ Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente

judicial. A partir do grau de periculosidade inerente ao indivíduo (ou de sua participação em organização criminosa), configura-se a hipótese autorizadora de sua inserção no RDD cautelar. Com vistas a garantir a segurança coletiva, é possível verificar a mitigação de preceitos constitucionais em prol da administração de riscos a ser intentada por essa medida. Neste sentido, a jurisprudência é farta em admitir a superação de prazos previamente delimitados por parte do legislador infraconstitucional quando da aplicação do RDD de cunho cautelar, a exemplo do decidido no seguinte julgado:

Por fim, necessário analisar a ilegalidade da aplicação do RDD por tempo indeterminado. Muito embora se trate de medida cautelar tipificada na LEP, não prevê a norma legal qualquer procedimento aplicável ao RDD cautelar, diferentemente do que fez com o RDD disciplinar, razão pela qual cabe ao órgão julgante a avaliação e sopesamento de sua necessidade e conveniência. Em outras palavras, revestindo-se o RDD cautelar de caráter preventivo, deve ser adotado com a urgência **e durante o prazo que o caso concreto requer**, inexistindo, assim, condições temporais para que se dê azo a maiores delongas [...] (TRF2, HC 0003820-20.2009.4.02.0000, Segunda Turma Especializada, Relatora: Liliane Roriz, Data da Decisão: 31/03/2009) (grifei)

Ao contrário do que se verifica em relação ao Regime Disciplinar com função punitiva, o RDD cautelar prescindiria da manifestação ministerial prévia, bem como da participação anterior por parte da defesa, por se tratar nesta figura de um poder de cautela especial que, por tal natureza, reclama urgência e, portanto, maior celeridade. Como procedimento cautelar, nada obsta a manifestação da defesa e do *Parquet* em âmbito judicial a serem concretizados posteriormente, no chamado contraditório diferido. De fato, a preocupação do Estado se volta aqui a proteger a ordem pública, a segurança e a própria sociedade de indivíduos potencialmente “perigosos”, autorizando inclusive a aplicação de medidas colidentes com a liberdade individual em detrimento da coletividade.

O defensor público do Rio de Janeiro Rodrigo Roig acredita que tal regramento macula o próprio texto constitucional ao colidir com o princípio da presunção de inocência, além de violar o princípio da legalidade (ROIG,

2016, p. 242). A jurisprudência, porém, mantém o entendimento de que o contraditório diferido se coaduna com o texto constitucional, priorizando a garantia da ordem pública sobre a esfera individual do criminoso¹⁰⁹. A inserção no RDD enseja relativização a diversos direitos em sede de execução penal, a exemplo daquele que privilegia o local de domicílio do preso ou de sua família:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, ART. 86, § 3º. NATUREZA NÃO ABSOLUTA DO DIREITO DA PESSOA PROCESSADA OU CONDENADA SER CUSTODIADA EM PRESÍDIO NO LOCAL DE SUA RESIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE SOCIAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM DE HC.

1. É sempre preferível que a pessoa processada ou condenada seja custodiada em presídio no local em que reside, inclusive para facilitar o exercício do seu direito à assistência familiar, mas, **se a sua permanência em presídio local se evidencia impraticável ou inconveniente, em razão da periculosidade do agente ou de outras circunstâncias que implicam na sua submissão ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto na Lei 10.792/03, é mister pôr em resalto a preponderância ao interesse social da segurança e da própria eficácia da segregação individual.**

2. Omissis.

3. Ordem denegada, de acordo com o parecer do MPF." (STJ, HC 92714, 5ª Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 10-3-2008 - grifei).

A celeuma que envolve a constitucionalidade da figura em análise acaba se reproduzindo a cada ano, tanto no âmbito acadêmico quanto no doutrinário. Por ora podemos afirmar que predomina o posicionamento no Supremo Tribunal de Justiça no sentido da validade constitucional em relação ao RDD¹¹⁰. É possível afirmar que, ao menos em relação a posição

¹⁰⁹ TRF-4 Agravo de Execução Penal 5075322-50.2014.404.7000, Rel. Victor Luiz dos Santos Laus, 8ª Turma, Data da Decisão 30/06/2016;

¹¹⁰ EMENTA HABEAS CORPUS No 44.049 - SP (2005/0077809-8) HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É constitucional o artigo 52 da Lei no 7.210/84, com a redação determinada pela Lei no 10.792/2003. 2. O regime diferenciado, afóra a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade".

