

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

JÉSSICA HOFFMANN PEDROSO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

São Leopoldo

2018

JÉSSICA HOFFMANN PEDROSO

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

São Leopoldo

2018

Dedico o presente trabalho aos que foram minha fonte de motivação, coragem, força e persistência durante o caminho até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores que compartilharam suas experiências e seus conhecimentos comigo, e, em especial, agradeço ao meu orientador que, além disso, contribuiu com seu tempo, sua paciência, sua atenção, e sua dedicação para a elaboração desse trabalho.

“Olho por olho, e o mundo acabará cego”.

(Mahatma Ghandi)

RESUMO

O trabalho tem por objetivo analisar criticamente o Regime Disciplinar Diferenciado introduzido no art. 52 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) pela Lei 10.792/2003, uma sanção disciplinar restritiva de direitos, enquanto manifestação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, apresenta-se um estudo do expansionismo penal que vem se erigindo nos últimos tempos, fazendo do Direito Penal uma ferramenta simbólica e conveniente para tratar do medo da sociedade em relação à criminalidade e aos indivíduos que são classificados como um risco. Como consequência desse expansionismo penal, verifica-se um punitivismo seletivo exacerbado, bem como a flexibilização das garantias fundamentais e até mesmo a sua supressão, como no caso do Regime Disciplinar Diferenciado, o que remete à figura do inimigo, originária da teoria do Direito Penal do Inimigo, cunhada pelo jurista alemão Günther Jakobs, que, em tese, não é admitida no Brasil, porque suas diretrizes não se coadunam com um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Expansionismo Penal. Direito Penal do Inimigo. Regime Disciplinar Diferenciado.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
2 O FENÔMENO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS	9
2.1 Expansionismo Penal: As Velocidades do Direito Penal na Contemporaneidade.....	9
2.2 A Flexibilização de Garantias como Consequência do Fenômeno de Expansão do Direito Penal.....	20
3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: CLAROS-ESCUROS DE UM CONCEITO	31
3.1 O Direito Penal do Inimigo na Perspectiva de Günther Jakobs	31
3.2 Críticas à Noção de Direito Penal do Inimigo.....	40
4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DE UM MODELO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO	51
4.1 O Regime Disciplinar Diferenciado Instituído pela Lei nº 10.792/2003: Uma Manifestação do Direito Penal do Inimigo no Brasil?	51
4.2 Análise Crítica do Regime Disciplinar Diferenciado à Luz dos Princípios Informadores do Processo Penal no Brasil.....	59
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS	68

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho pretende desenvolver uma análise do Regime Disciplinar Diferenciado - introduzido no art. 52 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) pela Lei nº 10.792/2003 - como sendo uma manifestação, no Brasil, de um modelo de Direito Penal do Inimigo, o que coloca em questão a sua (in)constitucionalidade, face aos princípios que regem a intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito brasileiro.

A pesquisa parte do seguinte problema: em que medida o Regime Disciplinar Diferenciado, introduzido na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) por meio da Lei nº 10.792/2003, pode ser considerado, no Brasil, enquanto uma manifestação de um modelo de Direito Penal do Inimigo, que (não) se coaduna com as diretrizes constitucionais do processo penal?

De modo geral, o trabalho objetiva examinar o movimento de flexibilização e retrocesso dos direitos e garantias fundamentais no âmbito da execução penal a partir da implementação, no art. 52 da Lei nº 7.210/1984, do Regime Disciplinar Diferenciado, a fim de verificar em que medida o referido regime de cumprimento da pena privativa de liberdade constitui uma de manifestação de um modelo de Direito Penal do Inimigo.

Especificamente, o trabalho pretende:

- a) analisar o processo de expansão do Direito Penal e a conseqüente flexibilização de direitos e garantias que lhe subjaz;
- b) compreender criticamente o modelo do Direito Penal do Inimigo, conforme formulação do jurista alemão Günther Jakobs;
- c) verificar em que medida o Regime Disciplinar Diferenciado, sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo, configura-se enquanto um regime de cumprimento de pena que não se coaduna com as diretrizes constitucionais do processo penal brasileiro.

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma temática que gera polêmica no Direito Penal, no que diz respeito à sua constitucionalidade. Em linhas gerais, de um lado, há o entendimento de que ele seria uma afronta aos princípios fundamentais, e do outro lado, há o entendimento que o Regime Disciplinar Diferenciado seria uma garantia da ordem prisional.

O primeiro capítulo apresenta o fenômeno de expansão do Direito Penal, demonstrando suas principais características e justificativas, seu processo de evolução, e as novas funções e finalidades que vem sendo atribuídas ao Direito Penal, considerando as demandas almejadas pela sociedade contemporânea. Aborda, também, os principais impactos desse expansionismo penal até se chegar à flexibilização das garantias fundamentais como resultado desse fenômeno.

O segundo capítulo empreende uma análise das características do Direito Penal do Inimigo, sob a perspectiva do jurista alemão Günther Jakobs, demonstrando sua linha de argumentação e justificativas para construção e sustentação da existência dessa teoria. Também expõe uma análise crítica do Direito Penal do Inimigo, sob a ótica dos Direitos Fundamentais, especialmente quanto à sua (i)legitimidade.

O terceiro e último capítulo analisa a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, por meio da Lei nº 10.792/2003, demonstrando suas características e fundamentações, buscando verificar em que medida esta alteração legislativa pode ser considerada uma manifestação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realiza-se uma análise crítica do Regime Disciplinar Diferenciado à luz dos princípios informadores do processo penal brasileiro, principalmente quanto à sua (in)constitucionalidade.

O método de pesquisa empregado na construção do presente trabalho foi o hipotético-dedutivo. A técnica de pesquisa utilizada na investigação foi a pesquisa bibliográfica. O método de abordagem foi o qualitativo, objetivando a análise e coleta dos dados bibliográficos, com a busca por conceitos e princípios relacionados ao tema. Quanto ao procedimento, optou-se pelo método monográfico.

2 O FENÔMENO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS

Na contemporaneidade, verifica-se um senso comum de preocupação com as novas formas apresentadas pela criminalidade, o que põe em análise a capacidade do Estado em fornecer segurança e responder de forma efetiva a esses problemas. Nesse cenário, o Direito Penal representa ser a ferramenta mais conveniente para dar respostas efetivas, expandindo-se o seu raio de intervenção, flexibilizando ou até mesmo suprimindo as garantias que o sustentam, tudo em nome da eficácia no combate à criminalidade.

Permite-se, nesse contexto, o endurecimento das leis na constante busca pelo aumento da punibilidade, ainda que, para tanto, sejam sacrificados os direitos humanos e as garantias penais e processuais dos acusados que praticam infrações, colocando em risco a sociedade. É com o tema do expansionismo penal (tópico 2.1) e a flexibilização de garantias (tópico 2.2) que se ocupa o presente capítulo.

2.1 Expansionismo Penal: As Velocidades do Direito Penal na Contemporaneidade

Nos últimos anos, verifica-se uma evolução do Direito Penal orientada pela restrição do minimalismo penal e pelo combate ao mal, e isso ocorre sem nenhuma justificativa racional. Há uma tendência dominante que aponta para inclusão de novas infrações penais na legislação, para o agravamento das infrações já existentes, para a criação de novos bens jurídicos penais, e para ampliação dos espaços de riscos legalmente relevantes, com a conseqüente flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantias. Essas são as características gerais de uma tendência que se denomina "expansionismo penal".¹

Observa-se no expansionismo penal que vem se erigindo nos últimos tempos a inserção hostil da vítima no direito penal, por uma política criminal que objetiva confortar tais vítimas, com flexibilização das garantias penais, sob uma perspectiva de vingança. Por outro lado, verifica-se a proliferação da tipificação dos crimes e o

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 19-20.

endurecimento das penalidades, sem observar se a aplicabilidade das alterações legislativas no campo penal será eficaz e possível e, ainda, se será feita uma interpretação adequada da norma, fundamentada com a motivação.²

O endurecimento das penalidades não está diretamente relacionado ao aumento dos crimes, mas sim ao impacto social exposto pela mídia. O almejo por justiça tornou-se senso comum, confrontando os princípios de *ultima ratio* e subsidiariedade do direito penal, estendendo-o aos direitos das vítimas, ainda que em detrimento das garantias fundamentais dos acusados.³

A subsidiariedade – ou fragmentariedade – do direito penal é conceituada por Lorena Nascimento como

[...] o caráter suplementar da norma penal quando ineficazes as imposições de sanções por parte dos demais ramos do Direito na defesa dos bens jurídicos. Sua atuação dar-se-á, portanto, somente em último caso, quando for o último ou único recurso para pacificação da sociedade.⁴

O direito penal contemporâneo, enquanto fruto de um fenômeno de globalização mundial, apresenta uma função preventiva, a qual pode ser comparada ao princípio da cautela, em que os resultados de uma determinada situação são desconhecidos, não se podendo analisar se serão prejudiciais ou não, restando apenas criar punição para aquela determinada situação. Neste modelo, a tarefa preventiva é relegada com prioridade ao direito penal, enquanto que os demais sistemas de controle social ficam eximidos de cumprir essa missão, confrontando, portanto, o princípio da subsidiariedade penal.⁵

A função preventiva do direito penal representa um recurso político decisivo para o seu processo de expansão. Tem-se a criminalização como um produto de oferta à sociedade, sob a perspectiva de obtenção de segurança social efetiva,

² BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Viña Del Mar, n. 8, p. 46-49, 2012.

³ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Viña Del Mar, n. 8, p. 49-53, 2012.

⁴ NASCIMENTO, Lorena Lima. **Direito penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 18.

⁵ DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. **Nuevo Foro Penal**, Medellín, n. 65, p. 92-100, 2003. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3831/3130>>. Acesso em: 17 set. 2018.

através da conversão de um direito penal mínimo em um direito penal de flexibilização de garantias.⁶

Importante destacar que nesse processo de expansão verifica-se o surgimento de novos bens jurídicos criminais, novos interesses e/ou novas visões de interesses já existentes, em decorrência das realidades tradicionais e contemporâneas que ganham valores que não lhes foram atribuídos antes. Não há um consenso de quais bens jurídicos deveriam ou não ter sua tutela relegada ao direito penal, nem em que medida ele pode atuar nessa proteção.⁷

O atual modelo social tem sido caracterizado como uma sociedade de risco⁸, que se constituiu com os avanços tecnológicos implementados nos diversos setores econômicos. Tais avanços repercutiram no bem-estar individual, proporcionando uma competitividade entre os indivíduos, o que levou alguns à criminalidade, tornando-os fonte de riscos aos demais indivíduos e seus bens materiais. Um bom exemplo dessa evolução é a criminalidade praticada através da internet.⁹

A individualização é característica da estrutura da sociedade de risco. Os indivíduos se colocam em primeiro lugar, em busca da realização pessoal em posição de criadores da própria história. Essa individualização está amparada pelo Estado, que mais se volta para proteção dos indivíduos do que para a coletividade. Há uma tendência para autoconstrução individual, portanto, forma-se uma cultura coletiva de individualização.¹⁰

O atual modelo social de riscos tecnológicos também é caracterizado por uma sociedade insegura, que vive individualmente e sem ter como mensurar os efeitos futuros propiciados pela atualidade. O elevado nível de interação individual, além de produzir efeitos incertos, produz uma relação de interdependência entre os indivíduos, principalmente no que tange à sua esfera de garantias. Outro aspecto da

⁶ DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. **Nuevo Foro Penal**, Medellín, n. 65, p. 100-104, 2003. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3831/3130>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 25-26.

⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 26-28.

¹⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 13-14.

sociedade de riscos, que não o tecnológico, se institui com os indivíduos sendo uma fonte de conflitos entre si, por coexistirem, em que um representa risco ao outro.¹¹

Ulrich Beck conceitua os riscos civilizacionais na sociedade de risco, salientando que este modelo

[...] produz novas oposições de interesse e um novo tipo de solidariedade diante da ameaça, sem porém que se saiba ainda quanta carga ela pode comportar. Na medida em que as ameaças da modernização se acentuam e generalizam, revogando portanto as zonas residuais de imunidade, a sociedade de risco [...] desenvolve uma tendência à unificação objetiva das suscetibilidades em situações de ameaça global. Assim, amigo e inimigo, leste e oeste, em cima e embaixo, cidade e campo, preto e branco, sul e norte são todos submetidos, no limite, à pressão equalizante dos riscos civilizacionais que se exacerbam. Sociedades de risco [...] contêm em si uma *dinâmica evolutiva de base democrática que ultrapassa fronteiras*, através da qual a humanidade é forçada a se congregar na situação unitária das autoameaças civilizacionais.¹² (grifo do autor).

Nesse cenário de individualidades e incertezas, prepondera um sentimento generalizado de insegurança e medo nos indivíduos, que apresentam dificuldades em verificar a veracidade das informações trazidas em massa, causando uma verdadeira vertigem de relatividades. Os princípios garantidores que representam uma fonte de autenticidade passam a ser substituídos pela força como uma ferramenta de maior impacto social, fundada na aglomeração de interesses individuais que contrariam a função social, o interesse coletivo. O sentimento subjetivo de insegurança e medo dos indivíduos é superior à quantidade objetiva de riscos existentes que são de difícil controle ou ainda que não se pode controlar. O posicionamento da mídia em relação à temática do crime, relaciona-se com esse sentimento, proliferando a sensação de impotência, o medo e a vitimização, pré-existentes, fazendo com que, cada vez mais, a sociedade incumba, ao direito penal, a apresentação de soluções preventivas para a insegurança, ainda que em detrimento das garantias clássicas do direito.¹³

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 28-31.

¹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 57.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 32-42.

O produto desse contexto de incertezas na sociedade, é o medo desenfreado de uma possível catástrofe que parece estar sempre em iminência. Esse medo se origina de inúmeros fatores e situações, pode ser de outras pessoas, da natureza, de alimentos ou quaisquer outros fatores que apresentem minimamente um risco de desastre, desencadeando, por conseguinte, o aumento do medo da criminalidade, com ênfase no terrorismo e no crime organizado. O medo do crime causa maiores impactos na sociedade do que a objetiva criminalidade. Individualmente, o medo proporciona condutas agressivas que confrontam a vitimização; já coletivamente, proporciona condutas antissociais, como deixar de frequentar lugares públicos. Consequentemente, há um grande anseio por mais proteção e mais punição, contexto em que o direito penal é visto como o instrumento necessário para tanto.¹⁴

O direito penal, enquanto instrumento para resolver tais anseios, apresenta novas formas, passa de uma ferramenta de proteção do indivíduo infrator em face ao poder punitivo do Estado, para uma ferramenta de proteção das vítimas, em decorrência do sentimento solidário da coletividade para com estas, pelo medo de serem as próximas. Outra forma do direito penal que surge é uma versão *politizada* deste, através de um discurso político-criminal de segurança nas campanhas eleitorais, que se embasa nas demandas da sociedade por segurança. O direito penal também passa a ser um instrumento preventivo contra a concretização dos medos, com a criação de leis penais de prevenção para evitar a reapreensão, demonstrando que existe uma atividade política diante dos riscos abstratos e que visa à contenção de novos tipos de delitos.¹⁵

Surge, assim, na sociedade de risco, uma cultura de prevenção, em que o direito penal intervém antes mesmo da concretização da lesão ao bem jurídico, por meio de mecanismos relacionados aos riscos abstratos, em prejuízo dos mecanismos ligados aos delitos de riscos concretos.¹⁶

Com isso, verifica-se uma flexibilização das garantias, conforme ensina Maiquel Wermuth:

¹⁴ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25-31.

