



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
COORDENAÇÃO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

SADART VIEIRA DA SILVA

A JUSTIÇA E O INIMIGO: ANTAGONISMO NA EXECUÇÃO DA PENA

**NATAL
2019**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
COORDENAÇÃO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

SADART VIEIRA DA SILVA

A JUSTIÇA E O INIMIGO: ANTAGONISMO NA EXECUÇÃO DA PENA

Trabalho de Conclusão de Curso
para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Beatriz
Ferreira Rebello.

**NATAL
2019**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Silva, Sadart Vieira da.
A Justiça e o inimigo: antagonismo na execução da pena /
Sadart Vieira da Silva. - 2019.
35f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do
Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas,
Departamento de Direito. Natal, RN, 2019.
Orientador: Prof^a Dr^a Ana Beatriz Ferreira Rebello.

1. Justiça Comunitarista - Monografia. 2. Direito Penal do
Inimigo - Monografia. 3. Lei de Execução Penal - RDD -
Monografia. I. Rebello, Ana Beatriz Ferreira. II. Universidade
Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca do CCSA CDU 343.1



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO

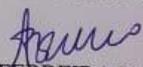


ATA DE DEFESA PÚBLICA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE
BACHARELADO EM DIREITO

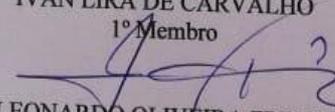
Aos 26 (vinte e seis) dias do mês de junho do ano de 2019, às 11h, no Auditório Varela Barca, foi instalada a Comissão Examinadora para a defesa oral e pública da monografia sob o título: “**A JUSTIÇA E O INIMIGO: ANTAGONISMO DA EXECUÇÃO DA PENA**”, como trabalho final de conclusão de curso, apresentado(a) pelo(a) aluno(a) **SADART VIEIRA DA SILVA**, matrícula nº 2010078412, ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito. A comissão examinadora foi presidida pelo(a) professor(a)/colaborador(a) **ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE**, matrícula nº 1693362, lotado(a) no DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO; 1º membro o(a) professor(a)/colaborador(a) **IVAN LIRA DE CARVALHO**, matrícula nº 1149575, lotado(a) no DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO; e o 2º membro o(a) professor(a)/colaborador(a) **LEONARDO OLIVEIRA FREIRE**, matrícula nº x.x.x, lotado(a) no Colaborador externo, integrantes da referida comissão que emitiu o seguinte parecer: Aprovado. A comissão examinadora após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia Aprovada. A comissão decidiu atribuir à menção _____ atribuindo a nota: 7,5.

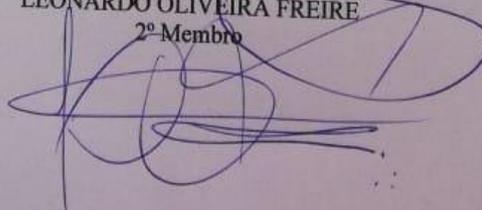
() O TCC é um trabalho de excelência e considero-o INDICADO a concorrer ao prêmio de melhor TCC do Curso neste semestre.

Comissão Examinadora


ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE
Presidente

IVAN LIRA DE CARVALHO
1º Membro


LEONARDO OLIVEIRA FREIRE
2º Membro



AGRADECIMENTOS

À Deus, ao Santo Anjo da Guarda, à minha família, aos amigos e colegas de curso que estiveram comigo nas inúmeras turmas durante esse longo período da graduação; à professora orientadora Ana Beatriz Ferreira Rebello, que me aceitou como orientando, apesar de minhas limitações de tempo e de conhecimento; aos leitores especialistas e especiais, professores Ivan Lira de Carvalho e Leonardo Oliveira Freire; à senhora Maria Aparecida dos Anjos Gomes da Silva, da coordenação do curso de Direito, que muito me ouviu, ajudou e fez para que eu concluísse o curso, e aos Coordenadores do Curso, pela atenção e paciência.

RESUMO

Os conceitos de justiça e de pessoa para aplicação do Direito, especificamente do Direito Penal, podem trazer à luz reflexões sobre como se concebe a justiça e como ela é compreendida nos dispositivos normativos do Direito. Discutimos, neste trabalho, o conceito de justiça comunitária e distributiva proposto especialmente por Michael Walzer, o conceito de pessoa compreendido na visão do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, e como tais conceitos e visões são transversalizados na Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/84), especialmente no Art. 52, que ficou conhecido como Regime Disciplinar Diferenciado. A proposta do trabalho é apresentar os conceitos de justiça comunitária e de pessoa como inimigo, em associação, para que se possa observar de que forma subsidiam ou lançam nuances compreensivas para a aplicação do RDD. Com isso, pretendemos observar que a proteção da comunidade, em seus bens de justiça, possibilita que, aquele que se coloca contra o bem social, possaser excluído ou colocado como um perigo para a sociedade, que pode aplicar medidas mais severas de contenção do “inimigo social”.

Palavras-chave: Justiça Comunitarista. Direito Penal do Inimigo. Lei de Execução Penal – RDD.

ABSTRACT

The concepts of justice and of the person for the application of Law, specifically of Criminal Law, can bring to light reflections on how justice is conceived and how it is understood in the normative provisions of Law. In this paper, we discuss the concept of community and distributive justice proposed especially by Michael Walzer, Günther Jakobs' concept of the person understood in the Criminal Law of the Enemy, and how these concepts and visions are mainstreamed in the Brazilian Penal Enforcement Law Law No. 7,210 / 84), especially in Article 52, which became known as the Differentiated Disciplinary Regime. The purpose of the paper is to present the concepts of community and individual justice as an enemy, in association, so that one can observe how they subsidize or introduce comprehensive nuances for the application of RDD. With this, we intend to observe that the protection of the community, in its judicial assets, allows that one who places himself against the social good, may be excluded or placed as a danger to society, which can apply more severe measures of containment of the " social enemy ".

Keywords: Community Justice. Criminal Law of the Enemy. Criminal Execution Law – RDD.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O INIMIGO: PESSOA X SOCIEDADE (COMUNIDADE)	12
3 A (DES)CONFIGURAÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA E A PESSOA NA JUSTIÇA COMUNITARISTA	15
4 OS REGIMES PUNITIVOS DA LEP E DO RDD	23
5 SOBRE A PENA CRIMINAL, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O RDD: PROTETORES OU DISTRIBUIDORES DA JUSTIÇA COMUNITARISTA	27
6 A JUSTIÇA COMUNITARISTA E O INIMIGO: ANTAGONIZAM-SE OS CONCEITOS?	31
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a configuração do conceito de Justiça Comunitarista e do conceito de pessoa, no Direito Penal do Inimigo, para tentar compreender a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no sistema jurídico constitucional-penal brasileiro.