3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei no 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada. 4. Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da

dessa Corte Superior pouca coisa se alterou neste sentido. Ocorre, porém, que no ano de 2008, há quase dois anos da decisão proferida no STJ, a questão acerca da constitucionalidade do RDD chegou finalmente em sede do Supremo Tribunal Federal através da propositura pelo Conselho Federal da OAB da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4162¹¹¹, de modo que permanece em aberto a decisão definitiva sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias. 5. Ordem denegada. (STJ - HC: 44049 SP, Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, Data de Julgamento: 12/06/2006, Sexta Turma)

¹¹¹ É possível verificar a versão integral da petição inicial referente ao trâmite da ADIn 4162 no endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162>

2.3 O RDD COMO PRODUTO DA TEORIA DE JAKOBS

O direito penal do inimigo como construção teórica de Jakobs parte de algumas premissas que nos permitem aproximá-lo do Regime Disciplinar Diferenciado ou, ainda, de visualizar a ideia segundo a qual o regime integralmente fechado “plus” (na expressão de Juarez Cirino dos Santos) se traduziria em alguma medida como produto daquela Teoria de Direito Penal. Desde a consideração do indivíduo como pessoa, da inserção confusa do modelo dentro de uma sociedade democrática, da legitimidade para restringir inúmeros direitos e garantias individuais – inclusive aqueles assegurados constitucionalmente – até a finalidade questionadora que embasa a doutrina do professor de Bonn, sobre todas estas questões, dentre outras, é possível seja depreendida em maior ou menor grau alguma relação do Direito Penal do Inimigo com o regime hodiernamente aplicado no Brasil que se denomina Regime Disciplinar Diferenciado. Ainda que o professor alemão tenha pecado na fundamentação política (não tenha percebido o fato de que um direito penal do inimigo só é possível no Estado Absoluto), como assinalou Eugenio Zaffaroni, a realidade vem demonstrando que as sociedades ocidentais recepcionam cada vez mais esse discurso antidemocrático e, a partir disso, apresentam medidas mais próximas de um punitivismo intolerante e Direito Penal máximo¹¹².

Uma primeira relação passível de ser verificada entre a teoria de Jakobs e o regime brasileiro inerente ao RDD se depreende a partir da concepção do sujeito como pessoa tal como desenvolvido por Günther Jakobs, para quem a personalidade está intimamente relacionada à efetiva interiorização por parte do sujeito acerca de condutas socialmente (em sua maioria) admitidas e juridicamente legitimadas. Dito de outra forma: de acordo com Jakobs, para ser considerado pessoa o indivíduo deve apresentar uma garantia mínima (traduzida sob a forma de expectativas) aos demais cidadãos de que irá se comportar conforme dele se espera, tanto

¹¹² DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Criminal Universal: Uma Crítica aos tribunais Penais Internacionais**. 2013. 377 f. (Tese de Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 241.

pela aceitação social, quanto pelo ordenamento jurídico, sendo ainda que as normas jurídicas apenas consolidam a vontade de todos os cidadãos. A primeira relação aproximada que pode ser feita entre esta ideia e o regime aplicável pela Lei de Execuções Penais no denominado RDD punitivo parece evidente: nesta modalidade, a inserção no RDD preconiza a adequação do preso (sobretudo por seu comportamento) em relação à ordem e disciplina, isto é, de mecanismos de organização e estabilidade do ambiente (seja dentro ou fora do cárcere), de modo que o cometimento não apenas de falta grave, mas que ocasione a subversão da ordem autorizaria o ingresso do indivíduo neste sistema. Existe aqui a exteriorização de algo não admitido pelo sujeito e que por isso mesmo se manifesta como ato que, para além de mero questionamento, significa a própria reversão aquilo que dele era idealmente esperado. Seria possível falar – embora com alguma cautela – que o subversivo, como sujeito passível de ser incluído no RDD punitivo, é, em alguma medida, o inimigo no ambiente carcerário, pois pretendeu com sua conduta subjugar o estado de equilíbrio posto normativamente e que devia ser observado por todos aqueles que se encontram em igual circunstância.