¹⁵ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 32-34.

¹⁶ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 34.

Paralelamente à antecipação da intervenção punitiva, verifica-se um desapareço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade. [...].

Com efeito, a partir do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal, além do incremento dos comportamentos elevados à categoria delitiva por meio da antecipação da intervenção punitiva ao estágio prévio à efetiva lesão dos bens jurídicos, verifica-se um processo de flexibilização das garantias político-criminais materiais e processuais, mediante o desrespeito ao princípio da legalidade penal, à redução das formalidades processuais, à violação ao princípio da taxatividade na elaboração dos tipos penais e à violação ao princípio da culpabilidade.¹⁷

Paralelamente à expansão do direito penal, verifica-se o Estado de bem-estar se desconstruindo, com as desigualdades sociais e econômicas advindas do processo de globalização. Há uma valoração nas ferramentas de trabalho tecnológicas em detrimento da mão-de-obra convencional, o que resulta em uma criminalização socioeconômica. A globalização proporcionou, também, uma mercantilização da sociedade contemporânea, a partir da qual os cidadãos que se tornam membros *incluídos*, são aqueles que se enquadram como *consumidores*, diferentemente do que acontecia na sociedade moderna, na qual o engajamento dos cidadãos se dava por mão-de-obra convencional, a força física. Nos dias atuais, considerando as ferramentas de trabalho tecnológicas, essa mão-de-obra passou a ser desqualificada ou até mesmo dispensada, restando aos cidadãos se engajarem pela via apenas do papel de consumidores, mesmo que este papel não esteja ao alcance de todos, o que gera uma inclusão ou exclusão social. A exclusão social ocorre quando o indivíduo não desempenha a função produtiva de consumidor, e se torna, portanto, um produtor de riscos àqueles que são incluídos na sociedade, por serem consumidores da segurança.¹⁸

Neste cenário, surgem mais políticas voltadas para os resultados da marginalidade do que para as suas origens. Objetiva-se, com isso, a maior atuação do Estado repressivo e a menor atuação do Estado socioeconômico, eximindo-se o Estado da tarefa de promover o bem-estar social. Contudo, para manter o controle social daqueles que não se classificam como consumidores na sociedade e que,

¹⁷ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35.

¹⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 36-38.

pela via da criminalidade realizam seus anseios de consumo propiciados pela mídia, visando à inclusão socioeconômica, o Estado se utiliza de uma seletividade social e racial na esfera penal, criando as políticas punitivas de controle sociorracial, garantindo, com isso, que os indivíduos economicamente autossuficiente, ditos consumidores, não presenciem a pobreza que nutre a insegurança.¹⁹

Essa prática do Estado tem por finalidade retirar da sociedade os indivíduos que não se submetem às configurações impostas e são causadores da desordem social e da marginalidade que impacta naqueles que são seguidores da ordem. Logo, se contempla uma relação direta entre o gueto e a prisão, considerando que ambos servem para confinar uma parcela da população que é considerada desnecessária para a sociedade. A análise sociológica do que origina os crimes é ignorada, passando-se à responsabilização individual, que se fundamenta na falta de disciplina do indivíduo que escolhe, racionalmente, o caminho delitivo. Nesse contexto, não há razões para o debate das causas da criminalidade, apenas se pune o delinquente, repara e protege àqueles que seguem a ordem. A função do direito penal de *ultima ratio* é substituída pela função de rigorosidade, que espalha o medo em seu público.²⁰

Com a globalização, os meios de comunicação de massa ocupam importante posição de fonte no processo de construção de opiniões em muitas esferas, e, diante da sociedade consumerista, voltam seus esforços para influenciar o consumo. Neste contexto, o medo de ser uma vítima do crime é disseminado como um produto para ser consumido, havendo uma seletividade de conteúdo baseada naquilo que gera mais audiência em detrimento da realidade social, com o propósito, acima de tudo, de obter o sucesso comercial, gerando, assim, um perigo social, tendo em vista que a mídia impõe uma determinada (ir)realidade social criminal causando medo e alarme aos cidadãos, que logo clamam pela punição intensificada, em caráter de vingança, como sendo a solução e o instrumento adequado para gerar mais segurança social e justiça.²¹

O discurso superficial e conveniente da mídia, quanto à criminalidade, não é exposto em razão da plena convicção, mas sim para se enquadrar na *moda*

¹⁹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 39-41.

²⁰ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 42-44.

²¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 44-49.

publicitária e garantir seu espaço. O discurso midiático da criminalidade se fundamenta nas opiniões de pessoas vistas como especialistas, por terem uma determinada imagem perante a sociedade ou por terem vivenciado alguma experiência, em prejuízo de uma base teórica real. A comercialização do medo da criminalidade, resulta nos meios de comunicação de massa exercendo julgamentos parciais, que ficarão apenas aguardando ratificação do poder competente, e, por vezes, propiciam julgamentos definitivos, através daquele indivíduo que resolver exercer o poder executivo.²²

Com isso, o direito penal vem apresentando uma função simbólica diante dos anseios da sociedade. O legislador objetiva uma aparência de controle e solução de conflitos, através de normas simbólicas sem aplicação prática, para evidenciar uma atitude em face ao crime, em prejuízo de medidas de combate às origens delitivas. Medidas que tenham escopo punitivo, ainda que demonstrem a não aceitação da conduta delitiva, não possuem a eficácia necessária, pois geram uma omissão, uma aparência de fim do problema, enquanto que, na realidade, o problema persiste, aguardando medidas efetivas que não competem ao direito penal.²³

Nesse contexto, Aírto Chaves Junior apresenta as normas enquanto ferramentas reguladoras da sociedade e a conveniência do direito penal:

As ciências jurídicas, fundadas na idéia ilustrada do contrato, atuam com a pretensão de regular, através das normas, o convívio social, estabelecendo pautas de ações civilizadas e o rol dos atos inapropriados. Por meio da regulamentação jurídica, a sociedade fixa os preceitos básicos de convivência em comunidade e os ideais de conduta, instituindo respostas de reprovação ao seu desrespeito. Essa perspectiva de *direito regulador* apresenta o *direito penal* como mecanismo de intervenção mais radical, estabelecendo as mais graves sanções aos mais gravosos atos.

A justificativa das normas como instrumentos de regulação social funda-se na hipótese de que o homem, no estado de natureza, gozaria de liberdade, não havendo qualquer restrição aos seus desejos. No entanto, a impossibilidade de convívio se estabelece em face da tensão entre desejos ilimitados e bens limitados. A forma de anular o estado de guerra, de corrupção do estado de natureza, dá-se pela instituição do poder civil. A certeza do gozo dos bens, face à possibilidade de expropriação pela força, conduz à elaboração do acordo. Os homens, em troca de segurança, optam por limitar sua liberdade, alienando certo domínio ao repositório comum

²² WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50-52.

²³ ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. **Boletim IBCRIM**, São Paulo, n. 167, out. 2006.

denominado Estado. Como regulador instituído, cabe ao poder instituído executar esta quantidade alienada em caso de violação das leis de convivência. E o direito penal será vislumbrado como mecanismo idôneo para resguardar os valores e interesses expressos no contrato.²⁴ (grifo do autor).

A sociedade, tomada por seus medos e insegurança quanto à criminalidade apresentada pela mídia, exige, cada vez mais, do Estado uma solução punitiva. Logo, o Estado necessita do auxílio da mídia para apresentar à população a ideia de que pode controlar a criminalidade, já que é a mídia quem detém privilégios na formação da opinião pública, resultando em influências de cunho político, como o aumento da interferência do direito penal na sociedade para satisfazer os seus anseios, com a finalidade de evitar derrotas eleitorais. Com isso, os políticos deixam de se preocupar com o que é melhor e efetivamente válido para sociedade, para atender àquilo que melhor favorece sua imagem perante aos eleitores, visto que, não atendida essa lógica, os políticos serão desqualificados.²⁵

Diante disso, o direito penal se torna um instrumento conveniente aos interesses políticos, para solucionar os problemas sociais, demonstrando, com a criação de normas meramente existentes, a atividade do Estado e da justiça penal diante das percepções da sociedade. Contudo, gera-se, com isso, um modelo de direito penal simbólico, que enfraquece a segurança jurídica, na medida em que é utilizado sem embasamento especializado, e sem uma análise das consequências causadas pelas decisões político-criminais. Trata-se de um modelo focado em questões secundárias, em detrimento de questões que efetivamente abordem as raízes do problema de delinquência.²⁶

Nesse sentido, André Callegari e Maiquel Wermuth destacam que

[...] o fenômeno da expansão do Direito Penal também se deve à busca incessante de resolução dos conflitos sociais através de políticas populistas, isto é, que servem para aplacar o clamor social, mas que não apresentam qualquer resolução efetiva para o problema. Os legisladores de plantão estão sempre prontos com os seus pacotes de medidas de resolução da criminalidade que se

²⁴ CHAVES JUNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Medellín, Colombia. v. 41, n. 114, p. 81, enero/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151422616003>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁵ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52-53.

²⁶ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 54-59.

traduzem, normalmente, em aumento de penas e restrições de garantias.²⁷

Conforme conceitua Díez Ripollés, a identificação da intervenção penal simbólica se classifica em grupos de distintas leis assim adjectivadas. O primeiro é em função do objetivo a ser satisfeito, que engloba as leis reativas, nas quais o objetivo predominante é demonstrar a rapidez dos reflexos de ação do legislador diante dos novos problemas; as leis identificadoras, nas quais se manifesta a identificação do legislador com determinadas preocupações dos cidadãos; as leis declarativas, nas quais se aclaram quais são os valores corretos a respeito de uma determinada realidade social; as leis principialistas, nas quais se manifestam primordialmente a validade de certos princípios de convivência; e as leis de compromisso, cujo papel mais significativo é de mostrar às forças políticas que as impulsionam o respeito dos acordos alcançados.²⁸

O segundo grupo é em função das pessoas primordialmente afetadas, que engloba as leis aparentes, cuja formulação tecnicamente defeituosa as fazem inacessíveis às condições operativas do processo penal; as leis gratuitas, que são aprovadas sem os recursos pessoais e materiais precisos para sua efetiva aplicação no caso de infração; e as leis imperfeitas, as quais não preveem sanções ou sua aplicação é tecnicamente impossível.²⁹

O terceiro e último grupo é em função do conteúdo dos efeitos sociais produzidos, que engloba as leis ativistas, com as quais se suscita na sociedade a confiança de que se está fazendo algo frente aos problemas não resolvidos; as leis apaziguadoras, as quais produzem o efeito de acalmar as reações emocionais que certos sucessos produzem entre a sociedade; as leis promotoras, cujo efeito é a modificação de determinadas atitudes sociais diante de certos problemas sociais; e

²⁷ CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 35, n. 103, p. 88-90, enero/abr. 2002. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303>>. Acesso em: 06 out. 2018.

²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 35, n. 103, p. 90-91, enero/abr. 2002. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303>>. Acesso em: 06 out. 2018.

as leis autoritárias, que produzem o efeito de demonstrar a capacidade coativa em geral dos poderes públicos.³⁰

Diante disso, o direito penal simbólico se caracteriza pelo excesso dos limites da intervenção punitiva, e carece de legitimidade porque não se fundamentam as decisões político-criminais nos princípios que regem a finalidade da sanção penal.³¹

A sanção penal que vigora na cultura do direito penal é a pena de restrição de liberdade. Contudo, para casos mais distantes do núcleo criminal, a pena não é aplicada da mesma forma, caracterizando-se duas velocidades do direito penal, que se conflitam, visto que um modelo de direito penal mínimo não é bem aceito na sociedade, o que não deve remeter à um direito penal máximo. Logo, incumbe ao Estado, nesse modelo dualista, em face ao anseio social por punitivismo, prezar pela aplicação clássica da pena restritiva de liberdade, assegurando os princípios aos indivíduos, para os casos mais próximos do núcleo criminal, e para os casos mais distantes desse núcleo, há uma flexibilização da sanção de restrição de liberdade, bem como, a flexibilização dos princípios que regem a finalidade da sanção penal.³²

Portanto, as duas velocidades do direito penal, basicamente, são evidenciadas, a primeira, pela aplicação da sanção de restrição de liberdade, com a severa preservação dos clássicos princípios norteadores da pena, e a segunda, pela flexibilização desses princípios, porque já não são casos qualificados para aplicação de sanção restritiva de liberdade, mas sim, para aplicação de sanção restritiva de direitos.³³

Questiona-se a admissibilidade de uma terceira velocidade do direito penal, em que há uma combinação das primeira e segunda velocidades, com a aplicação da sanção restritiva de liberdade e flexibilização dos princípios que regem a finalidade da sanção penal, relacionando-se diretamente com o chamado Direito Penal do Inimigo, conceito que será abordado no próximo capítulo.³⁴

³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 35, n. 103, p. 92-93, enero/abr. 2002. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303>>. Acesso em: 06 out. 2018.

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 35, n. 103, p. 87-88, enero/abr. 2002. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303>>. Acesso em: 06 out. 2018.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 159-162.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 163.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 163-164.