Apropriamo-nos da concepção de Justiça Comunitarista, que tem como principal autor Michael Walzer (2003). Nessa teoria da justiça, a concepção de bem é o que define o Direito: é aquilo que é justo ou injusto socialmente distribuído. Não há como a aplicação ou distribuição da Justiça ou o Estado serem neutros, pois, como seria possível distribuir direitos sem levar em conta os bens dos indivíduos?

Não é possível vê os indivíduos isolados, devendo ser observados segundo a perspectiva da comunidade em que estão inseridos, uma vez que cada modo individual de vida é também determinado pela comunidade.

A partir dessa visão de justiça, pretendemos fazer uma associação e/ou contraposição à tese do Direito Penal do Inimigo, a partir das reflexões do jurisfilósofo Günther Jakobs (JAKOBS, 2008), especificamente sobre o conceito de pessoa que o Direito Penal do Inimigo adota.

O Direito Penal do Inimigo faz parte de uma visão funcional do Direito e também se apropria de um funcionalismo de sistemas segundo o qual a sociedade é quem gere e controla as normas e decide quem é o inimigo e o cidadão.

Com essas duas categorias teóricas (O conceito de Justiça Comunitarista, de Michael Walzer, e o Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs), analisaremos a eficácia e aplicação de penas/sanções mais rigorosas e restritivas de direitos em presos condenados por crimes hediondos ou realizados por organizações criminosas no sistema criminal e penitenciário brasileiro, a exemplo da implantação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), disposto no Artigo 52 da Lei de Execução Penal (LEP).

Procuraremos refletir se seria possível haver maior agravamento das penas/sanções criminais e restrições de direitos na execução penal para criminosos condenados por crimes hediondos ou feitos por organizações criminosas, sem ferir a dignidade da pessoa humana e conservar seus direitos constitucionalmente preservados.

O capítulo 2 apresenta de forma abrangente os conceitos de pessoa e de sociedade no Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs e na Justiça Comunitarista, em Michael Walzer. Estabelecemos a relação do que é pessoa em sua individualidade e em

sua participação na sociedade (comunidade), refletindo sobre as consequências teóricas da visão de Jakobs e Walzer desses conceitos.

No capítulo 3, aprofundamos a análise sobre a construção doutrinária e social, no Direito e na linguagem jurídica, do conceito de pessoa e sua definição restritiva no Direito Penal do Inimigo. Também descrevemos como a Justiça Comunitarista pode estabelecer meios protetivos para que os bens da justiça, como justiça e paz social, possam ser distribuídos às pessoas na comunidade.

O capítulo 4 discorre sobre os regimes punitivos que caracterizam a visão de aplicação da pena na Lei de Execução Penal (LEP), advinda da visão mais ampla do Direito Penal e mais específica do Artigo 52 da LEP, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Apresentamos o RDD como recurso sancionador acrescido na LEP para combater as ações de presos perigosos nas cadeias, sendo considerados, portanto, como ameaças à sociedade a até à convivência com outros presos. Tratamos da controvérsia constitucional de aplicação desse regime disciplinar e como ela foi abordada nos tribunais e na doutrina.

No capítulo 5, a abordagem sobre a pena criminal recai sobre a apresentação de algumas teorias da pena e a que foi adotada pelo sistema penal brasileiro. Analisamos a teoria da pena adotada pelo Direito Penal brasileiro que pode vir a justificar a adoção tanto da noção de Justiça Comunitarista como a de Direito Penal do Inimigo ao proteger a comunidade com a finalidade de distribuir os bens da justiça.

No capítulo 6, consolidamos nossa defesa de que os conceitos aparentemente antagônicos entre Justiça Comunitarista e Direito Penal do Inimigo, na verdade, se compatibilizam, por exemplo, no RDD, quando este, anunciando o perigo representado pelo preso mais perigoso, o afasta ou o segrega com punições mais rígidas em virtude dos bens de paz e justiça comunitária.

A questão da pesquisa ou hipótese que trazemos é: seria possível a compatibilidade conceitual e prática entre a aplicação da Justiça Comunitarista no Direito Penal, com a visão do Direito Penal do autor ou do Inimigo, para a justificativa de regimes penais/sancionadores mais rígidos e rigorosos para determinadas pessoas (presos perigosos)?

Tal hipótese pode ser analisada na aplicação do RDD, dispositivo mais severo para específicos presos considerados mais perigosos, derivando essa aplicação da

necessidade de proteger a comunidade para que ela possa ter os bens de justiça da paz social e da segurança garantidos ou protegidos pelo Estado.

O método empregado na análise tem como suporte o raciocínio hipotético-dedutivo, visto que partimos de uma hipótese para dedução de uma solução teórico-prática na compensação de um dado social e jurídico relevante como a justiça, a segurança pública e aplicação de um regime de execução penal.

Trabalhamos com a pesquisa bibliográfica na análise de teses jurídicas sobre Justiça Comunitarista, Direito Penal, pessoa, pena criminal, na leitura e análise de leis, doutrinas e autores representativos das teses aqui expostas. Com isso, procuramos apresentar as considerações finais sobre os assuntos e a ligação temática entre eles.

2 O INIMIGO: PESSOA X SOCIEDADE (COMUNIDADE)

Não podemos separar a pessoa e a sociedade/comunidade apenas em virtude das teorias ou conceituações sobre os temas em análise, mas também pela obviedade da observação da realidade que nos circunda. Por causa dessa não separação, mas sim da complementaridade, inter-relação entre pessoa e sociedade, analisamos essas categorias para compreender a figura do inimigo e como ele se opõe ou se aproxima/distancia, enquanto pessoa, da sociedade/comunidade.

Aos papéis das pessoas em comunidade se associam valores sociais, de caráter abstrato, e conceituações como a de pessoa como sujeito de direito ou como papel social, participante do funcionalismo sistêmico de Jakobs (2008, p. 127) quando afirma: “Nesses termos, o que chamamos de pessoa nada mais é do que feixe de papéis institucionalizados”. Tal percepção teórica valida a própria conceituação de pessoa vista em Jakobs e o uso desse conceito para a formulação do Direito Penal do Inimigo.