A inclusão nessa primeira modalidade do regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal do Inimigo nos permitiria visualizar determinada subclassificação sobre os indivíduos inseridos no ambiente carcerário, onde alguns seriam considerados como meros presos, e outros, como inimigos. Sob essa ótica, ainda, aqueles que pactuassem com a disciplina institucionalmente estipulada seriam considerados presos sujeitos de direito, sendo-lhes preservadas amplas garantias e direitos, tais como a possibilidade de remição da pena¹¹³, a progressão de regime, maior liberdade¹¹⁴ no espaço carcerário, dentre outros. Noutra banda se encontram os presos inimigos, indivíduos que não admitiram a organização interna prevista por normas disciplinares e por tal circunstância devem ingressar no Regime Disciplinar Diferenciado de natureza punitiva, deles sendo

¹¹³ Da impossibilidade de se aplicar a remição para preso inserido no RDD: RHC 124775, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014.

¹¹⁴ A redação original da Resolução 26 SAP/SP previa banho de sol de no máximo uma hora por dia.

suprimidos inúmeros direitos e garantias sob fundamentos vazios que tão somente visam a neutralização dessa natureza desviada (FRANÇA, 2014, p. 232).

Em circunstância igualmente controvertida exsurge diante da hipótese autorizadora de inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado cautelar quando o preso representar alto risco, não apenas para o ambiente carcerário em que se encontra, mas inclusive (e sobretudo) para a própria sociedade. Vê-se aqui apenas um desdobramento do direito penal moderno e seu primado pelo gerenciamento de riscos (FRANÇA, 2014, p. 233). O direito penal do inimigo representaria nesta medida a mitigação do princípio da presunção de inocência e a autorização irrestrita de medidas cautelares (como a própria inserção no RDD de cunho cautelar), a limitação do contraditório e da ampla defesa – já que a inclusão no RDD cautelar prescinde de manifestação prévia do órgão ministerial e da defesa – e, ainda, a ampliação a juízos de periculosidade, como o próprio diploma normativo da Lei de Execuções Penais prevê¹¹⁵.

A antecipação da reprimenda penal como mecanismo adequado ao combate do inimigo já se apresenta de forma expressa nas hipóteses autorizadas da inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, sobretudo em se tratando do RDD punitivo. O caráter sancionatório da medida permite o deslocamento do *ius puniendi* concreto do momento em que a sentença condenatória transita em julgado para o próprio instante em que a falta grave (no caso, fato doloso) é praticada¹¹⁶. A situação torna-se ainda mais evidente quando acrescida do elemento subjetivo específico de “subverter a ordem ou a disciplina interna”, pois enseja além da antecipação da reprimenda e da relativização do princípio da não culpabilidade, a inclusão no modelo mais hostil de execução penal brasileiro. A transcendência daquilo que preceitua o texto legal no tocante ao princípio da

¹¹⁵ Na doutrina Juarez Cirino dos Santos evidencia o confronto entre culpabilidade e periculosidade, sendo este o critério de orientação que autoriza a inclusão no RDD. In: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Visualizado em 13 de julho de 2016.

¹¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 2013. p. 154.

presunção de inocência é relativizado diante das categorias inerentes à periculosidade do preso subversivo ou eminentemente perigoso. Conforme ROIG (2013, p. 154):

Com isso, propicia uma autêntica precocidade dos efeitos da tutela jurisdicional penal, já que a punição por falta grave, consectário lógico da sentença penal condenatória definitiva, seria implementada antecipadamente, com a simples conduta.

A lição de Leandro Ayres França sobre o marco temporal de leis evidentemente bélicas¹¹⁷ parece ser aplicável ao caso brasileiro. De acordo com o pesquisador, o combate a indivíduos considerados inimigos do Estado teria conquistado as pautas legislativas ainda na segunda metade do século XX, de modo que o surgimento de leis emergenciais, a exemplo da que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil possuem origens longínquas. Ao contrário do que o senso comum imagina, é certo que a ampliação a nível federal da figura polêmica que é o RDD possui origem bem mais remota que o início do século XXI, pois o Brasil já havia conhecido regulamentos penitenciários que objetivassem a neutralização pura e simples de determinados presos, muito embora sob outras denominações (células escuras, por exemplo)¹¹⁸. A normatização do RDD no texto da LEP reintroduziu medidas substancialmente gravosas aos encarcerados a partir de um regramento especial e de cunho disciplinar que ultrapassa o próprio regime fechado, até então concebido como regime de cumprimento de pena mais severo aplicado até então.