2.2 A Flexibilização de Garantias como Consequência do Fenômeno de Expansão do Direito Penal

Os direitos fundamentais, no âmbito constitucional, são aqueles indispensáveis para a vida em sociedade, e que, portanto, não podem ficar sob a total disponibilidade do legislador. Eles estão contidos expressamente ou implicitamente no ordenamento jurídico e possuem sua fonte no princípio da dignidade da pessoa humana, que é um direito fundamental independente, mas que possui essa função referencial.³⁵

Ingo Sarlet explica a essencialidade do princípio da dignidade da pessoa humana, salientando que:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, [...] constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.³⁶

Nesse contexto, ainda que o indivíduo tenha cometido um crime, não poderá ser tratado como objeto, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme ensina Nereu Giacomolli:

No âmbito do processo penal, mesmo havendo uma imputação de um delito, é de ser apartado o tratamento ao acusado como se fosse uma *res*, um objeto ou uma grandeza substituível. A aplicação e execução das regras, ao caso concreto, seguem sua adequação à CF e aos diplomas internacionais: constitucionalidade e convencionalidade (devido processo). A dignidade da pessoa constitui-se não só em fundamento do Estado de Direito (art. 1º, III, CF), exigível internamente, mas é oponível à universalidade (endo e extraprocessual). Sua dimensão positiva, no processo penal, exige uma estruturação em condições de validade, garantia e eficácia, com diques de contensão à inviolabilidade (dimensão negativa). Ademais

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampli. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 92-95.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampli. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

da ordenação no plano objetivo e abstrato, na concretude exige dos sujeitos o ultrapassar de condutas arbitrárias e totalitárias, aniquiladoras da dignidade.³⁷ (grifo do autor).

Identificam-se dois extremos no sistema de direito penal e responsabilidade penal, denominados *direito penal mínimo* e *direito penal máximo*. Em relação a este último, salienta Luigi Ferrajoli que, não se admite imposição de pena sem que se produza a comissão de um delito, bem como “sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor”. Além disso, deve-se observar “sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.” Por outro lado, nos modelos autoritários evidencia-se a “debilidade ou ausência de algum ou alguns destes limites à intervenção punitiva estatal, até os casos extremos, [...] em que aquela pode ocorrer sem que se produza qualquer condição judicialmente comprovável e/ou legalmente predeterminada.” Em virtude disso, o modelo de direito penal mínimo “pode ser identificado como o modelo do *Estado de direito*, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial [...] e submetidos a um plano processual.” Por outro lado, o direito penal máximo é característico de “sistemas de controle penal próprios do *Estado absoluto ou totalitário*, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou “totais”, quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.”³⁸

O modelo de direito penal mínimo e garantista não afronta os direitos fundamentais e preza pela dignidade da pessoa humana, intervindo nos casos em que haja um comprometimento da ordem social, em um Estado Democrático de Direito, englobando todos os indivíduos em patamar de igualdade.³⁹

Já o fenômeno de expansão do direito penal que se apresenta na contemporaneidade, produz a flexibilização das garantias, ou até a supressão destas, por entender que são obstáculos para conquistar mais eficiência na atuação

³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101.

³⁹ NASCIMENTO, Lorena Lima. **Direito penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 19-20.

contra as novas formas de criminalidade, caracterizando-se, portando, por um modelo autoritário e repressivo, que não encontra amparo no Estado Democrático de Direito.⁴⁰

A *demonização* do indivíduo que comete crimes é uma ferramenta usada para embasar a flexibilização ou supressão das garantias. Tem-se que o crime é uma traição à sociedade, logo, o indivíduo sofre as sanções pelas causas coletivas da marginalidade, reafirmando, assim, a função simbólica do direito penal, o qual passa a ser o instrumento para resolução através de mais punibilidade. A função do direito penal para com o réu é convertida a favor da vítima, em um contexto em que qualquer medida adotada para fortalecer as garantias dos acusados passa a ser interpretada como uma ofensa às vítimas e um incentivo à prática de novos crimes. Diante desse cenário é que as garantias são consideradas como obstáculos para conquistar mais eficiência por parte do Estado no controle da criminalidade, e logo, são flexibilizadas, em uma lógica de que os fins justificam os meios. Assim como em um regime totalitário, o direito penal vem deixando sua função garantista para com o indivíduo, apresentando-se como instrumento para satisfazer os objetivos punitivos do Estado, o qual utiliza-se de uma política criminal totalitária e do Estado de exceção.⁴¹

A flexibilização das garantias passou a ser considerada aceitável com o advento de atentados terroristas ocorridos nos últimos tempos, os quais despertaram atenção para as políticas de segurança em diversos países, como sendo necessária para garantir a eficácia do combate ao terrorismo. Com isso, surge uma cultura de busca por mais punibilidade, que objetiva o controle da ordem social, diante das ameaças que expõem os indivíduos à algum risco, fazendo com que necessitem de mais *segurança*.⁴²

Nesse cenário, José Lyra e Maiquel Wermuth, contextualizam o terrorismo e seu impacto na contemporaneidade:

Nesse ambiente, o terrorismo pode ser visto como um dos “novos riscos” que mais obrigou o Estado a se reinvestir nas suas funções

⁴⁰ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O “anjo da história” e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário?. **Revista IBCCRIM**, São Paulo, n. 140, p. 1-2, fev. 2018.

⁴¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O “anjo da história” e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário?. **Revista IBCCRIM**, São Paulo, n. 140, p. 7-12, fev. 2018.

⁴² LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 23-24.

eminente estatais, inclusive com limitações consideráveis ao exercício de determinadas liberdades públicas pelos cidadãos, por ocasião da colocação da segurança como uma das prioridades da agenda política. Ocorre que, paradoxalmente, o terrorismo também foi o responsável por ressaltar as falhas dos sistemas de proteção existentes e ampliar, consequentemente, o sentimento de insegurança em âmbito global.⁴³

O terrorismo, enquanto conceito político, pode causar a prática de guerra que ignora os preceitos de combate. Pode, também, gerar revoltas em face a um governo genuíno, que, por sua vez, exerce uma política violenta que fere os direitos humanos. Contudo, verifica-se que não há uma definição estável desse conceito de terrorismo, para que se compreenda o Estado de guerra atual.⁴⁴

A atual política, agregada ao terrorismo, se fundamenta no sentimento de medo e pânico que há na sociedade. Nesse cenário, os cidadãos tornam-se potenciais inimigos uns dos outros, e cada um possui a *função policial* fiscalizadora, e, por vezes, a *função militar*, formando-se uma guerra de todos contra todos, na busca pela segurança ansiada. A exposição da vulnerabilidade do homem diante de outro, põe em crise a sensação de segurança. A compreensão dessa vulnerabilidade pode ser usada em prol de uma solução pacífica para questão da segurança social ou, caso seja ignorada sua existência, pode causar um fortalecimento em prol da guerra.⁴⁵

Tem-se que a guerra, enquanto instrumento para conter ou promover a ordem social, precisa ser contínua, com a prática da violência e do poder. Diante disso, não há limites determinados quanto ao tempo e espaço da guerra atual.⁴⁶

Diante disso,

A guerra à maneira antiga contra um Estado-nação tinha claras delimitações espaciais, embora pudesse eventualmente disseminar-se por outros países, e seu fim geralmente era marcado por uma rendição, uma vitória ou uma trégua entre os Estados em conflito. Em contraste, a guerra contra um conceito ou um conjunto de

⁴³ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 25.

⁴⁴ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 25-26.

⁴⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 26-27.

⁴⁶ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 28.

práticas, mais ou menos como uma guerra de religião, não conhece limites espaciais ou temporais definidos. Tais guerras podem estender-se em qualquer direção, por períodos indeterminados. E com efeito, quando os dirigentes americanos anunciaram sua “guerra ao terrorismo”, deixaram claro que deveria estender-se por todo o mundo e por tempo indefinido, talvez décadas ou mesmo gerações inteiras.⁴⁷

Nesse contexto, a guerra apresenta uma função primordial de organização da ordem social, enquanto a política passa a ser somente uma de suas formas de manifestação ou um de seus recursos. Com isso, fica cada vez mais difícil diferenciar a guerra e a política, considerando que o Estado de exceção vem se tornando a regra, como se estivesse atuando em sua esfera natural.⁴⁸

Nesse sentido, Giorgio Agamben defende a tese de que:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma "guerra civil mundial", o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente - e, de fato, já transformou de modo muito perceptível - a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.⁴⁹

Uma breve definição do Estado de exceção, nas palavras do filósofo italiano acima referido, pode ser assim estabelecida:

[...] as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. [...] Entre os elementos que tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção,

⁴⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do império. Trad. Clóvis Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 35.

⁴⁸ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 29.

⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p. 13.

que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.⁵⁰

O Estado de exceção toma o lugar da ordem quando essa é suspensa. Logo, a exceção se estabelece como regra. Tem-se a inclusão da exceção no ordenamento jurídico, para aquilo que não se encaixa na forma legal.⁵¹

Quanto a isso, Giorgio Agamben entende que:

Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.⁵²

Nesse cenário, a lei não representa um instrumento de verificação da legitimidade ou ilegitimidade de um ato do Estado, mas sim, um meio pelo qual a vontade pode ser exercida, com sua aplicação ou suspensão. Com isso, é o Poder Executivo que verifica quem representa ou não um perigo ao Estado, sendo essa verificação efetuada em um contexto emergencial, que pode compreender na suspensão da lei. Constantemente o Poder Executivo vem atuando no âmbito decisivo, ocasionando uma mistura na separação tradicional dos poderes. Diante disso, o indivíduo passa a ser tratado como objeto, assim que classificado como sendo perigoso, retornando, assim, à sombria figura romana arcaica do *homo sacer*, por se fixar exatamente entre o direito e a violência. Essa figura representa aquele indivíduo que é matável e, ao mesmo tempo insacrificável. É aquele que não faz parte da jurisdição humana, tampouco da proteção do ordenamento jurídico, não havendo sanção ao indivíduo que decidir agir contra o *homo sacer* e, inclusive, eliminá-lo. Sua vida é simplesmente um objeto que se encontra em uma esfera externa ao direito. Há uma divisão entre a vida meramente existente enquanto vida

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p. 11-12.

⁵¹ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 32-33.

⁵² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p. 48-49.

nua e desqualificada, e a vida do indivíduo ou a do grupo enquanto vida qualificada. Há uma prática atual, generalizada e sistemática da violação dos direitos humanos. O Estado de exceção se encontra presente nos dias de hoje, em que o direito pode ser eliminado por uma violência *legal*, que estará no âmbito interno do Estado de exceção.⁵³

Alexandre da Rosa apresenta o processo penal nesse contexto:

Alguma coisa anda fora da ordem, dizia Caetano há um tempo. Hoje as coisas já estão dentro da nova ordem neoliberal mundial, inclusive o processo penal: sumário, eficiente. Números, eficiência, empulhação... Para que direito de defesa se tenho que baixar o meu mapa? Para que ouvir de testemunhas se o processo vai ficar no mapa? O juiz astrólogo: só quer saber de mapa. Ainda mais quando depende da produtividade para conseguir promoção ou evitar punição!

O Processo Penal Democrático, assim, parafraseando Dworkin, precisa ser levado a sério. O problema fundamental reside no fato de que a justificativa para a exceção encontra-se encoberta ideologicamente. Acredita-se, muito de boa-fé, a maioria, de que se está realizando o bem. Salvando a sociedade de um “terrorista social”. Esqueceu-se de que para o uso do poder existem pelo menos dois limites: o processo e o ético (Dussel). Exercer uma parcela do poder em face dos acusados é muito mais tranquilo para os *kantianos* de sempre, fiéis cumpridores das normas jurídicas, sejam elas quais forem. Os “acusados-terroristas-sociais” passam a ser uma das faces da vida nua, isto é, “*homo sacer*”, a que é matável, mas não sacrificável. Assim, os rostos do poder encontram-se maleáveis, mutantes, em torno de um lugar pensado para não pensar, mas para cumprir acriticamente.⁵⁴ (grifo do autor).

O Estado de direito carrega consigo, de forma oculta em seu interior, o Estado de exceção, que a qualquer momento pode vir à tona, mediante uma situação que demande uma *força anormal*, e com isso, a normalidade não pode ser um obstáculo, a democracia precisa ser deixada de lado para dar lugar à exceção. Diante disso, para um indivíduo ou grupo que represente alguma ameaça à ordem, o Estado se

⁵³ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 41-46.

⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da. McDonaldização do Processo Penal e analfabetos funcionais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/diario-classe-mcdonaldizacao-processo-penal-analfabetos-funcionais>>. Acesso em: 24 out. 2018.

utilizará da exceção, para suspender o direito sobre essa mera vida nua, o *homo sacer*.⁵⁵

O Estado de exceção objetiva um controle biopolítico da vida humana, o que é conveniente para governar os indivíduos e grupos considerados perigosos, de acordo com o critério da vontade soberana. Contudo, quanto mais decisões excepcionais são tomadas, mais elas se aproximam da normalidade, devido à sua habitualidade. Nesse contexto, o *homo sacer* é uma vida nua que não é digna de reconhecimento e de preservação. Não há dignidade humana para este, o qual é convertido em um inimigo do sistema que está fora do ordenamento jurídico. Faz-se necessária a incessante presença de um inimigo e a ameaça à ordem social para que se justifique a violência por parte do Estado, ainda que essa figura não seja visível nem conhecida, mas se faça presente para demonstrar que a segurança é necessária. É sob essa perspectiva que se fundamentam as atuais políticas de segurança, pautadas pelo controle de uma futura ameaça terrorista e de ações preventivas contra ela, a qual está em um constante adiamento, pois, ainda que ocorra uma situação muito trágica, não será aquela que está por vir.⁵⁶

Na política contemporânea, todos meios de ataque ao inimigo podem ser legitimados, considerando o cenário de guerra ao inimigo, em que o campo passa a ser o legítimo espaço de reclusão, em substituição à prisão. Logo, esse espaço é destinado à vida nua, e é uma verdadeira representação da concretização do Estado de exceção. O campo, diferentemente da prisão, se encontra fora da regulamentação e da proteção do direito penal. É o lugar onde tudo é permitido, onde o arbítrio da vontade soberana prevalece. É nesse cenário que a biopolítica pode ser identificada, com a incessante busca do poder pelo controle da vida natural.⁵⁷

Com isso, quando um crime ocorre, considera-se que houve uma falha desse controle, um erro de cálculo. A preocupação com a criminologia está direcionada para o futuro, para aquilo que pode ser planejado e antecipado, pelas mais diversas

⁵⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 48-49.

⁵⁶ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 50-53.