Quando esse autor anuncia que o inimigo é uma não-pessoa, podemos observar que tal afirmativa é plenamente justificável, embora alguns possam ficar constrangidos com tal afirmativa. Se levarmos em conta a construção valorativa de pessoa de que o autor se utiliza, essa é a mesma, com poucas variações doutrinárias, da qual a imensa maioria dos juristas se utiliza; desde aqueles mais formalistas, positivistas, contratualistas, até os interacionistas, ou da visão sistêmica, ou da visão tridimensional, ou da visão zetética do Direito.

O uso que Jakobs faz da definição de pessoa promove, na sua argumentação, a despersonalização a partir do sujeito de Direito, que não tem mais direitos, ou não atua mais em seu papel social esperado pela sociedade normada. Assim, a pessoa, nessa visão, é excluída enquanto pessoa, podendo ser uma não-pessoa, inimiga do mundo do Direito e do mundo social, passível de toda sorte de imputações repressivas, promovendo com este agora “indivíduo”, não mais pessoa, uma desconsideração da pessoa física, em analogia ao que ocorre com a pessoa jurídica.

Ora, vê-se nessa associação de ideias alguns sobressaltos conceituais e hermenêuticos: a pessoa humana, o indivíduo – pessoa não é a pessoa de direitos? A pessoa física, a de direitos, a de papéis institucionalizados, pode ser dissociada da pessoa humana, o indivíduo – pessoa? A pessoa torna-se um objeto a-jurídico? Seria um valor abstrato ou um princípio jurídico abstrato? A pessoa que não é de direitos, a

pessoa que não tem papéis sociais, ou estes lhe são negados ou extintos, passa a ser um nada jurídico? E o que é um nada jurídico?

Essas questões nos levam a pensar na confusão argumentativa e até teórica de se tentar fazer a separação entre pessoa física (de direitos, de papéis sociais) e a pessoa humana (o indivíduo-pessoa, da vida comezinha da sobrevivência).

A eminente confusão teórica pode incidir mesmo na complexa definição do que seria o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O que seria a pessoa humana desse princípio? Seria uma visão jurídica/sociológica/psicológica/moral/filosófica/religiosa? A pessoa humana, o indivíduo-pessoa confunde-se e separa-se da pessoa-física-jurídica de direitos, de papéis sociais que podem ser descartados e, por consequência, também sua dignidade seria um conceito jurídico igualmente descartável?

Poderia ser justificada, com a visão dissociativa semântica do conceito de pessoa, a tese do Direito Penal do Inimigo, como também, no mundo pragmático e concreto, a validação de algumas práticas que na sociedade causam embargos polêmicos, como o aborto, a pena de morte, a eutanásia, rigores na execução da pena. A dissociação da pessoa parece ser a percepção majoritária do Direito. Ocorrem na prática a dissociação do conceito de pessoa e sua instrumentalização pela ciência do Direito. A dissociação possibilita a separação conceitual do indivíduo-pessoa da utilização conceitual de pessoa de direitos.

Dado concreto é que isso realmente acontece, mas, questiona-se, se na realidade humana isso é possível e se na reflexão teórica é aceitável. Extingue-se a pessoa de direitos, não se extingue a pessoa humana, o indivíduo-pessoa, ou, extingue-se a pessoa de direitos, extingue-se o indivíduo-pessoa.

Pode-se, com essas reflexões sobre a extinção ou “desuso” social da pessoa, ocorrer incertezas jurídicas pela casuística, a partir da dissociação ou indissociação do conceito de pessoa. Haveria casos, como no trato com o inimigo, ou na decisão sobre pena de morte, por exemplo, em que se pode dissociar o conceito de pessoa, entre pessoa de direitos e papéis sociais e o indivíduo-pessoa.

Em outros casos, e por escolha valorativa e ideológica, pode-se indissocializar esse conceito, não ocorrendo a separação entre pessoa de direitos e a pessoa humana, na proteção da Dignidade da Pessoa Humana, por exemplo, ou em relação à proteção dos direitos humanos em comunidade, até o momento que esses princípios puderem ser ponderados ou descartados.

A pessoa em comunidade, para Michael Wazer e sua Justiça Comunitarista, está condicionada, ou melhor, atrelada aos bens da comunidade: a justiça distribui os bens em virtude dos significados que a comunidade produz ou aduz desses bens (WALZER, 2003, p. 6). É escolha ou decisão coletiva (social) a definição de métodos e procedimentos para que a Justiça e seus bens sejam efetivados na vida dos indivíduos. Percebe-se, na visão de Walzer (2003, p. 5), os condicionantes de pluralidade, diversificação de motivos e de adequações histórico-sociais para que a Justiça e seus bens sejam postos em comum:

Quero defender mais do que isso: que os princípios da justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.

O particularismo histórico e cultural produz as interpretações dos bens sociais. Estes são, portanto, definidos no momentos de bonança, ou de escassez de produtos, em tempos de guerra, ou de paz; de estabilidade do corpo social na segurança pública, ou na expansão da violência e desorganização dos mais simples direitos, como o de andar seguro nas ruas.

A sociedade está acuada e até encurralada, vive numa guerra não declarada pela violência desumana e endêmica, atingindo todas as classes sociais, suspendendo direitos, impedindo a livre circulação nas ruas das cidades; o medo que paralisa e generaliza a insegurança e sua percepção mais profunda de fragilidade e impotência.

Essa sociedade, mesmo fragilizada, ao identificar os promotores dessa violência e insegurança, da desordem social, uma vez processados, condenados, presos, e vivendo num regime de execução penal, alça-o à condição de inimigo para que não mais provoquem a quebra de distribuição dos bens sociais de liberdade, paz, tranquilidade e justiça penal.

Por causa da justiça distributiva, efeito e causa da Comunitarista, dos bens e sua proteção, a pessoa presa, especificamente a que apresenta perigo à comunidade, deve ou pode sofrer sanções mais severas para que os bens a serem comunitariamente percebidos sejam, eficazmente, pela barreira de proteção social, efetivados.

3 A (DES)CONFIGURAÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA E A PESSOA NA JUSTIÇA COMUNITARISTA

Como se configurou ou desconfigurou o conceito de pessoa na história social, histórica e na linguagem jurídica? Faremos uma breve contextualização desse conceito, ao trazermos a visão sócio-jurídica-funcional de Jakobs Gunther e ao percebermos o que é a Justiça Comunitarista, na perspectiva do conceito de pessoa que, conforme já discutimos, é e pode ser compreendido em seus papéis desempenhados na comunidade.