É possível verificar, contudo, que parcela doutrinária entende ser admissível a relativização de direitos fundamentais em detrimento de outros comandos constitucionais, por exemplo, para a própria manutenção do Estado Constitucional. A Teoria de Jakobs propõe igual medida, já que a aplicação do direito penal aos indivíduos considerados inimigos da

¹¹⁷ “...o dia 11 de setembro foi o evento histórico que serviu como justificativa para o real exercício de cada um desses instrumentos e para o estabelecimento de outros novos, tal como o USA Patriot Act.” FRANÇA, 2012, p. 442.

¹¹⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 2013. p. 68

sociedade (e por consequência da própria democracia), ou seja, o direito penal do inimigo, foi desenvolvido tratando distintamente aqueles sujeitos considerados cidadãos e os não cidadãos (inimigos)¹¹⁹.

A inclusão do preso em qualquer das modalidades do Regime Disciplinar Diferenciado revela a opção escolhida pelo legislador no sentido de se conferir primazia à ordem, seja aquela atrelada a disciplina interna ao ambiente carcerário (hipótese autorizadora da inclusão na modalidade punitiva), seja a ordem inerente ao mundo extramuros (caracterizadora da inclusão na modalidade cautelar). De todo modo, é possível verificar que nesta segunda modalidade, o RDD objetiva estabelecer um estado de equilíbrio que é estranho à dinâmica social e à própria democracia. Vê-se assim que o ingresso nesta medida de cunho cautelar resta ainda mais evidente (e igualmente grave) o intento de uma tarefa praticamente inalcançável, pois que a atual complexidade das relações humanas e da dinâmica própria da globalização revela a contínua transição entre os sujeitos, bem como entre estes e os instrumentos de conhecimento, de diálogos, de experiências, enfim. Sob o pretexto de realizar uma atividade que foge à natureza humana, isto é, a de certificar e garantir a certeza dos acontecimentos cotidianos, o Estado se utiliza de mecanismos jurídicos penais que nada mais significam (como o próprio Jakobs sugere em sua teoria) que o próprio nada¹²⁰. Por tudo o que foi apresentado até aqui, resta crível acreditar que, ao menos em relação ao que se denomina de Regime Disciplinar Diferenciado, o Estado brasileiro é capaz de revelar na prática alguma parcela da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

¹¹⁹ Nas palavras de Moraes: “[...] os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas)[...]” apud JULIOTTI, 2008, p. 33

¹²⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 22

CONCLUSÃO

Parcela considerável da doutrina processual penal brasileira considera que o estudo evolutivo (não no sentido positivista do termo, por óbvio) do Direito Penal trata-se, em verdade, da própria análise da pena de prisão, pois que o cárcere se revela desde há muito como instrumento primordial a serviço do *ius puniendi* a ser desempenhado pelo Estado. Neste sentido, afigura – dentre outros princípios basilares em âmbito penal instrumental – o princípio da necessidade, segundo o qual o processo penal se pretende como via necessária ou, em outros termos, como transposição da esfera abstrata da sanção penal a ser aplicada a pena *in concreto*. A aplicação da pena se torna, assim, no ápice do poder de punir do Estado, sendo a prisão desenvolvida no intuito de humanizar a sanção penal e talvez impossibilitado a barbárie da própria história da pena. As experiências apresentadas desde o século XVIII, quando a prisão se torna no principal mecanismo sancionatório, porém, revelam o fracasso de tal intento, demonstrando a evidente inversão deste propósito na atualidade.

Desde a antiguidade, as sociedades conheceram mecanismos discriminatórios entre os seres humanos, lastreados em pressupostos religiosos ou políticos. A sociedade romana clássica teria sido apenas uma destas sociedades nas quais nem todo ser humano poderia ser concebido como tal. Nesta perspectiva emerge a figura elementar do inimigo, conhecido a época sob o preceito de “*homo sacer*”, um indivíduo ambíguo, duplamente marcado por estar, ao mesmo tempo, insuscetível de proteção no campo profano (pelo ordenamento jurídico), bem como não estar acobertado pelos dogmas religiosos. Tal figura instiga inúmeros estudiosos das mais diversas áreas acadêmicas até os dias de hoje, desde a seara política, da filosofia, até o campo jurídico. O *homo sacer*, embora remonte aos tempos mais primórdios da humanidade continua vivo na pós-modernidade, sendo o direito penal um importante contribuinte para tanto, reavivado, para além de outros exemplos na doutrina, pela Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Uma análise mais aprofundada acerca da questão do inimigo no direito penal será capaz de revelar que tal ideia coincide com as primeiras organizações civis, as quais conheceram este inimigo sob as mais diversas

denominações: *homo sacer*, *hostis judicatus*, satã, a mulher, os povos nativos, indígenas, o judeu, cigano, homossexual, até enfim, os indivíduos participantes da criminalidade organizada, os terroristas e narcotraficantes. Todas estas formas revelam apenas um único fenômeno: o poder punitivo buscou desde sempre adaptar seu aparato oficial para atingir, neutralizar (ou mesmo eliminar) aquele considerado como inimigo, seja da sociedade, do governante, ou do próprio Estado. É certo que a análise sobre tais sujeitos evidencia o descompasso e a violência perpetrada por todos contra um (o inimigo).