⁵⁷ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 53-55.

formas. O sentimento de insegurança presente na contemporaneidade influencia o direito penal, diante dos anseios por mais punibilidade, centralizando-o no foco das políticas públicas. Verifica-se que os discursos de ressocialização no âmbito penal já não atendem às necessidades para orientar a sociedade contemporânea. Na lógica atuarial, por exemplo, que permeia as políticas criminais contemporâneas, a preocupação deve estar direcionada para identificação e reconstrução das situações de crime, para que se diminuam as possibilidades de desenvolvimento deste. Ou seja, objetiva-se, com isso, conter o medo do crime e não efetivamente reduzi-lo.⁵⁸

A política criminal atuarial tem por escopo utilizar-se da pena para selecionar, sistematicamente, determinados grupos que representem um risco e com isso controlar os gastos públicos, considerando que direcionar os recursos para os grupos *prioritários* gera uma economia. Com isso, cada vez mais, um sistema penal embasado na proteção social, na punição e na seletividade de grupos, ganha espaço, em detrimento de um sistema penal assistencial, preocupado com os fatores sociológicos que estão envolvidos na criminalidade.⁵⁹ Nesse sentido:

Na lógica atuarial parte-se da premissa de que é sempre possível a identificação, em um determinado contexto social, de um número de delinquentes que é relativamente pequeno, mas que invariavelmente são os responsáveis pela maior parte dos delitos cometidos. A partir dessa detecção, é possível prever, a partir de dados estatísticos, que esses indivíduos continuarão delinquindo, de modo que a sua neutralização ou incapacitação pelo tempo máximo possível provocará, reflexamente, uma redução considerável nos índices de criminalidade.⁶⁰

Verifica-se que na lógica atuarial a questão econômica é o que tem mais relevância, uma vez que a distribuição e gestão dos riscos passa a prevalecer, diante da análise dos criminosos sob a ótica de um perfil padrão e irreparável. Diante disso, o criminoso para a ser um mero objeto perigoso, em posição central,

⁵⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2047-2048, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2048-2049, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁶⁰ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2049, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

que ao invés de ser responsabilizado, passa a ser *desumanizado*, no sentido de representar um ser de risco, ruim e traiçoeiro perante a sociedade, caracterizando assim, uma espécie de perfil de risco infinitamente pré-determinada. A instituição desses perfis promove uma fácil identificação por parte do sistema punitivo, possibilitando uma neutralização destes perfis através da pena de prisão, como sendo a ferramenta para atender aos anseios da sociedade por mais punibilidade e segurança. O objetivo é retirar esse perfil da sociedade para que não represente mais uma ameaça e não tentar modificá-lo. Para construção desses perfis são utilizadas as mais diversas tecnologias, as quais representam um ataque aos direitos fundamentais dos indivíduos.⁶¹

Com o auxílio das novas tecnologias, hoje o crime é visto sob uma perspectiva futura e de modo conjunto, deixando de lado a política criminal que se preocupava com o crime de forma individual e retrospectiva. O objetivo desse novo modelo não está direcionado ao indivíduo, mas sim para uma gerência de grupos, com intuito de identificar os riscos de uma ação criminosa, de forma a aplicar a punição objetivamente sobre esses grupos, ganhando-se assim, tempo e dinheiro. Nessa política atuarial, antecipa-se as características de um comportamento para preveni-lo, sem observar as causas sociológicas de tal comportamento delitivo. Com isso, as medidas mais drásticas aplicadas, decorrem das qualidades pessoais do sujeito, por pertencer a um determinado grupo considerado de risco, e não da gravidade do crime, o que não se coaduna com os princípios constitucionais e com modelo penal garantista, uma vez que o indivíduo passa a ser classificado como sujeito de risco, por integrar um determinado grupo, sem que se observe a existência ou não de um histórico criminal.⁶²

Diante dessa política criminal, um modelo de direito penal de autor pode ser identificado, em que o interesse principal é diminuir o medo do delito e a vitimização, ainda que para isso, sejam utilizadas técnicas de exclusão de indivíduos predeterminados. Tem-se que, em nome da segurança, essas medidas excepcionais passam a ser aceitas na sociedade, talvez por não serem percebidas como uma

⁶¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2049-2056, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁶² WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2057-2059, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

estratégia permanente de governo, logo, se evidencia um Estado de exceção eterno.⁶³

Na contemporaneidade, observa-se uma permissividade diante desses novos *riscos* apresentados, considerando que há uma flexibilização de direitos e garantias fundamentais, que não encontra amparo em um modelo de Estado Democrático de Direito. Os direitos e garantias fundamentais passam ser meros obstáculos à punibilidade. A partir disso, essa permissividade ameaça os alicerces liberais, pois proporciona a conformação de um Direito Penal de autor, em que o sujeito é punido pelo que é e não pela prática de um crime.⁶⁴

Essa perspectiva encontra guarida na teoria cunhada pelo jurista alemão Günther Jakobs. No âmbito do denominado *Direito Penal do Inimigo*, as ideias de expansão e relativização de garantias ficam bastante evidentes. É com este tema que se ocupa o capítulo seguinte.

⁶³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2060, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁶⁴ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2068-2069, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: CLAROS-ESCUROS DE UM CONCEITO

O Direito Penal do Inimigo se apresenta como uma das teorias mais polêmicas da contemporaneidade. Isso porque ela se coaduna com as características do atual Direito Penal, em que há uma desconsideração cada vez maior pelas garantias penais e processuais, bem como pelas suas formalidades, por representarem meros obstáculos à eficiência que se espera do Estado na sua atuação em face do sentimento generalizado de insegurança que permeia a sociedade. Com isso, para Günther Jakobs, idealizador dessa teoria, o combate à criminalidade só é efetivo se houver uma distinção entre o cidadão, ainda que eventualmente pratique crimes, e o inimigo do Estado, que abandona suas regras.

Nesse contexto, Jakobs propõe duas formas de Direito Penal: um para ser aplicado aos cidadãos, âmbito no qual se preservam as garantias penais e processuais, e outra para ser aplicado exclusivamente aos inimigos, no qual há uma vasta antecipação das intervenções penais, sem a redução das penas, e uma restrição das garantias penais e processuais do acusado. Diante disso, o presente capítulo visa a aprofundar a análise dessa teoria, a partir dos seus fundamentos, de modo a preparar o caminho para a discussão que será empreendida no capítulo final desta monografia.

3.1 O Direito Penal do Inimigo na Perspectiva de Günther Jakobs

Uma primeira fase do entendimento desenvolvido por Günther Jakobs, quanto ao Direito Penal do Inimigo, foi apresentada em um congresso realizado em Frankfurt, na Alemanha, em 1985. Nesse momento, debatia-se a criminalização em um estágio prévio à lesão de um bem jurídico, a qual se apresentava como tendência na legislação alemã da época, e o conceito de Direito Penal do Inimigo tinha um conteúdo crítico em relação a esta tendência. Posteriormente, em 1999, em um congresso em Berlim, Günther Jakobs apresenta um segundo entendimento, propondo a distinção entre o Direito Penal do Inimigo e o do Cidadão, salientando que este é destinado às pessoas, e àquele às “não pessoas”. A partir de então, o

autor passa a defender que esta distinção seria necessária para combater, por exemplo, o terrorismo.⁶⁵

Na primeira fase do entendimento desenvolvido por Jakobs, em 1985, o Direito Penal do Inimigo é composto pelos tipos penais que antecipam a punibilidade dos atos preparatórios em relação a eventos futuros, o que se distancia da pretensão do Direito Penal comum, visto que, com a ausência da lesão a um bem jurídico, a punibilidade se justificaria na periculosidade que o agente representa ao praticar um ato direcionado à realização de um evento futuro. Portanto, isso representaria uma afronta ao Estado de Direito, o qual não pode interferir na liberdade de pensamento e na esfera interna de um indivíduo.⁶⁶

Já na segunda fase do seu entendimento, em 1999, Jakobs expõe que o sujeito que abandona o direito de forma permanente, não apresentando garantia de seu comportamento, é, portanto, considerado perigoso, uma não pessoa, um inimigo.⁶⁷ Nesse sentido, aquele que

[...] não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo.⁶⁸ (grifo do autor).

Após radicalizar seu pensamento, Jakobs passa a entender que a sociedade só pode ter um ordenamento jurídico real e efetivo, caso regulamente um Direito Penal para os cidadãos e um Direito Penal para os inimigos. No primeiro, é reconhecida a estrutura normativa da sociedade, embora haja a prática de crimes, enquanto que no segundo há uma interceptação prévia do inimigo, devido à sua periculosidade. Com isso, o Direito Penal do Inimigo deve contar com uma vasta antecipação da punibilidade sem que haja redução de pena, com um controle penal

⁶⁵ VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. **Revista Política Criminal**, Talca, n. 3, A2, p. 2, 2007. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁶⁶ VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. **Revista Política Criminal**, Talca, n. 3, A2, p. 2, 2007. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁶⁷ VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. **Revista Política Criminal**, Talca, n. 3, A2, p. 2-4, 2007. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁶⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

prospectivo da periculosidade que não se oriente por fatos pretéritos, com uma transformação da lei penal em uma lei de batalha, e com uma redução ou supressão das garantias processuais.⁶⁹ De acordo com Günther Jakobs:

[...] o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.⁷⁰

Jakobs faz distinção entre *persona*, que é titular de direitos e deveres e é capaz de praticar atos significativos junto à sociedade, e *inimigo*, indivíduo que representa, tão somente, uma fonte de perigo para sociedade, a qual deve defender-se dele. Para a *persona* aplica-se o Direito Penal do cidadão, em que o intuito da pena é restabelecer a vigência normativa. Já para o *inimigo* a finalidade da pena consiste em removê-lo de circulação.⁷¹

Nesse contexto,

[...] não é, para Jakobs, o homem (ser humano), o sujeito do Direito Penal, mas sim a *persona*, de forma que, quando o homem aparece por detrás da *persona*, não se está a falar em um indivíduo inserido na ordem social, mas sim de um inimigo (não *persona*). E é este homem, ou seja, o ser existencial, o destinatário das normas do Direito Penal do inimigo.⁷²

O Direito Penal do cidadão, na perspectiva de Jakobs, define e sanciona os delitos praticados pelos cidadãos de forma incidental, e que geralmente representam uma simples expressão de um abuso das relações sociais, das quais fazem parte,

⁶⁹ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 103-104.

⁷⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90.

⁷¹ GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. El “Derecho penal del enemigo”: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación. **Revista Cenipec**, Mérida, n. 25, v. 1, p. 348-349, enero/dic. 2006. Disponível em: <<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/23565>>. Acesso em: 27 out 2018.

⁷² WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67.

enquanto cidadãos. O crime praticado pelo cidadão não representa o início do fim da ordem social, representa apenas um deslize reparável, uma conduta que prejudicou a validade da norma e que, portanto, gera o dever de reparar, contudo, o indivíduo, nesse caso, tem o direito de permanecer com seu status de cidadão. Já os inimigos são os indivíduos que, por suas atitudes em sua vida econômica, ou por sua incorporação em uma organização, se afastam do Direito presumidamente de forma permanente e não incidental, e, portanto, não garantem a mínima segurança cognitiva no seu comportamento pessoal. As atividades profissionais desses indivíduos não ganham espaço em meio às relações sociais legítimas, mas são uma expressão da relação desses indivíduos com uma organização estruturada que opera fora do Direito e que estão direcionadas às atividades criminosas.⁷³

Com isso, o Direito Penal

[...] pode ver no autor um *cidadão*, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um *inimigo*, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos.⁷⁴ (grifo do autor).

As atividades que constituem a base legal do Direito Penal do Inimigo não são, por exemplo, assassinatos, lesões, extorsões, etc., pois em nada diferem das práticas incidentais dos cidadãos. Diante disso, a base legal do Direito Penal do Inimigo é constituída pela habitualidade e pelo profissionalismo das suas atividades, e principalmente pela participação em organizações que se opõem ao Direito, bem como o exercício de sua atividade para essas organizações. Portanto, os inimigos se caracterizam pela rejeição à legitimidade da lei e pela busca pela destruição dessa ordem. Como resultado disso, o inimigo representa um perigo para o sistema legal, considerando que seu comportamento não é mais calculado de acordo com as expectativas normativas existentes na sociedade. Uma vez caracterizada essa

⁷³ MARTÍN, Luis Gracia. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'". **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 07-02, p. 02:5-02:6, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁷⁴ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 6, n. 7, p. 214, dez. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/07.pdf>>. Acesso em: 27 out 2018.

imprevisibilidade de comportamento, o Direito Penal do cidadão não pode resolver esse problema, logo, surge a necessidade de se configurar um Direito Penal do Inimigo, diferente em seus princípios e regras. Essa distinção de um Direito Penal do Inimigo se faz indispensável para manter o vínculo do Direito Penal do cidadão ao Estado de Direito, já que nem todo o criminoso é um adversário do sistema legal, razão pela qual se deve manter essa separação de regras.⁷⁵

Sob a visão de Jakobs,

[...] normas são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de comunicação. É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio, é ela que fundamenta a expectativa e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo, e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito. Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos – elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos: contrafaticamente.⁷⁶

Jakobs entende que as regras Direito Penal do Inimigo devem ser identificadas pela ciência criminal, devendo separá-las do Direito Penal do cidadão, para poder tratar o cidadão criminoso como pessoa de Direito. Indiretamente, as medidas que fundamentam a exclusão de inimigos, já estariam sendo abordadas pelo Direito Penal do cidadão. Para o referido autor, o Direito Penal do Inimigo é legítimo, considerando que, para defender a segurança dos cidadãos, dentro do necessário, o Estado poderia se utilizar de qualquer meio para exercer sua função protetiva, principalmente pelo fato de serem casos excepcionais. Através do Direito Penal do cidadão, a pena aplicada ao criminoso representa a ratificação da validade da norma. Já através do Direito Penal do Inimigo, a pena seria apenas uma

⁷⁵ MARTÍN, Luis Gracia. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'". **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 07-02, p. 02:6-02:8, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁷⁶ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 6, n. 7, p. 217, dez. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/07.pdf>>. Acesso em: 27 out 2018.

ferramenta para validar as expectativas dos cidadãos quanto à não ocorrência de atos delitivos, por parte dos inimigos, em relação ao futuro.⁷⁷

Para Jakobs, o intuito da distinção entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo, é evitar a contaminação do primeiro pela excepcionalidade, característica do segundo, considerando que ambos compõem a mesma esfera jurídico-penal, embora sejam tendências opostas.⁷⁸

Nesse sentido, para Jakobs, o Direito Penal

[...] conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no seu estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.⁷⁹

Para esse jurista, o Direito é um subsistema ou sistema parcial da sociedade, que deve garantir sua identidade normativa e a validade das suas expectativas normativas, diante de uma possível defraudação. No entendimento de Jakobs, a atribuição do Direito Penal não é defender os bens jurídicos, mas sim restabelecer a vigência da norma, perturbada com a prática do delito. Diante disso, a identidade da sociedade se constitui por meio de normas ou regras de configuração. Nesse cenário, o delito representa um ataque ao corpo social, bem como, às normas que o constituem. Já a coação, por sua vez, representa a resposta ao fato.⁸⁰

Nessa perspectiva:

A pena é coação; é coação [...] de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue

⁷⁷ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 104-107.

⁷⁸ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 107-108.

⁷⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36.