O vocábulo pessoa, antes de se estabelecer na dogmática jurídica, enfrentou um caminho histórico pelo reconhecimento na sociedade da necessidade de distribuir garantias, impor obrigações aos seres que compunham essa sociedade. Sociedade que estava se organizando e tornando-se complexa através de grupos antes vistos como objetos ou como não pessoas, como os negros, índios, povos vencidos, provenientes de culturas consideradas menores.

Com o Cristianismo, a ideia de pessoa associa-se a à própria visão do divino e seus valores vindos e criados por Deus: “A personificação do homem foi uma resposta à distinção, na Antiguidade, entre cidadão e escravos. Pessoas iguais perante Deus” (FERRAZ JR, 2008, p. 125). Apontou-se, desde então, para o que passa a ser construído na valorização do homem, na visão antropocêntrica de compreender e gerir o mundo em que vive e que o cerca.

Mesmo que se destaque, principalmente nas ciências políticas e sociais, a ideia de Estado enquanto mecanismo que propicia a gerência e convivência no mundo social, a pessoa é o centro do contrato social que alicerça o Estado, donde não há sociedade sem Estado, Estado sem contrato e contrato sem pactuantes; – estes revestidos cada vez mais de proteção social e jurídica quanto a sua condição de pessoa. Daí surgir com bastante destaque, mais contemporaneamente, a valorização do também superlativamente chamado super-princípio ou princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana.

Um aspecto a ser considerado é o que se refere à construção do vocábulo pessoa e seu uso no sistema jurídico. Depois da construção ética e histórica, sua constituição significativa passa pela consolidação de direitos humanos, sociais e políticos em todas as fases desde a antiguidade clássica ocidental, as revoluções e evoluções do gênero humano, suas conquistas tanto no aspecto político, na Revolução Francesa e nas lutas

pela independência de países colonizados, até a constitucionalização de direitos dos povos em suas conquistas sociais e de proteção à vida humana.

A palavra pessoa se reveste dessa sucessão de direitos, mas, antes, advém do significado da própria palavra que, no dizer de Miguel Reale:

Também a palavra “pessoa” guarda o segredo de seu significado. *Persona* era a máscara usada pelos artistas no teatro romano – do qual, por sinal, não participavam as mulheres – a fim de configurar e caracterizar os tipos ou “personagens” e, ao mesmo tempo, dar ressonância à voz (REALE, 2002, p. 231, grifo do autor).

Percebe-se que a utilização clássica vocábulo se baseia nos papéis que a pessoa, que se reveste da *persona*, assume e atua. Conforme Ferraz Jr. (2008, p. 126): “A ideia de pessoa passa pelo papel social [...] o mesmo indivíduo representa vários papéis”. No dizer de Reale (2002, p. 231), sobre essa posição de que a pessoa adquiriu frente ao que o ser é em sociedade:

[...] a “pessoa” é a dimensão ou veste social do homem, aquilo que o distingue e o “representa” e projeta na sociedade, para que ele possa ser, de maneira autônoma, o que corresponde às virtualidades de seu ser individual. Pessoa é, por outras palavras, a dimensão atributiva do ser humano, ou seja, a qualificação do indivíduo como ser social enquanto se afirmar e se correlaciona no seio da convivência através de laços éticos-jurídicos [...].

Nota-se, desde os conceitos mais filosóficos e seus usos sócio-históricos, que pessoa e seu significado são compreendidos em um sentido plural, que, mesmo designando um ser, seu valor é *atributivo* ou *qualificador* de papéis ou virtualidades que o definem na sociedade.

Quando se encontra o significado não jurídico para um termo que será utilizado no sistema vocabular jurídico, analisa-se, em princípio, qual concepção de língua/linguagem temos na utilização desse termo e se o gênero textual, enunciado normativo, suporta tal concepção. Os estudos linguísticos, classicamente, definem que há basicamente três concepções: língua como expressão do pensamento, como estrutura e como prática social de interação dialógica.

Compreendendo a língua como expressão do pensamento, os elementos linguísticos podiam ser decodificados e estudados num *corpus* definido, sem

interferência alguma e sem sofrer influências externas: seria a expressão pura e simples do pensamento do falante sobre as coisas nominadas.

Ferraz Jr. (2008, p. 12) define essa concepção como essencialista, em que a língua define a realidade: “[...], uma só definição válida para uma palavra, obtida por meio de processos intelectuais, [...]”. Nessa visão há autores jurídicos que acreditam: “[...] no que se refere aos objetos jurídicos, a possibilidade de definições reais, isto é, a ideia de que a definição de um termo deve refletir, por palavras, a coisa referida (FERRAZ JR.: 13)”.

Outra concepção de linguagem é a que a concebe como um sistema de regras que fazem parte de uma estrutura reproduzível e previsível quanto ao uso e à construção dela própria. Daí pode decorrer uma visão ou concepção convencionalista, que compreende a língua como um sistema de signos cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos nomes, arbítrio é o uso, social ou técnico, da palavra (FERRAZ JR., 2008, p. 13).

Por fim, tem-se uma terceira concepção que compreende a língua não mais como um uso puramente técnico – linguístico – funcional, mas como interacional, mais dialógica, numa visão associada ao filósofo da linguagem Mikhail Bakhtin (BAKHTIN, 1992). Percebendo a língua como fruto do trabalho dos interlocutores que se inter-relacionam na construção da própria língua, num ambiente de interlocução e interação.

Obviamente, aqui não se trata de explorar o aspecto puramente linguístico do substantivo pessoa, mas compreender que tal vocábulo numa visão linguística, incorporada à linguagem jurídica ao se nutrir da língua natural, já também codificada e socialmente construída, tal qual o discurso jurídico, carrega consigo uma visão enquanto convenção puramente estrutural, enquanto convenção que se organiza num sistema arbitrário e consegue validação, ou enquanto construção de interações sociais e subjetivas.

Pode-se observar, na construção de conceitos jurídicos, uma visão mais estrutural, em que conceitos são associados ao elemento que visam tutelar. Podemos exemplificar com termos que surgem no ramo do direito civil, como *propriedade*, *domicílio*, *bens móveis*, *imóveis*, nos quais os conceitos linguísticos definem a coisa natural e a coisa pretende-se conformar a esses termos.