Se a pena de prisão teria em sua origem a finalidade elementar de humanizar as penas, tornar o castigo oficial do Estado menos árduo ou irracional, é evidente que nas sociedades atuais tal discurso se encontra invertido. A criação no Brasil do Regime Disciplinar Diferenciado evidencia exemplarmente essa inversão, pois recepciona o discurso seletivo e exterioriza sob denominações vagas o projeto de identificação de seus inimigos, basicamente, relacionando-os à subversão da ordem imposta pelo Estado sob as mais variadas formas. A implantação desse regime especial disciplinar revela a incongruência com o Estado de Direito, rechaçando, inclusive, o próprio texto constitucional expressamente. Uma sociedade que se pretenda democrática deve proporcionar um tratamento jurídico isonômico a seus destinatários, a seus cidadãos, garantir e efetivamente observar os direitos humanos, procurando dessa forma garantir a própria essência de tudo aquilo que prima um Estado democrático.

Seria possível admitir a preservação da própria democracia por comandos que a terminam por mitigá-la, como assim propõe Jakobs e alerta Zaffaroni? Pensamos que não. Como corolário do Estado Democrático, tem-se a consideração de que todo ser humano é um sujeito de direito, o que significa (dentre outras coisas) que devem estar inseridos sob um mesmo patamar, assegurados sob um único preceito que os equipara, sem mais, nem menos. Ou a democracia existe por inteiro dentro de uma sociedade, inclusive com todas as suas imperfeições, ou estaremos diante de qualquer outra forma de política, exceto, da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O Poder Soberano e A Vida Nua**. Trad. Henrique Burigo. 2ª reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2007.

ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista**. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense. 1979.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 142.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 7ª ed. São Paulo: Martin Claret. 2012. (Coleção “A obra-prima de cada autor”).

BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

CARVALHO, Salo de. (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

_____. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CHAMON JR, Lúcio Antônio. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal – Embates de Perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004.

DISSENHA, R. **Por uma Política Criminal Universal: Uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013 p. 241 e ss. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde.../RuiDissenha_tese_versao_final.pdf Acesso em dezembro de 2015

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio : manifestação do direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 27ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 1987.

_____. **Histórias da Sexualidade I – A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza Albuquerque e J.A Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal. 1999.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou A Inconveniência de Existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

GOFFMAN, Erwin. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. 9ª. Ed. São Paulo: Perspectiva. 2015. (Debates, 91).

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: Icone. 2005. (Fundamentos do direito).

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma, Pessoa**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole. 2003. (Coleção Estudos de Direito Penal, 6).

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. **A Pena Privativa de Liberdade, o Regime Disciplinar Diferenciado e a Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo. Revista Justitia, 65 (198). Jan/Jun. 2008. p. 27-34.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983. (Série Estudos Alemães).

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3a ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes. 2011.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22. jun. 2008, p. 192. Disponível em:

http://www.cjf.jus.br/netacgi/nphbrs.exe?SECT4=e&SECT5=BIBL01&d=BIBL&f=G&l=20&p=139&r=2778&s1=&s5=Artigo+on-line&u=/netahtml/bibl/pesquisa_facil.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2016.

MARTÍN, Luis Gracia. **CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ACTUALMENTE DENOMINADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”**. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. **Um Novo Sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs**. Org. E Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole. 2003.

MESA, María José Rodríguez. **Las Razones Del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Granada, n. 09-10. dez.2007. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

PEREIRA, Marcos A. **Cesare Beccaria: Precursor do Direito Penal Moderno**. São Paulo: Lafonte. 2011. (Filosofia Comentada)

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

_____. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2004. (Pensamento Criminológico, 3).

SANTOS, Juarez Cirino dos; **Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Trad. Sérgio Lamarão. 3a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. (Pensamento Criminológico, 14).

_____. **Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal.** Trad. Vânia Romano. Rio de Janeiro: Revan. 2001