⁸⁰ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 108-109.

vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.⁸¹

A transformação de um cidadão em inimigo ocorre mediante sua reincidência, habitualidade, profissionalismo criminal, e sua participação em organizações criminosas estruturadas. Nessa transformação, se manifesta a dimensão da periculosidade que deve ser tratada através de uma ordem legal especial. Essa modalidade de Direito poderia ser interpretada como um Direito de medidas de segurança, aplicável aos imputados *perigosos*; aqueles que não querem aceitar as regras legalmente estabelecidas, e, por isso, não podem fazer uso do conceito de *pessoa*, caracterizando-se como inimigos, aos quais são restringidas as garantias processuais. Com isso, o inimigo deve ser tratado como um objeto de coerção, por não se apresentar como *pessoa*. Ao inimigo, não pode ser imposta uma penalidade, mas sim uma medida de segurança, devido ao perigo de danos futuros que representa.⁸²

No Direito Penal do Inimigo não se considera o direito penal mínimo⁸³. Nessa teoria, a periculosidade do delinquente é considerada como consequência da abolição do princípio da proporcionalidade; a atribuição à polícia é desproporcionalmente exagerada; as provas de defesa por parte dos agentes encobertos ultrapassa os limites dos direitos do réu; o seu esquema de guerra contradiz radicalmente a própria ideia de direito penal, em todos os seus elementos e momentos, em primeiro lugar, pela maneira de conceber o tipo criminal e, em segundo lugar, pela concepção do julgamento; e, por fim, as penas de prisão são consideradas como ferramentas adequadas para atender às necessidades de proteção jurídica e a neutralidade dos delinquentes perigosos.⁸⁴

O Direito Penal do Inimigo pretende retirar da categoria de cidadãos determinados indivíduos, por se apresentaram como uma mera fonte de perigo que

⁸¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22.

⁸² ÁLVAREZ, Rogelio Barba. Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo. **Revista Criminología y Sociedad**, México, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://www.criminologiaysociedad.com.mx/wp-content/uploads/2017/12/Esbozo-Criminologico-sobre-el-Derecho-Penal-del-Enemigo.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁸⁴ ÁLVAREZ, Rogelio Barba. Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo. **Revista Criminología y Sociedad**, México, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://www.criminologiaysociedad.com.mx/wp-content/uploads/2017/12/Esbozo-Criminologico-sobre-el-Derecho-Penal-del-Enemigo.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

precisa ser controlada. Os inimigos são, portanto, tratados como se fossem animais selvagens. Essa categoria de indivíduos perigosos, que é radicalmente excluída, perde o seu *status* jurídico, tornando-se, portanto, indivíduos despersonalizados. Para um indivíduo perigoso, não se aplica uma pena, mas sim uma medida de segurança, considerando que o conteúdo do Direito evidenciaria uma resposta diferente. Nesse contexto, para Jakobs, o Direito é o vínculo que há entre indivíduos titulares de direitos e deveres, enquanto que a relação com um inimigo, se determina pela coação e não pelo Direito. Contudo, todo Direito tem autorização para usar uma coação mais intensa, que é a do Direito Penal.⁸⁵

Nesse contexto, Jakobs compreende que o Estado

[...] pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado.⁸⁶

Para haver uma vinculação do indivíduo com o Estado de Direito, é preciso que ele seja fiel ao ordenamento jurídico, cumprindo com seus deveres enquanto cidadão. Diante disso, Jakobs entende que o conceito de pessoa não é originário, mas sim normativo, e só é conferido àquele que apresenta uma expectativa de comportamento compatível com o Direito. Entretanto, se o indivíduo não apresenta segurança de que seu comportamento atenderá, estritamente, às expectativas normativas, será transformado em uma fonte de perigo, a ser tratada como um problema de segurança do Estado policial, perdendo a *autoadministração* de sua vida, que é base para garantia da liberdade.⁸⁷

Nessa perspectiva, a finalidade do Estado de Direito, para Jakobs

[...] é manter a vigência real e efetiva do ordenamento jurídico, uma vez que somente a vigência do Direito torna possível a liberdade. E,

⁸⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 111-112.

⁸⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

⁸⁷ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 112.

para que ocorra a vigência real do ordenamento jurídico, é indispensável um apoio cognitivo da norma, reputado como fundamental para uma vida social, mais importante que a própria prestação do Estado.⁸⁸

Na construção da pessoa, os seus direitos ficam em um segundo plano, considerando que precisam deles para cumprir seus deveres. Diante disso, uma verdadeira pessoa é aquela que se comporta observando e obedecendo estritamente as normas, não havendo uma personalidade natural. Portanto, a personalidade é adquirida por meio da fidelidade ao Direito, levando em conta o seu comportamento. Já o indivíduo que não apresenta uma segurança mínima de seu comportamento, deve ser *heteroadministrado* como inimigo. Para embasar suas proposições, Jakobs salienta que em outros momentos a sociedade já havia incorporado a ideia de sujeitos desprovidos de personalidade e direitos, e que, por isso, sua teoria não poderia ser descartada de imediato. Com isso, o Direito Penal do cidadão é aplicado para aqueles que não cometem delitos de forma persistente, e o Direito Penal do Inimigo é aplicado para aqueles que se desvinculam desse princípio e cometem delitos de forma persistente.⁸⁹

Nesse sentido, para Jakobs,

O Direito Penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia da segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança [...].⁹⁰

Por fim, o jurista alemão teoriza que a segurança é uma instituição jurídica e representa o objetivo do pacto social que a sociedade tem com o Estado. A segurança configura-se como um direito da sociedade, a qual deve exigí-la do Estado, para que este proporcione uma proteção contra os indivíduos infratores.

⁸⁸ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 109.

⁸⁹ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 112-115.

⁹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

Com isso, o Direito Penal do cidadão é para todos, enquanto que o Direito Penal do inimigo é para aqueles que não são fiéis ao primeiro. Para os inimigos, não há a aplicação de princípios ou regras que se aplicam para as pessoas, há apenas coação física, até que se chegue à guerra.⁹¹

Em razão da contundência das afirmações de Jakobs no sentido de legitimar um modelo de direito penal que nega às pessoas essa condição, chegando ao ponto de cunhar o conceito de *não pessoa*, é necessário estabelecer algumas críticas. É com o que se ocupa o tópico seguinte.

3.2 Críticas à Noção de Direito Penal do Inimigo

Conforme demonstrado no subcapítulo anterior, a teoria do Direito Penal do Inimigo possui sua essência direcionada à uma "legislação" que combate indivíduos considerados perigosos, retirando-lhes as garantias penais e processuais, com o objetivo de controlar tais "fontes" de perigo. Verifica-se uma ambiguidade no posicionamento de Jakobs, porque ele não deixa claro se pretende descrever e/ou sustentar tal teoria, ainda que ambos tenham um único mérito, o que proporciona, para a atual cultura jurídica, uma prestação de contas quanto à sua afinidade com a excepcionalidade penal.⁹²

Com isso, constata-se que as características do Direito Penal do Inimigo invadiram o Direito Penal clássico, atingindo sua função de proteção aos bens jurídicos personalíssimos em face de ataques reais. De fato, as legislações atuais recepcionaram as propostas do Direito Penal do Inimigo, principalmente no que diz respeito aos crimes de perigo abstrato, e, por essa razão, a tendência atual do processo penal é ser uma ferramenta de combate contra a criminalidade, com a consequente flexibilização e/ou exclusão de garantias constitucionais, ao invés de buscar a verdade dos fatos.⁹³ Nesse contexto,

⁹¹ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 115-116.

⁹² LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 117-118.

⁹³ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 117-118.

[...] quem somente reconhece [...] o Estado de Direito permanente com bons olhos, induz o Estado real a encobrir as exceções irremediáveis para sua sobrevivência em um mundo desonesto, como regras, esmaecendo os limites entre o que é regra e o que é exceção. Em outras palavras, o Estado de Direito imperfeito se representa como perfeito através de um léxico ideológico. Esta subestimação da complexidade da realidade estatal é perigosa, visto que obstruiu a visão de quando o Direito Penal está sobre o solo seguro do Direito Penal do inimigo, e quando está sobre o terreno movediço do Direito Penal do inimigo.⁹⁴

Com isso, verifica-se que há uma excepcionalidade fixada no Estado de Direito, que já não deve mais ser ignorada. A teoria de Jakobs, portanto, não deve surpreender o jurista, porque, como já mencionado, é recepcionada em muitas legislações. Note-se, por exemplo, a pretensão do legislador brasileiro em tipificar o terrorismo como crime, a partir de fundamentos genéricos e imprecisos, com uma previsão de pena irracional entre quinze a trinta anos, o que demonstra ligação com o Direito Penal do Inimigo, através de um viés simbólico e punitivo. Simbólico, porque o legislador desvia-se da finalidade da lei, através da sua intenção evidenciada de combater a criminalidade, considerando que a pena não faz parte do discurso criminal dos agentes políticos envolvidos no cenário criminal. Punitivo, porque o legislador, constantemente, tem elevado as penas para os crimes habituais, tais como o roubo, tráfico de drogas e homicídio, com o intuito de "demonizar" o indivíduo infrator. O legislador optou por tornar o Direito Penal um instrumento para transmitir à sociedade uma sensação de segurança irreal, sem observar que a ineficácia da legislação penal reside na tradicional impunidade que se propaga nos crimes de colarinho branco.⁹⁵

Basicamente, o crime de colarinho branco, caracteriza-se pela

[...] criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, recrutados, por exemplo, no próprio ambiente de trabalho, em contato com homens de negócios, executivos, autoridades e membros do governo; ao expor as relações nem sempre éticas ou lícitas entre os homens de negócios e as autoridades e os esforços no sentido de uma implementação especial da lei em relação aos primeiros e de lhes apagar as marcas estigmatizantes do crime; e, sobretudo, por evidenciar algumas dessas conexões promíscuas com o Poder

⁹⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

⁹⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo: notas sobre um direito penal da exclusão**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 118-119.

Público ou com alguns de seus agentes e chamar a atenção para uma criminalidade quase invisível, mas não por isso menos socialmente danosa, a dos que trajam ternos e mantêm seus colarinhos não tão imaculadamente brancos.⁹⁶

Diante o exposto, resta superada a questão da ambiguidade e atualidade da teoria de Jakobs, através da constatação de que se tratam de alegações normativas e não uma atividade descritiva. Contudo, nas suas manifestações quanto ao Direito Penal do cidadão e ao Direito Penal do Inimigo, Jakobs propõe que se trata do *dever ser* do controle penal, e não apenas do *ser*, atribuindo-lhe um valor de maneira positiva, principalmente no que tange ao combate dos terroristas. É nessa perspectiva que reside uma problemática, pois, não há um esclarecimento de quem deve ser o destinatário da excepcionalidade penal, quem se caracteriza por inimigo. De fato, Jakobs apenas faz um apontamento vago e totalitário, mencionando, por exemplo, o criminoso habitual, os crimes sexuais e o crime organizado.⁹⁷

Em análise a esse ponto, verifica-se que,

[...] segundo o discurso do Direito Penal do inimigo, os seus destinatários são encontrados dentre aqueles que abandonaram de forma definitiva o Direito, o que se infere a partir da habitualidade delitiva e da reincidência que lhes são peculiares. No entanto, este Direito que deve ser infringido para que possa aparecer a figura do inimigo é o Direito Penal do Cidadão. E um Direito só pode ser infringido por quem seja efetivamente destinatário de suas normas, logo, pelo cidadão.⁹⁸

Quando se fala em Direito Penal do Inimigo, deve-se reconhecer que é uma negociação do Direito Penal que resulta na dissolução de sua essência, considerando que a figura do inimigo pertence ao âmbito da guerra, que a guerra representa a negação do direito, e o direito representa a negação da guerra. Com isso, para que ocorra a configuração do delinquente como inimigo, supera-se todas

⁹⁶ FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 11, p. 166, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28347>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁹⁷ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 119-120.

⁹⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67.

as garantias do Direito Penal, como por exemplo, o princípio da legalidade, da culpabilidade e a presunção de inocência.⁹⁹

Diante dessa incerteza quanto à delimitação da figura do inimigo, fica demonstrada que lhe é atribuída injustificadamente uma maldade e perversidade, em um cenário que se objetiva a luta contra o mal. Com isso, a proposta do Direito Penal do Inimigo se apresenta ilegítima, uma verdadeira contradição em termos, pois viola a dignidade da pessoa humana ao negar a condição de pessoa aos inimigos, descumprindo, assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe que todo ser humano é uma pessoa. Com isso, a teoria sob análise configura-se como uma formulação que viola o Estado de Direito.¹⁰⁰

Para Cancio Meliá, “pode-se recorrer aos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal no sentido estrito: não deve haver Direito Penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional).”¹⁰¹ Nesse sentido, o Direito penal do Inimigo representa uma real involução. Contudo, trata-se de uma involução lamentável, porque afeta a legitimidade do Direito Penal, uma vez que não respeita a dignidade humana.¹⁰²

O Direito Penal do Inimigo também se caracteriza como um retrocesso, que viola o princípio da culpabilidade pelo fato, fazendo aparecer a figura enfraquecida do Direito Penal do autor. E, ainda pior, os ramos para os quais esse Direito se direciona, não possuem a relevância e a periculosidade que se demonstra, bem pelo contrário, os delitos são “normais” e não apresentam motivos suficientes para pôr em jogo a constituição da sociedade.¹⁰³

Nesse contexto, Cancio Meliá faz uma breve análise da compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o Direito Penal do fato:

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. IUS. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, Puebla, México, n. 19, p. 5-6, 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926001>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁰⁰ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 120-121.

¹⁰¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98-99.

¹⁰² CRESPO, Eduardo Demetrio. El "derecho penal del enemigo". Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. **Revista Quid Iuris**, México, v. 10, p. 92, ano 4. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17362/15571>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁰³ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 121.

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado na «atitude interna» do autor.

[...] não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato - o que ocorre em muitos outros âmbitos de «antecipação» das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os «inimigos» - mais que na definição de um «fato».

O direito penal do inimigo não é compatível, portanto, com o direito penal do fato.¹⁰⁴

O Direito Penal do Inimigo representa um conceito simbólico, e como tal, retira as posições jurídicas de fundamentação, bem como representa um símbolo informal e instrumentalizado do Direito Penal do cidadão, estando a favor das medidas simbólicas de disciplina. Nesse contexto, há um contágio da excepcionalidade e da emergência que proporcionam uma indistinção entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo, tornando inviável que a tarefa da dogmática jurídica permaneça somente na constatação de que há a presença de sólidos reflexos do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico-penal. É necessária uma análise mais crítica quanto à sua compatibilidade com os princípios informadores do Estado de Direito, bem como os direitos fundamentais, sob pena da excepcionalidade, silenciosamente, reprogramar o sistema penal, alterando suas estruturas.¹⁰⁵

Nesse sentido, Muñoz Conde esclarece que Jakobs possui razão em manifestar a existência real do Direito Penal do Inimigo nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito. Contudo, os criminalistas não devem somente constatar essa existência; devem analisar também a sua compatibilidade com os princípios informadores do Estado de Direito, com os Direitos Fundamentais contidos na Constituição e nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos. O jurista não pode ser um mero mensageiro, que está limitado a transmitir más notícias, empacotando-as, identificando-as e dando-lhes um nome mais ou menos afortunado, considerando que deve também exercer uma análise crítica e fazer o

¹⁰⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108-109.