Outro uso é o associado à visão de língua, enquanto definição, não se refere à coisa ou objetos naturais, mas à significações atribuíveis ou não atribuíveis às coisas, estados ou situações. Eros Grau (2006, p. 224) concebe a linguagem jurídica como

conjunto de símbolos convencionais e por ser convencionais, Grau chega a afirmar: “Assim, ambiguidade e imprecisão são marcas características da linguagem jurídica”.

Na visão do autor (2006), a definição jurídica é a explicitação do termo, de seu aspecto semântico, e não deve ser confundido por ele. Mesmo essa definição, a partir do significado e da visão de língua como convenção, é arbitrária, subjaz à linguagem jurídica. “Daí porque a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa” (CARRIÓ, 1990 apud GRAU, 2006, p. 224).

Mesmo assim, a linguagem jurídica e seus sentidos nos usos de palavras e expressões, ainda que ambíguas e imprecisas, pode manter uma significação que é aceita pelo sistema jurídico, pela própria determinação desse sistema. De acordo com Grau (2006, p. 226): “Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer dizer que não tenham elas significação determinável”.

A definição de pessoa na linguagem jurídica, portanto, pode partir da acepção linguístico-jurídica, estrutural/essencialista em que a significação está diretamente associada ao seu elemento definidor, no qual o conceito é a coisa e a coisa é o conceito.

Ou pode, a pessoa, ser associada a uma significação determinável, mesmo arbitrária, que se valida ou consolida na atuação social e interacional. Se sua construção for dialógica e progressiva, pode ocorrer uma possível dissociação do conceito em relação à coisa e da coisa em relação ao conceito?

Assim, em síntese, o conceito de pessoa no uso jurídico pode estabelecer para cada significação consequências teóricas e práticas do uso semântico, que, em virtude do espaço, brevemente serão expostas numa exemplificação já anunciada quanto à teoria do Direito Penal do Inimigo.

A concepção de pessoa está associada à sujeito de direito, como afirmam alguns doutrinadores (FERRAZ JR., 2008; REALE, 2002), em que este sujeito exerce papéis sociais, tais papéis podem ser inclusivos e excludentes. Passa a figurar como ser capaz, a pessoa nessa concepção, de estar ou não nas possibilidades de direitos que se lhe apresentam no mundo objetivo. Como o conceito linguístico de pessoa já analisado, e sua inclusão enquanto conceito na linguagem jurídica pode demandar consequências doutrinárias e práticas, observaremos e poderemos compreender porque esse conceito é importante para entender e apreender a tese do Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo, em formulação sintetizada, apresenta a figura do inimigo como um ser que deve ser punido à revelia de sua condição de cidadão. Ou melhor, o inimigo não é um cidadão, é aquele que, voluntariamente, se coloca como

ameaça constante e consciente contra as normas jurídicas que todos os cidadãos devem seguir: “Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo” (JAKOBS, 2008, p. 22).

O Direito Penal do Inimigo faz parte de uma visão funcional do Direito e também se apropria de um funcionalismo de sistemas no qual a sociedade é quem gere e controla as normas e decide quem é o inimigo e o cidadão. Ou, na distinção feita por Moreira e Oliveira (2008, p xix), na introdução do livro *Direito Penal do Inimigo*: “Denomina-se funcionalismo sistêmico, portanto, a organização normativa de determinada sociedade, compreendida a partir de si mesma, isto é, a partir de sua configuração concreta”.

Ao definir o inimigo, esse deve sofrer sanções de inimigo, não mais de pessoa, pois o inimigo, na visão de Jakobs (2008) é o delinquente contumaz e a sociedade tem de se proteger desses indivíduos. O Direito Penal do Inimigo combate perigos, o inimigo não é mais pessoa, mas um perigo para a sociedade:

Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança (JAKOBS, 2008, p. 17).

Para entender melhor quem se coloca como inimigo, trata-se de uma escolha social, portanto, temos, segundo o próprio autor (2008), para exemplificação: os chefes de quadrilhas organizadas, os terroristas, a pessoa que costumeira e deliberadamente pratica crimes hediondos, como genocídios. O inimigo escolhe ir contra as normas de convivência social, ele não é mais cidadão, decide excluir-se dessa condição, não é mais pessoa:

Assim, pois, [...]: todo aquele que promete fidelidade jurídica de forma ao menos relativamente confiável tem o direito de ser tratado como sujeito de Direito. Quem não faz essa promessa de forma credível será, tendencialmente, gerido por outrem; seus direitos serão subtraídos. Seus deveres permanecem ilimitados (ainda que, cognitivamente não se conte mais com o cumprimento dos deveres), caso contrário ele não seria criminoso por não existir uma violação do dever. Na medida em que lhe são subtraídos direitos, Ele não é tratado – por definição- como sujeito de direitos. Este é o núcleo das minhas exposições (JAKOBS, 2008, p. 39-40).

Sem querer esgotar a visão e as referências que Jakobs (2008) realiza sobre o inimigo e a diferenciação que ele realiza entre o inimigo, o cidadão, sujeito de direitos, e o indivíduo; pode-se notar que o conceito de pessoa nessa linha de raciocínio acarreta uma sujeição jurídica em que a pessoa, chamamos de indivíduo-pessoa, perde sua condição de Pessoa de direitos sem perder sua natureza de pessoa humana, podendo ser excluída de direitos: “No conceito aqui apresentado, a definição de pessoa limita-se ao sujeito de *direito*”. Quem não é sujeito de direito chama-se “indivíduo” (JAKOBS, 2008, p. 73, grifo do autor).

Todavia, ainda segundo o autor (2008), só é atingido pela restrição de direito, se ele for Pessoa, na distinção entre pessoa formal e pessoa social, que reconhece o direito, mas não lhe presta obediência normativa.

Jakobs (2008, p. 89) delinea e aprofunda essa questão da não despersonalização do indivíduo, mas sim da distinção que há entre pessoa de direito e pessoa-indivíduo-social e a possibilidade de exclusão dessa pessoa, atribuindo a pecha de indivíduo que, no dizer desse autor, o outro direito, o do cidadão. Teremos um Direito Penal não mais endereçado a *pessoas*, mas sim a *indivíduos*, que devem ser estimulados a um determinado comportamento, neutralizados, se necessário, e, nos casos extremos, combatidos: o Direito Penal do Inimigo.

Nessas breves reflexões sobre o conceito de pessoa realizada na argumentação teórica de Jakobs (2008), vê-se a dissociabilidade jurídico-semântica que o autor realiza para justificar e constituir sua tese do Direito Penal do Inimigo. Observa-se com mais clareza as implicações não só teóricas, mas práticas no uso do Direito Penal, a partir dessa controvertida tese, alicerçada na construção semântica do conceito de pessoa.