¹⁰⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 122.

teste de sua compatibilidade com os princípios. Isso se faz necessário por motivos estritamente jurídicos, porque se trata de comprovar se o Direito Penal do Inimigo está em consonância com o modelo de Estado Democrático de Direito que constitui a identidade das sociedades contemporâneas.¹⁰⁶

O Direito Penal tem a função de manter as expectativas legais para constituição da sociedade, sob uma perspectiva funcionalista-sistêmica, como sendo um subsistema da sociedade. Atualmente, uma função de prevenção geral vem sendo atribuída à pena, enquanto que a sua função de prevenção especial e seu caráter retributivo, vêm sendo deixados em segundo plano. A pena, na sua origem, se constitui em um caráter retributivo-funcional, considerando sua função de manter a identidade legal da sociedade. Já no modelo de Jakobs, a pena deve ter um caráter comunicativo. Nesse modelo, a pena representa um processo de comunicação no cenário do fato delitivo. Nessa perspectiva, o crime representa uma negação à estrutura social, e a pena representa a ratificação da norma em vigência, com a criminalização do fato. A pena pretende quitar a desordem social provocada pela infração à norma, assumindo um aspecto de retribuição funcional.¹⁰⁷

Para Jakobs, a pena enquanto retribuição funcional, reestabelece a comunicação com a norma em vigor, e, embora o delito tenha negado sua vigência, ela permanece em vigor, desautorizando a comunicação errônea feita pelo indivíduo infrator, do qual só se exige que seja fiel ao Direito. Considerando as diferenças apontadas quanto a pena, conclui-se que ela possui destinatários diferentes, de acordo com sua função. Enquanto efeito confirmatório, a pena é destinada às pessoas, que são participantes da comunicação, pois, estão dispostos a serem fiéis do Direito. Já enquanto possui uma função preventiva, a pena é destinada aos inimigos, que não são fiéis do Direito. Com isso, a perspectiva funcionalista do Direito Penal não se coaduna com o racionalismo moderno, tendo em vista que o indivíduo deixa de ser o foco, passando-se a uma preocupação principal com o social, logo, verifica-se que o Direito Penal está a serviço de uma manutenção social, deixando de lado a ordem materialmente justa de proteção aos bens

¹⁰⁶ CONDE, Francisco Muñoz. De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo». **Revista penal**, La Rioja, n. 16, p. 136, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1202746>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁰⁷ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 123-125.

jurídicos. Ainda nessa perspectiva, a sociedade constitui o indivíduo, e a pena protege a sociedade contra consequências que a destruam.¹⁰⁸

Nesse contexto, Leonardo de Bem esclarece que Jakobs

[...] é o principal opositor da teoria constitucional de tutela de bens jurídicos, porque defende que a finalidade do direito penal não é a tutela de tais bens, e sim a “proteção da vigência da norma”. Sob esse ponto de vista, o relevante é o reconhecimento da vigência normativa por parte das pessoas, uma vez que assim ficam asseguradas as expectativas sociais. Segundo o modelo de proteção penal proposto pelo penalista, nos delitos de lesão, por exemplo, o bem jurídico protegido não é a integridade física ou a relação do titular com esse valor, como uma unidade funcional, mas é a validade da norma que determina que se deva respeitar a integridade física. Por conseguinte, o que constitui um desprezo ao bem jurídico-penal não é a causação de uma lesão, senão a oposição do particular à norma, independentemente de sua legitimidade constitucional.¹⁰⁹

O Direito Penal, no funcionalismo de Jakobs, tem a função de prezar pela subsistência das normas que compõem a base social, como sendo sua parte básica e essencial, com o intuito de preservar a sociedade. O Direito Penal tem o objetivo de ratificar a identidade social, e é por esta razão que a finalidade do direito penal não é a tutela dos bens jurídicos, mas sim a tutela da vigência da norma violada. Como resultado, a oposição entre a pena e o delito não ocorre na manifestação de valores materiais dos bens jurídicos, tampouco na maneira de conduzir o comportamento humano. A pena, enquanto uma reação ao delito, não se justifica em princípios morais ou éticos, o que leva a afirmação de que a teoria de Jakobs apresenta dificuldade, quando ele alega que a culpabilidade e a responsabilidade são atribuídas ao indivíduo que tiver uma carência prevalecente de motivação jurídica, tendo como intuito moldar um comportamento individual, distanciando-se, assim, da ideia do seu paradigma, o funcionalismo-sistêmico de Luhmann.¹¹⁰

No que se refere ao paradigma que Jakobs utiliza para construir seu conceito, Viviani Nikitenko, esclarece que:

¹⁰⁸ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 126-127.

¹⁰⁹ BEM, Leonardo Schmitt de. O funcionalismo radical de Günther Jakobs. **Empório do Direito**, Florianópolis, 18 maio 2017. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/leitura/o-funcionalismo-radical-de-gunther-jakobs-1508244707>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹¹⁰ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 128-129.

Segundo Jakobs, a sociedade torna toda pessoa portadora de um papel, o que se refere à idéia luhmanniana de expectativa, competindo, então, a todas pessoas o dever de não produzir decepções, isto é, de não violar as normas penais. [...]

É a partir desta idéia de expectativa de Luhmann e de cada pessoa portadora de um determinado papel na sociedade que Jakobs constrói o seu conceito de culpabilidade, revelando que somente há a imputação quando o desvio violar uma expectativa de um portador de papel, não importando as capacidades da pessoa que atua. Trata-se de um sistema de competências em que o sujeito era competente, mas acabou violando a norma, e, por isso, é a sua custa que a ordem jurídica deve ser reestabilizada.¹¹¹

Diante disso, a teoria do jurista alemão, efetivamente apresenta dificuldade para enfrentar a crítica de conservadorismo, pois, interfere na esfera pessoal do indivíduo em favor de um específico grupamento social e por estar disposta a defender qualquer valor. Com isso, ao considerar a carência prevalecte de motivação jurídica como critério de imputação de culpabilidade, resulta em uma instrumentalização do indivíduo em favor da obtenção de valores sociais. Quanto à desfuncionalidade da teoria de Jakobs, sob uma perspectiva sistêmica, ela reside no fato de que esqueceu que a pena e o delito são construções originárias do sistema penal, não havendo relação direta entre o sistema jurídico e os indivíduos, pois estes estão nos subsistemas sociais. Pelo exposto, a penalidade de Jakobs se distancia das premissas de Luhmann, no momento em que se utiliza da finalidade preventiva para reforço cognitivo, objetivando manipular uma comunicação direta de fidelidade ao Direito, o que, nas premissas de Luhmann, não é possível. Ademais, viabiliza uma instrumentalização do indivíduo com a finalidade preventiva de maneira mais explícita no Direito Penal do Inimigo, com o objetivo de ter uma segurança cognitiva total, fundamentada na fidelidade ao Direito, tornando as pessoas meros objetos, os quais podem ser excluídos do ordenamento legal.¹¹²

Nesse contexto, Jakobs não leva em conta que o crime contempla o conflito social, estando do lado que corresponde ao ilícito, respondendo a uma diferença exposta pela legislação penal. Contudo, isso não ocorre no sistema de exceção de

¹¹¹ NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-Sistêmico Penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, ano 14, v. 15, n. 25, p. 128, jan./jun. 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/688>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹¹² LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 129-131.

Jakobs, considerando que no tratamento dos inimigos, não há uma comunicação, porque o sujeito se autoexclui do meio social. Nesse cenário, percebe-se uma grande dificuldade, tendo em vista que os direitos de personalidade não são renunciáveis, não sendo possível o sujeito se autoexcluir da sociedade. Diante disso, os direitos personalíssimos não podem ser limitados às pessoas obedientes, tratando-se, portanto, de um sistema distinto do Direito Penal, que meramente faz a gestão à obediência através da morte civil e penal do indivíduo, o que se resume, em verdade, em uma política criminal autoritária. Com isso, não há mais necessidade de endurecer as leis, considerando que a própria lei prevê a suspensão dos direitos e garantias. Com a materialização da sua pretensão de prevenção negativa de castigar o indivíduo pela sua maneira de ser, ou sua simples periculosidade, objetivando dar forças às convicções sociais ou valores morais, Jakobs busca equilibrar a frustração dos demais sistemas, evidentemente o econômico, social e cultural, que se mostram incompetentes para moldar o cidadão ideal para o convívio social. Trata-se de uma pretensão desesperada para formar uma unidade, em um mundo diversificado e complexo, em que o indivíduo diferente representa um empecilho que deve ser eliminado. Nesse contexto, o Direito Penal do Inimigo, ilusoriamente, se apresenta como um salvador da sociedade que se encontra em crise.¹¹³

O direcionamento seletivo do sistema punitivo, representa uma forma de “transbordamento” do Estado de exceção, no qual tudo é permitido em nome da segurança. Verifica-se, com isso, o nascimento de uma nova forma de controle sobre a vida humana, a biopolítica, que, através do acesso à vida particular das pessoas, procura comprovar e/ou controlar os grupos considerados de “risco”, com o auxílio das mais diversas tecnologias. Esse “biopoder” que passa a ser exercido, refere-se a uma implicação cada vez mais intensa e direta em uma esfera estritamente biológica. Essa nova forma de gerir a sociedade não pode ser interpretada como um meio de administrar que possui caráter humanitário. Ao contrário, deve-se observar o seu aspecto violento, que consiste em uma exigência contínua e crescente da morte, no seu sentido literal e em como um meio de *neutralização* em massa do inimigo. Nesse contexto, o Direito Penal se torna uma

¹¹³ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 132-133.

ferramenta imunitária na sociedade, como sendo a solução para combater aquilo que representa uma ameaça, passando-se a admitir flexibilizações de garantias, que passam a ser vistas como meros empecilhos à eficiência que se espera do Estado. Com isso, a única garantia que o Direito apresenta é a violência, a qual defende ao mesmo tempo em que ameaça, causando sua proliferação perante a sociedade.¹¹⁴ Nesse contexto, a biopolítica,

[...] enquanto gestão coletiva da vida humana, atua na sociedade contemporânea como um mecanismo de controle social e político. A gestão biopolítica estabelece os sujeitos incluídos no processo de produção, bem como aqueles segmentos que, por não se adequarem aos padrões normativos/sociais, serão alijados do contexto societário. Portanto, a biopolítica é um mecanismo de controle, gestão e poder sobre a vida humana.¹¹⁵

Nesse cenário, o Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, se apresenta como sendo o instrumento conceitual ideal para compreender a nova *doxa* punitiva que evidencia no estado de guerra global. Ele indica uma manifestação do racismo característico da biopolítica, e, portanto, uma descrição fiel da evolução contemporânea do Direito Penal, o qual se direciona para o autor e sua periculosidade, como uma nova forma de perigo biológico, e não mais para o fato delitivo tipificado e na imputabilidade. Nesse contexto de guerra global, o Direito Penal se inclina cada vez mais para esse sentido, com o estado de exceção se transformando em regra, fazendo com que haja uma indistinção conceitual entre Direito Penal e guerra.¹¹⁶

Essas características podem ser facilmente verificadas na legislação penal brasileira que vem sendo produzida nos últimos tempos, como, por exemplo, a Lei nº 10.792/2003 que introduziu no art. 52, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), o Regime Disciplinar Diferenciado, que permite o isolamento do preso provisório ou condenado por até um ano, que tem por objetivo atingir os indivíduos

¹¹⁴ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2061, 2067. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹¹⁵ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. A seletividade no sistema prisional brasileiro e a produção da vida nua (Homo Sacer). **Prim@ Facie**, João Pessoa: PPGCJ, v. 15, n. 28, p. 36, 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/28350>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹¹⁶ LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo**: notas sobre um direito penal da exclusão. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 92.

que integram organizações criminosas, prevendo, portanto, uma modalidade de pena cruel, com evidentes fins inculcadores. Este é o tema, que será abordado no próximo capítulo.

4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COMO MANIFESTAÇÃO DE UM MODELO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

“Punições menos diretamente físicas, uma certa discricção na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.”¹¹⁷

4.1 O Regime Disciplinar Diferenciado Instituído pela Lei nº 10.792/2003: Uma Manifestação do Direito Penal do Inimigo no Brasil?

A evolução do crime organizado dentro e fora dos presídios vem sendo um tema presente na pauta das autoridades. A facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), que se constituiu no âmbito dos presídios de São Paulo, ainda atuante nos dias de hoje, promoveu uma megarrebelião em 29 penitenciárias simultaneamente, no início do ano de 2001, com intuito de acabar com o poder estatal. Tal rebelião resultou em uma crise institucional na segurança pública do Estado, o que levou o governo paulista e a sua Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) a tomarem atitudes imediatas, através da aprovação da Resolução nº 26, que contemplava o isolamento de presos provisórios e condenados, considerados perigosos, pelo período de até 180 dias. Neste momento, nascia o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no Estado de São Paulo, como uma maneira de atingir as estruturas da facção criminosa.¹¹⁸

A Ordem dos Advogados do Brasil, na época, arguiu a inconstitucionalidade de tal Resolução, inclusive propondo medida judicial. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, teve o entendimento oposto, reconhecendo sua constitucionalidade. O Conselho Nacional de Política Criminal manifestou-se publicamente, referindo que o RDD representava uma afronta aos princípios informadores da política criminal nacional, bem como aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que contemplam Direitos Humanos. Arguiu, também, a sua inconstitucionalidade,

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 12.

¹¹⁸ NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 100.

fundamentando que a medida era uma violação ao princípio da ressocialização, considerando que o indivíduo ficaria impedido trabalhar, estudar, bem como sem contato com sua família, sinalizando que o RDD era moral e fisicamente uma forma de castigo que só iria contribuir para o aumento da violência e insegurança pública.¹¹⁹ Nesse sentido, por meio da instituição do RDD,

ferindo a Constituição e tratados internacionais por nosso país assinados, o governo paulista pretendeu retomar o controle dos presídios e desbaratar as organizações criminosas que os dominam. De forma cruel e desumana, causadora de distúrbios psicológicos e psiquiátricos, os que nele entram podem permanecer em diminutas celas, com pequenas aberturas para o exterior pelas quais passam apenas as mãos, por até mais de um ano. Em absoluto isolamento, sem rádio, televisão ou revistas, só saem das celas uma hora por dia.¹²⁰

Nesse contexto, “com a “promessa” de ser grande instrumento de enfrentamento da criminalidade organizada”¹²¹, o governo de Fernando Henrique Cardoso apresentou ao Congresso Nacional o projeto de Lei nº 5.073/2001, criando o RDD no ordenamento jurídico brasileiro, o qual foi baseado, em síntese, no modelo da Resolução paulista nº 26. Entretanto, trouxe muito mais rigor à sua composição.¹²²

Com isso, no dia 01 de dezembro de 2003, a Lei nº 10.792/2003, aprovada pelo Congresso Nacional, entrou em vigor, introduzindo efetivamente o RDD no art. 52 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), que assim dispõe:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione 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:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

¹¹⁹ NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 101.

¹²⁰ DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 163, jun. 2006.

¹²¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

¹²² NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 101.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.¹²³

A partir de uma análise das características dispostas nos incisos I ao IV do art. 52 da Lei de Execução Penal, Norberto Avena esclarece os seguintes aspectos do instituto sob análise:

- a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada (art. 52, I): o inciso estipula o limite máximo de dias em que o preso pode ficar sob o Regime Disciplinar Diferenciado, retornando ao regime fechado comum após transcorrido esse tempo. Para ser incluído no RDD, nessa hipótese, o preso precisa ter praticado crime doloso, caracterizando uma falta grave. É possível que ocorra a repetição da sanção por outros 360 dias, porém, na soma dos dias, deve ser observado o limite de até 1/6 da pena aplicada;
- b) recolhimento em cela individual (art. 52, II): o preso que estiver sob o RDD, ficará completamente isolado, em cela individual e sem contato permanente com outros presos;
- c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (art. 52, III): o direito de visita torna-se limitado, podendo o preso receber somente número máximo de dois visitantes no período e por somente duas horas semanais. No RDD não são permitidas visitas íntimas ao preso, devido ao seu caráter rigoroso;
- d) saída da cela por duas horas diárias para banho de sol (art. 52, IV): considerando o alto nível de isolamento do preso inserido no RDD, lhe é concedido o tempo de duas horas diárias para banho de sol, devidamente supervisionados. Ainda que não haja sol, o preso pode ser levado a outros

¹²³ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

locais, que não o pátio, dentro do presídio, como por exemplo, uma sala de leitura.¹²⁴

Na perspectiva de Bruno Menezes, o RDD,

[...] sustenta-se na falácia da defesa social, erigindo o apenado a “*inimigo número um*” da sociedade, pelo que mereceria tratamento desumano, degradante, instituído oficialmente pela anatematizada lei. Por meio de isolamento, limitação de visitas e diminuição dos horários de banhos de sol, o Estado “vinga” a sociedade de todos os problemas relacionados à criminalidade, segurança pública, inculcando nela — sociedade — um falso sentimento de segurança.¹²⁵ (grifo do autor).

O RDD não é uma modalidade de cumprimento de pena privativa de liberdade independente, ou seja, não se trata de uma outra modalidade dos regimes já existentes, quais sejam, o regime fechado, o semiaberto e o aberto. Trata-se de uma forma especial de cumprimento de pena, por meio da qual o preso é posto em uma cela individual, completamente isolado dos demais, com limitação de visita e horário para sair da cela. O RDD, assim, ora tem natureza de sanção disciplinar, ora tem natureza de medida cautelar.¹²⁶

Sobre o tema, é importante salientar que

o regime penitenciário ou prisional é a forma pela qual a pena determinada e especificada na sentença condenatória será executada, mediante as regras do regime fechado, semi-aberto ou aberto [...], efetivado pelo corpo de servidores que compõe a administração prisional, através da obediência às leis e aos regulamentos, sujeitando-se ao controle jurisdicional e à fiscalização do Ministério Público.

O regime disciplinar, por sua vez, é o conjunto de regras disciplinares a que se encontram sujeitos os presos submetidos a quaisquer dos regimes prisionais e objetiva a manutenção da ordem e da disciplina no interior dos estabelecimentos penitenciários, ficando, pois, a cargo do administrador prisional.¹²⁷

¹²⁴ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, não paginado.

¹²⁵ MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado – o “direito penal do inimigo” brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

¹²⁶ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, não paginado.

¹²⁷ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. RDD: regime penitenciário ou sanção disciplinar?. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 03 jan. 2008.

Nesse contexto, o RDD, enquanto sanção disciplinar, se caracteriza pela hipótese disposta no art. 52, caput, da Lei de Execução Penal nº 7.210/1984:¹²⁸

Art. 52. A **prática de fato previsto como crime doloso** constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado [...].¹²⁹ (grifo nosso).

Já enquanto medida cautelar, o regime em questão se caracteriza nas hipóteses dispostas nos §§ 1º e 2º do art. 52:¹³⁰

§1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que **apresentem alto risco** para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado **sob o qual recaiam fundadas suspeitas** de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.¹³¹ (grifo nosso).

Em uma análise do art. 52 e seus parágrafos, mencionados acima, Norberto Avena, refere que o RDD é destinado aos presos provisórios ou condenados que:

- a) praticarem fato definido como crime doloso, ocasionando com essa conduta, a subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, caput, da LEP): nessa hipótese, não basta somente a prática de crime doloso caracterizando uma falta grave, é preciso também que essa conduta gere uma perturbação ou tumulto da ordem ou disciplina da unidade prisional onde o preso esteja. Basicamente, é uma conduta que fere a normalidade da prisão, enquanto subversão ordem, ou que resulte no descumprimento ou inobservância das regras internas da administração prisional, enquanto subversão da disciplina interna. Ademais, cabe ressaltar que, para fins de

¹²⁸ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, não paginado.

¹²⁹ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

¹³⁰ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, não paginado.

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

inclusão no RDD, basta a prática do crime, não se exigindo condenação. Essa hipótese, exclui o preso estrangeiro;

- b) forem nacionais ou estrangeiros e apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º, da LEP): nessa hipótese, basta que o preso apresente alto risco para a ordem e a segurança do presídio ou da sociedade. Caracterizando-se, portanto, como uma medida cautelar, que objetiva uma prevenção e não uma punição pela falta grave praticada;
- c) sobre os quais, recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, da LEP): nessa hipótese, cabe salientar o seu caráter cautelar, que objetiva garantir o cumprimento da pena em condições seguras para o estabelecimento prisional, bem como, para a sociedade. Verifica-se que há exigência somente da suspeita fundada, sem considerar se há prova efetiva do envolvimento ou participação do preso em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Neste caso, a inclusão do preso no RDD, fica sob a análise do juiz, através das informações concretas que forem levadas ao seu conhecimento. Essa hipótese também exclui o preso estrangeiro.¹³²

Em face do exposto, indaga-se:

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com [...] dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável desesperança.¹³³

Também se questiona o RDD no que diz respeito à sua constitucionalidade. De um lado, há o entendimento de que ele é uma afronta aos princípios

¹³² AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, não paginado.

¹³³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 23 ago. 2004.

constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a garantia de que o preso não seja posto em situação desumana e degradante, e a humanidade das penas¹³⁴.

Por outro lado, há o entendimento que o RDD é constitucional, na medida em que não submete o preso a um mal físico e psíquico imposto de forma vexatória, sob a alegação de que ele não é posto em cela insalubre, escura ou sem ventilação, o que seria necessário para tal caracterização. Ademais, neste último entendimento, alega-se que o RDD se apresenta como medida proporcional para ser aplicada, considerando a gravidade da falta disciplinar em relação à medida punitiva, a qual seria uma garantia de ordem prisional e social contra o *risco* que os indivíduos representam.¹³⁵

Ocorre que, com a análise do art. 52 e seus §§ 1º e 2º, se evidencia que é possível que o preso seja “submetido a um esquema de isolamento completo, em cela individual, sem mais razões do que as que derivam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a haver com um Direito penal do fato e muito mais com um Direito penal do autor”.¹³⁶ Portanto, são características que se coadunam com a antecipação punitiva e com a figura do inimigo do Estado e sua periculosidade, típicas do Direito Penal do Inimigo, as quais foram abordadas no capítulo anterior.

Ademais, deve-se observar o fato de que

[...] “punir pelo risco em potencial”, sem atos concretos, também conduz, inexoravelmente, ao plano da punição pela cogitação, quando a prevenção geral se sobreporia ao princípio da culpabilidade e à prevenção especial, levando, sem escalas, ao Direito Penal de Autor. Do ponto de vista dos fins da pena, afirmamos a inexistência de qualquer objetivo ressocializador no RDD ou outro fim preventivo, exceto o preventivo especial negativo (inocuidade ou aniquilamento do indivíduo), e de mera retribuição [...]. **Roxin** traz a necessidade de que a norma, para que exista, não seja apenas legal, mas legítima, ou seja, que traga conteúdos de política criminal, sem o quê o Direito Penal poderá ser utilizado como uma ferramenta vazia e de efeitos criminógenos, prejudicando, ademais, o próprio princípio da dignidade. A consequência prática disso é, no dizer do catedrático

¹³⁴ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, não paginado.

¹³⁵ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, não paginado.

¹³⁶ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.4, n.14, p.139, 2004.

alemão **Günther Jakobs**, a existência de um Direito Penal para Cidadãos e de um Direito Penal para Inimigos.¹³⁷ (grifo do autor).

A mera suspeita de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando não deve ser justificativa para um tratamento diferenciado, até porque as restrições estão atreladas às classes de autores e não aos fatos. Evidentemente que há uma intenção em dificultar a vida dos condenados durante o cárcere, não exatamente em razão da infração cometida, mas sim porque são considerados sujeitos de risco, na análise dos responsáveis pelo controle penitenciário. Com isso, há um perigoso Direito Penal de autor caracterizado, uma vez que o fato praticado já não importa, mas sim a personalidade e características pessoais do autor do crime.

Com efeito, por meio do expansionismo penal, verifica-se um constante sentimento de medo criado na sociedade, o que resulta em reiteradas alterações na legislação penal, com o objetivo de confortar a sociedade, no sentido de que algo está sendo feito. Contudo, o resultado que se obtém é uma relativização cada vez maior das garantias fundamentais e a proliferação de mais violência.¹³⁸ Nesse contexto,

o que se está pretendendo fazer, desde a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado é colocar o preso como inimigo da sociedade. Assim, um Estado ausente na sua função de Estado-provedor se faz presente na função de Estado-ditador, Estado-tirano, Estado-autoritário, e restringe direitos e garantias constitucionais, porque não tem competência, ou vontade política, de desenvolver uma política de inclusão social, que busque assegurar ao preso a ressocialização, não dentro das masmorras, mas fora delas, assegurando-lhe um emprego, uma remuneração digna, assistência social, psicológica. Entretanto, política desta natureza não é de fácil implementação, não traz retorno eleitoral imediato. É necessário semear hoje para colher em dez, quinze anos. E esta paciência nossos governantes não têm. Até porque bradar em palanque o RDD dá mais votos do que trabalhar por uma sociedade mais justa, mais igualitária e mais inclusiva.¹³⁹

É preocupante a tendência à ruptura do princípio da igualdade em favor de uma aplicação penal diferenciada, constituída com base no perfil do autor e não no

¹³⁷ REGHELIN, Elisângela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

¹³⁸ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.4, n.14, p.139-140, 2004.

¹³⁹ MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado – o “direito penal do inimigo” brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

fato praticado. A fórmula de execução penal diferenciada que o RDD propõe, fundamentada nas características do autor e em meras suspeitas, não é mais do que uma manifestação Direito Penal do Inimigo, que exclui a condição de cidadão de determinados indivíduos, os quais possuem direitos iguais em relação aos demais. O RDD, assim, indica a distinção entre cidadãos e inimigos, representando uma afronta aos Direitos Fundamentais do homem.¹⁴⁰ É com este tema que se ocupa o tópico seguinte.

4.2 Análise Crítica do Regime Disciplinar Diferenciado à Luz dos Princípios Informadores do Processo Penal no Brasil

O Regime Disciplinar Diferenciado, foi recepcionado com aplausos pela mídia em geral. Inclusive, uma parcela das autoridades chegou a considerar que não seria uma medida suficiente para combater a criminalidade dentro das prisões. Essa medida impõe que o preso fique recolhido em cela solitária por 22 horas diárias, sendo permitido sair somente 2 horas por dia para banho de sol, podendo permanecer em tal situação por até 360 dias, e se repetir esse prazo até o limite de 1/6 da pena aplicada.¹⁴¹

Nesse sentido,

mais uma vez, utiliza-se de um meio absolutamente ineficaz para combater a criminalidade, cujas raízes, sabemos todos, está na desigualdade social que ainda reina no Brasil (apesar da esperança que ainda também nos resta). Efetivamente, nos últimos anos temos visto várias leis criminais serem apresentadas como um bálsamo para a questão da violência urbana e da segurança pública, muitas delas com vícios formais graves e, principalmente, outros de natureza substancial, inclusive com mácula escancarada à Constituição Federal.¹⁴²

Verifica-se que há muito tempo as autoridades públicas perderam o controle sobre aquilo que acontece dentro das prisões. Contudo, esse não é o caminho para recuperar o controle. A pena, ao menos no que se refere à sua programação legislativa, primordialmente deve ter um caráter reeducativo e regenerativo. Ocorre

¹⁴⁰ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.4, n.14, p.141, 2004.

¹⁴¹ DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 134 jan. 2004.

¹⁴² MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 23 ago. 2004.

que, manter alguém em solitária por 360 dias ou até 1/6 da pena, considerando que há a fixação de penas bem altas, o preso poderia ficar anos na solitária, o que, certamente, irá transformá-lo em alguém muito pior do que já era. Com efeito, o isolamento do preso por mais de um ano lhe causa problemas psicológicos, evidenciando-se, assim, o retrocesso da execução penal, e a violação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil, no art. 5º, inc. III, e inc. XLVII, alínea e, da Constituição Federal:¹⁴³

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

III - ninguém será submetido a tortura nem a **tratamento desumano ou degradante**; [...]

XLVII - não haverá penas: [...]

e) **cruéis**.¹⁴⁴ (grifo nosso).