Parece contraditório o conceito de pessoa associado a um conceito de Justiça que é comunitarista e distributivo, como o de Michael Walzer, mas a comunidade não é um grupo homogêneo ou de massa que não tem individualidades e particularidades. Walzer (2008) observa que deve analisar o indivíduo em relação aos grupos aos quais este indivíduo está vinculado, voluntariamente ou não.

A pessoa aqui associamos ao conceito já exposto, na visão de Walzer, apenas será valorada enquanto parte e portadora de direitos, caso seu grupo social também o seja. Dessa forma, é preciso que ocorra a intervenção do Estado para que grupos sociais mais fragilizados sejam fortalecidos e, conseqüentemente, grupos que estão à margem da lei e impeditivos de consolidação da justiça sejam enfraquecidos. Mesmo que para

isso devam ser construídos impedimentos penais e sociais que separem as pessoas que se colocam contra a sociedade: “Boas cercas geram sociedades justas” (WALZER, 2003, p. 438).

Falar em sistemas protetivos da comunidade numa visão comunitarista, necessariamente, não configura uma igualdade em todos os bens à disposição da comunidade, mas sim a diversidade que possa estabelecer a justiça na distribuição desses bens. Discriminar indivíduos em regimes ou leis penais, como o RDD ou o Direito Penal do Inimigo, com sanções e/ou penas subjacentes a esses regimes e leis, podem denotar critérios distributivos na aplicação de um bem da sociedade como a tranquilidade e a paz social.

Os bens sociais diferentes, como a segurança, a paz social, podem e devem, segundo Walzer (2003), ser distribuídos de formas diversas por razões e procedimentos distintos, conforme as diferentes esferas de aplicação da justiça: 1) os bens sociais distintos; 2) as razões sociais distintas; 3) os procedimentos distintos; 4) os agentes distributivos distintos, em que não só o Estado pode participar.

A percepção mais clara dessa visão de aplicação da justiça, no RDD, está estabelecida entre tipos de presos diferenciados: os mais perigosos, pertencentes a grupos de que trata o Direito Penal do Inimigo. A caracterização e distinção de tratamento na execução penal desses presos visa a proteção da sociedade, como preceitua a aplicação da Justiça Comunitarista em suas esferas 2, as razões sociais distintas, e 3, os procedimentos distintos.

Podemos perceber essas distinções entre presos expostas nas linhas finais do Artigo 52, que caracterizam o RDD:

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003) (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Na esfera 2, estabelecida pela Justiça Comunitarista, que especifica como forma de distribuir os bens de justiça a concordância com as razões sociais distintas,

percebemo-nas claramente no texto do RDD, quando distingue presos como alto risco para a ordem e a segurança das prisões e da sociedade.

Na esfera 3, quanto aos procedimentos distintos, notamos sua aplicação no RDD quando observamos a sujeição desses presos muito perigosos, por razões distintas de outros presos, como na caracterização no parágrafo segundo do Artigo 52 da LEP, caracterizando os presos perigosos distintivamente “(...) pelo envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

4 OS REGIMES PUNITIVOS DA LEP E DO RDD

A Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/84) (daqui em diante LEP) é dos diplomas normativos que mais causam repercussão social, entretanto é um dos menos conhecidos e estudados pelo direito. Como quase todo diploma legal no Brasil é de pouco conhecimento pela maioria da população. Há a característica de não só ser pouco conhecida pelo público em geral, quanto por muitos aplicadores do direito, inclusive da área penal.

Uma vez que esta lei determina como serão aplicadas as penas declaradas pelo direito penal, no processo de conhecimento e condenação, a LEP também determina e compreende a aplicação de prazos e de concessões e de reduções legais da pena em sua realização no sistema penitenciário.

A LEP é o dispositivo que estabelece as formas de cumprimento da pena, que, para muitos não é bem realizada ou é no mínimo muito flexível para o preso condenado. É na relação com o preso condenado que a LEP tem sua maior justificação e inclusive incompreensões.

A LEP é um texto normativo que se apresenta como uma lei não subsidiária de outras leis, mas um dispositivo judicial que necessita de outros institutos e outras instituições para que se consolide e se efetive de forma eficiente e eficaz, como por exemplo o sistema de repressão policial do Estado e o sistema penitenciário para que as execuções penais cumpram tudo o que está discriminado em seus comandos normativos.

Parece-nos que não se coloca como eficazes alguns cumprimentos dos determinantes legais previstos na Lei de Execução Penal, justamente por causa dessa dependência de outros institutos estatais, como se comprova pelas rebeliões frequentes em penitenciárias, assassinatos em massa como os ocorridos nos últimos anos nos presídios brasileiros; as péssimas condições físicas dessas mesmas penitenciárias, a soltura de presos perigosos, compreendida pela população como impunidade, sensação de que não há punições compatíveis com os crimes cometidos.

São incompreendidas ou consideradas não suficientes as condições de cumprimento integral e finalístico da pena, que não se considera castigo, no ambiente de execução penal brasileiro, notadamente pela determinação legal constitucional de proibição de trabalhos forçados, de pena perpétua, banimentos, penas cruéis, e pena de morte conforme art. 5º, XLVII, alíneas a, b, c, d, e.

Uma vez que a pena tem como base a possibilidade de reinserção, recuperação e afastamento do preso na/da sociedade quando este cumprir os prazos de sua condenação, os institutos de progressão e remição do tempo da pena necessitam de parâmetros mais objetivos e mais afeitos, e conforme clamor social, mais rigorosos para a satisfação social.

Aspecto a ser levado em conta é as finalidades da pena, quais sejam a reinserção e reintegração social e nessa nossa análise o afastamento preventivo do indivíduo perigoso da sociedade que ele agrediu e a coloca em constante perigo e convulsão social.

Como ciência que impõe normas e preceitos de caráter impositivo e regulador de atitudes esperadas pela sociedade, o direito penal aplica suas sanções com anterioridade e de forma repressiva e preventiva. Após o processo de conhecimento e condenação do acusado, segue-se a fase de execução penal com suas respectivas sanções. Na síntese de Bitencourt:

O Direito Penal apresenta, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes- penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. (BITENCOURT, 2012, p. 57).