Com uma análise das disposições constantes nos incisos do art. 5º da Constituição Federal, sob a perspectiva dos princípios, verifica-se que as restrições e limitações mencionadas acima, impostas ao preso sob o RDD, são manifestamente uma afronta ao princípio estruturante da *dignidade da pessoa humana*, porque não se coadunam com suas diretrizes, visto que ninguém deve ser submetido a tratamento desumano ou degradante (inciso III), nem a penas cruéis (inciso XLVII), tampouco o preso pode ter sua integridade física e/ou moral violada (inciso XLIX), proibições que vão de encontro com as características dispostas nos incisos I ao IV do art. 52 da Lei de Execução Penal, neste trabalho já apresentadas.¹⁴⁵

Nessa perspectiva, Carlos Isa entende que o RDD é

[...] o veículo de concepção onipotente e salvacionista que rompe as autonomias das dimensões humanas, operando como contravalor (dignidade da pessoa humana e liberdade) e com isso revela a miséria de nossa sociedade política. Tendo em mira a consecução dos objetivos traçados, qual seja, "ordem e segurança nos presídios", o legislador não se viu limitado pelos direitos que são resguardados

¹⁴³ DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 134 jan. 2004.

¹⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

¹⁴⁵ TOSCHI, Aline Seabra. Regime disciplinar diferenciado legislação antinômica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 129, ago. 2003.

constitucionalmente. A criação de tipos infracionais excessivamente abertos, com expressões equívocas que não podem ser empiricamente determinadas, já foi observada no período pré-moderno e moderno, em épocas nada afeiçoadas à supremacia do Direito. Por tais razões é possível concluir que o preço a ser pago pela democracia brasileira não vale o "benefício" oferecido pelo RDD que, para nós, representa a institucionalização do ódio e da vingança.¹⁴⁶

Quanto ao RDD sob à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, Leandro Barboza, refere que dito regime,

ao instituir o isolamento em cela surda pelo período de trezentos e sessenta dias, agride a **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, na medida em que impõe ao preso castigo físico e mental que aniquila por completo a sua personalidade, o seu caráter e sua própria vida. Revela-se ainda manifestamente antagônico ao **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, já que se constitui como verdadeiro instrumento que sacrifica fisicamente e mentalmente o encarcerado.¹⁴⁷ (grifo do autor).

O RDD, assim, promove uma verdadeira desordem em relação aos aspectos jurisdicionais, não se fundamentando na Constituição Federal e violando todos os princípios nela assegurados. Ao dispor, no seu § 2º (art. 52 da LEP), que um dos requisitos para o enquadramento do preso depende de “fundadas suspeitas”, isso colide frontalmente com o preceito constitucional da *presunção de inocência*.

Também afronta esse preceito o fato de o RDD ser aplicável ao preso provisório, o qual é presumidamente não culpado. Ademais, punir em razão de um possível risco, conforme dispõe seu § 1º (art. 52 da LEP), sem que tenha efetivamente ocorrido fatos, caracteriza uma punição por cogitação, sem observar o *princípio da culpabilidade*, evidenciando-se, assim, um Direito Penal do autor.¹⁴⁸

Nesse sentido, Rodrigo Roig, salienta que

[...] o princípio da presunção (estado) de inocência também é aplicável a pessoas já definitivamente condenadas, sobretudo quando estas são submetidas a processo administrativo em virtude

¹⁴⁶ ISA, Carlos Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado: o custo ultrapassa o benefício. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 141, ago. 2004.

¹⁴⁷ BARBOZA, Leandro de Oliveira. Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 25 nov. 2004.

¹⁴⁸ REGHELIN, Elisangela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

de acusação pela prática de falta disciplinar, durante a execução da pena.¹⁴⁹

A tutela do estado de inocência é aplicada a toda e qualquer pessoa, não se restringindo somente aos processos penais, sendo aplicada também ao processo administrativo sancionador.¹⁵⁰ Há uma crença na Justiça penal de que a pena privativa de liberdade, por si só, é suficiente para solucionar a questão da violência na sociedade, com caráter eminentemente simbólico e com leis cheias de vícios constitucionais, que contribuem para o aumento e a desproporcionalidade das penas.¹⁵¹

Nesse cenário, Leandro Barboza contextualiza o *princípio da proporcionalidade* no âmbito do RDD:

[...] no meio dessas infinidades de violações as normas constitucionais, o badalado **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE** não passou incólume pelo RDD, a mitigação dos direitos e bens protegidos pela Carta Magna, em nome do falacioso discurso da segurança social, é manifestamente desmedido, já que não resiste ao balanceamento de valores e interesses envolvidos, e mais, os seus resultados não legitimam a sua aplicação. Assim, a cláusula da **PROIBIÇÃO DO EXCESSO**, inserida dentro da concepção garantista do princípio da proporcionalidade, não foi observada pelo legislador da 10792/03, o que invalida a norma do regime disciplinar diferenciado ante a manifesta incompatibilidade com o texto constitucional.¹⁵² (grifo do autor).

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como adequação/conformidade, controla a relação de adequação entre a medida meio e resultado fim. A sua exigência não prejudica a adoção da medida, enquanto necessidade absoluta. Porém, enquanto necessidade relativa, prejudica a sua aplicação, tendo em vista que há uma análise se o legislador poderia ter adotado outra medida igualmente eficaz, porém, menos prejudicial ao indivíduo, e se há

¹⁴⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 82.

¹⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

¹⁵¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 23 ago. 2004.

¹⁵² BARBOZA, Leandro de Oliveira. Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 25 nov. 2004.

proporcionalidade entre as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.¹⁵³

Rodrigo Roig conceitua o princípio da proporcionalidade, referindo que ele é,

[...] na essência, um princípio corretor de iniquidades no âmbito da execução. Conjuga-se com a ideia de razoabilidade para evitar excessos e atrela-se ao princípio da isonomia para justificar a necessidade de tratamento equânime entre presos provisórios e condenados, nacionais e estrangeiros, pessoas submetidas a penas em sentido estrito e medidas de segurança.¹⁵⁴

Sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, a vigência do RDD representa a autorização para o terror individual e para a vingança privada. O terror decorre da excessiva intervenção penal do Estado, o que somente será solucionado quando os princípios comporem a base da atividade legislativa e houverem medidas efetivas de prevenção dos crimes, ao invés de somente puni-los. E, enquanto não houver uma prevenção, o mínimo que se espera é que as penas sejam proporcionais na sua forma de aplicação e em relação aos delitos.¹⁵⁵

Além de ser manifestamente inconstitucional, conforme procurou-se demonstrar até aqui, o RDD é desproporcional e conflitante com as Regras de Mandela, que assim dispõem:

Regra 43

1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, **devem ser proibidas**:

(a) Confinamento solitário indefinido;

(b) Confinamento solitário prolongado;

(c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada;

(d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso;

(e) Castigos coletivos.

2. Instrumentos de imobilização jamais devem ser utilizados como sanção a infrações disciplinares.

3. Sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restringido por um prazo limitado e quando for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

Regra 44

¹⁵³ TOSCHI, Aline Seabra. Regime disciplinar diferenciado legislação antinômica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 129, ago. 2003.

¹⁵⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85.

¹⁵⁵ TOSCHI, Aline Seabra. Regime disciplinar diferenciado legislação antinômica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 129, ago. 2003.

Para os objetivos destas Regras, o confinamento solitário refere-se ao confinamento do preso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo. O **confinamento solitário prolongado** refere-se ao confinamento solitário por **mais de 15 dias consecutivos**.¹⁵⁶ (grifo nosso).

Conforme o teor dos dispositivos acima, verifica-se que o RDD supera em muito o limite de dias em que o preso pode ficar em *confinamento solitário*, de acordo com as Regras de Mandela (Regra 44). Isso porque se admite o limite de até 15 dias, enquanto o RDD permite 360 dias de confinamento (art. 52, I, LEP), podendo inclusive se repetir tal período até o limite de 1/6 da pena, o que caracteriza um *confinamento solitário prolongado*, o que é vedado nas Regras de Mandela (Regra 43), ratificando a inconstitucionalidade do RDD, ora mencionada.¹⁵⁷

Nesse contexto, é importante destacar que:

A busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito. O princípio da humanidade é pano de fundo de todos os demais princípios penais, e se afirmar como obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo.

O princípio da humanidade encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem [...], nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos [...] e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU [...].¹⁵⁸

Sob uma análise da finalidade da pena, pode-se verificar que o RDD não aborda nenhum fim preventivo, tampouco ressocializador. Somente se evidenciam seus fins negativos, de inocuidade ou aniquilamento do indivíduo, e a mera retribuição como finalidade da pena. Para que a norma seja legítima, deve contemplar conteúdos de política criminal. Caso contrário, será um simples

¹⁵⁶ BRASIL. **Regras de Mandela**. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

¹⁵⁷ PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed., Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 19.

¹⁵⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

instrumento desprovido de efeitos criminógenos, colidindo com o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁹

Diante da análise crítica do RDD sob a luz dos princípios por ele mais violados no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que este regime reflete exatamente as diretrizes do Direito Penal do Inimigo, cuja finalidade objetiva é a exclusão seletiva de determinados indivíduos do meio social.

¹⁵⁹ REGHELIN, Elisangela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, pôde-se verificar a pretensão inocuidadora e retributiva do legislador ao introduzir o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 10.792/2003, no art. 52 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), afrontando a Convenção de Direitos Humanos e os princípios constitucionais e informadores do Direito Penal e Processual, tais como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a culpabilidade, a humanidade e proporcionalidade das penas.

Com a instituição de uma modalidade de pena cruel, o RDD é caracterizado pela eliminação do Inimigo do meio social, colocando-o em condições desumanas e degradantes, através do seu isolamento exacerbado, com limitações de visitas, desviando-se, portanto, do objetivo ressocializador da pena, considerando que há grandes probabilidades do preso sair da cela “solitária” psicologicamente abalado e sem condições de voltar ao meio social, tornando-se um sujeito despersonalizado, um mero Inimigo do Estado, o qual não é contemplado pelos princípios e garantias fundamentais, principalmente pela dignidade da pessoa humana.

Para o preso sob o RDD, resta somente um Direito Penal do Inimigo, que se resume à punibilidade, coação e guerra, tudo isso “em pleno” Estado Democrático de Direito, que, em tese, não admite o Direito Penal do Inimigo, porém, fica evidenciada a sua manifestação no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da instituição do RDD.

Por todo o exposto, verifica-se o quanto o processo de expansão do Direito Penal vem causando influências negativas na contemporaneidade. O Estado, através de sua gestão biopolítica na busca pelo controle social, permite a criação e alterações legislativas de forma simbólica, admitindo a flexibilização das garantias fundamentais e, por vezes, a sua supressão, como no caso do RDD, na tentativa de amenizar o sentimento de medo e insegurança de uma ilusória criminalidade, impregnados na sociedade pelos meios midiáticos. A atividade penal do Estado se tornou uma constante exceção, na qual o foco está sempre em apagar o fogo, ao invés de buscar aquilo que deu causa ao incêndio.

Definitivamente, o Regime Disciplinar Diferenciado “é o canto de sereia que terminou em pesadelo”.¹⁶⁰ De fato, no que diz respeito às finalidades declaradas – redução da criminalidade, combate ao crime organizado - ele tem se mostrado um absoluto insucesso. Por outro lado, no que diz respeito à finalidade sub-reptícia de inocuização seletiva do “inimigo”, o RDD tem demonstrado todo o seu êxito.

¹⁶⁰ REGHELIN, Elisangela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- ÁLVAREZ, Rogelio Barba. Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo. **Revista Criminología y Sociedad**, México, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://www.criminologiaysociedad.com.mx/wp-content/uploads/2017/12/Esbozo-Criminologico-sobre-el-Derecho-Penal-del-Enemigo.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.
- ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 167, out. 2006.
- AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico.
- BARBOZA, Leandro de Oliveira. Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 25 nov. 2004.
- BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BEM, Leonardo Schmitt de. O funcionalismo radical de Günther Jakobs. **Empório do Direito**, Florianópolis, 18 maio 2017. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/o-funcionalismo-radical-de-gunther-jakobs-1508244707>>. Acesso em: 04 nov. 2018.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Viña Del Mar, n. 8, p. 45-76, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- BRASIL. **Regras de Mandela**. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.4, n.14, p.137-145, 2004.

CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CHAVES JUNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Medellín, Colombia. v. 41, n. 114, p. 77-129, enero/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151422616003>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CONDE, Francisco Muñoz. De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo». **Revista penal**, La Rioja, n. 16, p. 123-137, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1202746>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. RDD: regime penitenciário ou sanção disciplinar?. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 03 jan. 2008.

CRESPO, Eduardo Demetrio. El "derecho penal del enemigo". Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. **Revista Quid Iuris**, México, v. 10, p. 83-114, ano 4. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17362/15571>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 163, jun. 2006.

DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 134 jan. 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 35, n. 103, p. 409-447, enero/abr. 2002. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303>>. Acesso em: 06 out. 2018.

DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. **Nuevo Foro Penal**, Medellín, n. 65, p. 92-119, 2003. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3831/3130>>. Acesso em: 17 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. IUS. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, Puebla, México, n. 19, p. 5-22, 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926001>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 11, p. 144-167, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28347>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

GANDHI, Mahatma. **[Frases e pensamentos]**. São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTEExNw/>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. El “Derecho penal del enemigo”: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación. **Revista Cenipec**, Mérida, n. 25, v. 1, p. 343-362, enero/dic. 2006. Disponível em: <<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/23565>>. Acesso em: 27 out 2018.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/07.pdf>>. Acesso em: 27 out 2018.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do império**. Trad. Clóvis Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

ISA, Carlos Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado: o custo ultrapassa o benefício. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 141, ago. 2004.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo: notas sobre um direito penal da exclusão**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

MARTÍN, Luis Gracia. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'". **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 07-02, p. 02:1-02:43, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado – o “direito penal do inimigo” brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. **Artigo IBCCRIM**, São Paulo, 23 ago. 2004.

NASCIMENTO, Lorena Lima. **Direito penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-Sistêmico Penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, ano 14, v. 15, n. 25, p. 123-135, jan./jun. 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/688>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed., Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 19.

REGHELIN, Elisangela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, nov. 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. McDonaldização do Processo Penal e analfabetos funcionais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/diario-classe-mcdonaldizacao-processo-penal-analfabetos-funcionais>>. Acesso em: 24 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampli. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

TOSCHI, Aline Seabra. Regime disciplinar diferenciado legislação antinômica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 129, ago. 2003.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. **Revista Política Criminal**, Talca, n. 3, A2, p. 1-18, 2007. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O “anjo da história” e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário?. **Revista IBCCRIM**, São Paulo, n. 140, p. 371-398, fev. 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 2043-2073, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314>>. Acesso em: 20 out. 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. A seletividade no sistema prisional brasileiro e a produção da vida nua (Homo Sacer). **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 15, n. 28, p. 2-45, 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/28350>>. Acesso em: 04 nov. 2018.