Na fase de execução penal o texto legal orientador, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal (LEP), apresenta interpretação extensiva em pelo menos algumas garantias e possibilidades ao preso: a garantia do bem-estar do condenado, individualização da pena, assistência necessária dentro da prisão entre outras.

Tudo a partir da sentença condenatória, esta fase conforme Nucci: “Trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária (NUCCI, 2015, p. 32).

Aos presos condenados não se impõe restrições de desumanização ou perda de cidadania, por isso, mesmo aos presos são possíveis direitos e deveres que são também

assegurados aos cidadãos não encarcerados em prisões estatais, como o direito a vida digna, voto, educação e trabalho, desde que não restringidos pela sentença nem lei.

Estes direitos e deveres são expressamente determinados no Art. 3º, da LEP: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Também ampara tal determinação o Art. 38 do Código Penal: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

A LEP – Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/84) e suas atualizações e/ou acréscimos legislativos estabelece sistemas de progressão para o cumprimento dos regimes penais, parte-se da pena mais agravada que, com a progressão, vai se atenuando do regime de pena privativa de liberdade e sua contagem temporal, determinada no processo de conhecimento e condenação, até as chamadas liberdades vigiadas em regime aberto ou semiaberto, como também a redução da contagem temporal, a partir dos méritos e critérios previstos no art. 33, § 2º, do CP. Em caso de não cumprimento pelo apenado ou até de cometimento de faltas graves por este, o sistema prevê agravamento no cumprimento da pena.

Promovendo essa reflexão entre o que se teoriza ou se apresenta no sistema de leis penais e as práticas observadas nos territórios de execução penal, percebemos ainda as nuvens teóricas do Direito Penal do Inimigo no chamado Regime Disciplinar Diferenciado.

Esse Regime, adotado pelo sistema de política criminal, institui as penas diferenciadas para os crimes hediondos. O chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), apresenta, com sua orientação de rigidez executória, com viés claramente advindo do Direito Penal do Inimigo, disposições que contrapõe até a LEP ou modificando-a como ocorreu com o artigo 52 da Lei de Execuções Penais que foi alterado, determinando a aplicação do RDD caso haja práticas, por parte do detento, de fatos previstos como sendo crime doloso e que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna das prisões.

Quanto à sua constituição normativa o RDD pode ser compreendido sob duas formas de sanção: como uma sanção disciplinar (art. 52, caput), ou como medida cautelar (art. 52, § 1 e § 2). A sanção disciplinar é estabelecida quando o condenado comete fato entendido como crime doloso que ocasione a desordem e a indisciplina no presídio. Enquanto medida cautelar, quando o condenado apresenta alto risco para ordem e segurança da casa prisional, bem como para a sociedade, além das suspeitas

que recaiam sobre um possível envolvimento em organização ou associação criminosa (art. 288 do CP).

Exatamente é nessa medida cautelar que há alguns embaraços doutrinários quanto a possível inconstitucionalidade do regime, o que já fora declarado constitucional por alguns julgados, e a associação com os preceitos do Direito Penal do Inimigo.

5 SOBRE A PENA CRIMINAL, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O RDD: PROTETORES OU DISTRIBUIDORES DA JUSTIÇA COMUNITARISTA

Será preciso estabelecer, por causa das intenções da Justiça Comunitarista estabelece enquanto distribuidora e protetora dos bens da justiça, uma breve análise de algumas teorias e reflexões sobre o histórico de entendimento acerca da natureza da pena criminal.

Segundo algumas linhas históricas e doutrinárias do Direito Penal, há basicamente três teorias sobre a pena: Teoria Absoluta e finalidade retributiva (retribucionista), que se baseia na função da pena enquanto resposta ao mal causado pelo criminoso, como se fosse uma vingança pelo mal cometido.

Teoria relativa (utilitarista ou preventiva), segundo a qual a pena é compreendida como algo que possa evitar o cometimento do crime ou o cometimento reiterado de crimes, seria uma prevenção ao crime.

A Teoria Mista, eclética ou conciliatória, que seria a junção dessas duas compreensões anteriores. Ou seja, a pena seria punitiva, uma resposta ao crime, mas também tem caráter preventivo e socializante, para tanto evitar, como também educar o criminoso a não cometer mais crimes.

A partir dessas teorias sobre a pena, principalmente levando-se em conta a que o sistema penal brasileiro adota, a eclética, podemos listar algumas finalidades que ficam evidenciadas no processo de execução da pena: a pena teria caráter preventivo em geral, baseia-se na pena em abstrato, na proteção da sociedade e na anterioridade do cometimento do crime; caráter preventivo em específico, atua sobre o crime já cometido; depois de sua prática, sobre o criminoso e pretende evitar a reincidência.

Há também um caráter retributivo, que se orienta para o criminoso, pretendendo retribuir o mal causado pelo crime cometido. Prevalece nesse caráter retributivo, a partir de algumas sanções ou penas adotados pela legislação penal e de execução penal, distante da posição teórica aceita na leitura e orientações do sistema penal brasileiro, a teoria elencada pela tese do Direito Penal do Inimigo, preconizada por Günther Jakobs.

O Direito Penal do Inimigo, como analisamos, apresenta a figura do Inimigo como um ser que deve ser punido à revelia de sua condição de cidadão. Ou melhor, o Inimigo não é um cidadão, é aquele que voluntariamente se coloca como ameaça constante e consciente contra as normas jurídicas que todos os Cidadãos devem seguir: “Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se

comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo” (JAKOBS, 2008, p. 22). A sociedade deve dar uma resposta ao mal causado pelo criminoso, excluindo-o ou restringindo e até retirando direitos.

Nessa visão de Jakobs, o preso em alguns casos, e a depender de alguns tipos de crime, como terrorismo, grupos de extermínio, estaria sujeito a um Direito de não garantias e a pena criminal traria um rigor punitivo que iria até o de não considerá-lo pessoa. Seria um castigo vingativo da sociedade frente ao ser que não é considerado cidadão.

Essa visão de Direito Penal do autor, a do Direito Penal do Inimigo, e, conseqüentemente, a pena criminal advinda dessa visão, não parece distante da prática da administração da pena na Execução penal brasileira. Refletindo sobre as situações encontradas nas prisões brasileiras com situações de superlotação, condições subumanas e até pela política criminal, percebemos uma prática executória que se amolda a essa teoria do inimigo.

Entre outros procedimentos do RDD, o que parece se assemelhar a essa distinção na separação e isolamento do inimigo é o que considera que o condenado não necessita cometer o crime doloso tipificado no Código Penal, basta que o apenado apresente alto risco à segurança da casa prisional ou da sociedade, evidenciando a natureza cautelar da medida. É o que podemos observar da leitura pura e simples do art. 52 da LEP¹.

Pensa de maneira diversa, não só em relação à caráter da pena criminal quanto especialmente na aplicação do RDD, o jurista Luiz Flávio Gomes (2006), em seu artigo “RDD e Regime de Segurança Máxima”, quando afirma:

¹ Das Faltas Disciplinares

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: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

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; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

O Estado constitucional, democrático e garantista de Direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado (GOMES, 2019).

Os que afirmam ser esse regime inconstitucional por diversos motivos, como a rígida aplicação da pena, as dificuldades para a progressão do regime, a visão de castigo, pelo isolamento e restrições dentro do presídio, não amparadas pela Constituição, também afirmam ser o RDD uma sobre-pena ou dupla pena, incorrendo no princípio do *non bis in idem*.

Atestam os contrários ao RDD que, perante os dispositivos Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, assim como as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, é regime que valida penas cruéis, como isolamento e restrições de direitos na progressão e no próprio cumprimento da pena.

Entretanto, os defensores da constitucionalidade do RDD sublinham que os comandos não são pena criminal, mas são reconhecidos como sanções administrativas da execução da pena, o que não se pode falar de dupla pena. Para Mirabete (2012, p. 149), trata-se de “ (...) novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior”.

Quanto a não individualização da pena que o RDD pode mitigar ou não e os direitos de progressão e execução da pena, para além de outras discussões, o STJ, no HABEAS CORPUS: HC 40300 RJ 2004/0176564-4, acerca dos princípios fundamentais garantidos na Constituição Federal, é exemplar na tese de que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado para restringir esses direitos:

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

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

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n. 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional - liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos - e, também, no meio social. 5. Ordem denegada. (grifos nossos). (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4º REGIÃO. Decisão Monocrática, Relator Néfi Cordeiro, Classe: HC – Habeas Corpus, Processo HC processo 2006.04.00.034761-0, UF: RS, Data da Decisão: 3010/2006, Órgão Julgador 7ª Turma. Fonte: DJU. Data: 7.11.2006, p. 428/429, acesso em 10 de junho, grifos do autor).

Notamos, nessa decisão e em sua linha argumentativa, a consagração do princípio da proporcionalidade para prover a proteção da ordem pública e da necessidade de segurança (comunitária) dos estabelecimentos penais. Dessa forma, temos, na defesa da constitucionalidade e da aplicação do RDD, em primazia, a proteção da comunidade a partir de uma distribuição comunitária dos bens da justiça, em favor de uma possível redução de direitos de pessoa presa.

6 A JUSTIÇA COMUNITARISTA E O INIMIGO: ANTAGONIZAM-SE OS CONCEITOS?

Pela teoria do Direito Penal do Inimigo e com a ideia de Justiça preconizada em Michael Walzer, que parecem abarcar o funcionalismo sistêmico do Direito, com a experiência atual do RDD, seria possível adotar maior rigor – como também justificá-lo – nas penas criminais e na execução penal no Brasil? O que pode causar algum embaraço teórico e prático seria a possível violação da dignidade da pessoa humana desses presos, que poderia ser mitigada ou flexibilizada.

Compreende-se, nessa distribuição dos bens sociais, a distinção ou diferenciação que deve ser dada ao se aplicar a justiça por razões e procedimentos diversos à sociedade e seus membros, também diversos, levando em conta o bem da comunidade.

Analisar a possibilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo em criminosos condenados por crimes hediondos ou feitos por organizações criminosas, especialmente no que se refere à execução penal, parece, à vista da prática e da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, uma contingência adotada pelo atual sistema penal executório. Claramente, temos uma diferenciação entre presos e sua vida carcerária.

Essa diferenciação é fruto exatamente da consideração legislativa de que há presos mais perigosos que outros (o que é uma verdade simplória). Tais presos são, por isso, não só condenados nas normas específicas do Direito Penal e de seus crimes, mas no momento em que este é colocado no sistema penal.

A ineficácia da aplicação executória das penas e procedimentos de execução das penas mais rigorosos no sistema penal e penitenciário brasileiro criou um regime que procura, na aplicação da justiça, que proteja a comunidade, ser mais assertivo, não no Direito Penal, mas na sua execução. E por isso antagonizou a noção dos presos de acordo com sua condição de cometer mais crimes violentos ou em serem e representarem maior risco para a comunidade como extremamente perigosos e inimigos dessa comunidade.

O inimigo, na visão de Jakobs (2008), escolhe ir contra as normas de convivência social, ele não é mais cidadão, decide excluir-se dessa condição, não é mais pessoa. Colocando-se nessa perspectiva, de um ponto de vista funcional do Direito em associação ou contraposição às diferentes esferas de aplicação da justiça em Walzer (2003).

O preso considerado como inimigo está excluído da convivência comunitária na sociedade, pelo menos no momento em que é introduzido no sistema penal, mas, em virtude de sua capacidade de liderança, de comunicação com os seus ordenados no mundo do crime, ainda representa um perigo à sociedade, por isso é excluído até das condições de convivência e vivência com e como os outros presos.

O processo de execução da pena parece ser de atribuir a todos os presos uma igualdade de acordo com o que fora atribuído na condenação. Mas a pena é individual e sua execução por lógica também o é. Sobre o conceito de igualdade na concepção de Justiça Comunitarista, afirma Walzer (2003, p. 21):

A igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediada por bens que criamos, compartilhamos e divididos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais.

Com isso, na construção e aplicação do RDD, em virtude do bem-estar da comunidade e de sua segurança, percebeu-se a necessidade de se adotar medidas – sanções – mais rigorosas na aplicação e na execução das penas criminais em crimes considerados hediondos ou realizados por organizações criminosas no sistema penal e penitenciário brasileiro.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme podemos apresentar, observamos que, na compreensão sobre a Justiça distributiva, comunitarista, em Michael Walzer, aos bens sociais que devem ser dados aos indivíduos, prevalecem as decisões que melhor distribuem a Justiça e esses bens na medida de estabelecer a consolidação do bem social comum.

Para que isso ocorra, é preciso ter um conceito de pessoa que, no caso de nossa análise, associa-se com a sua utilização e utilidade social. Pode ser considerada como pessoa de direitos ou não aquele indivíduo que se conforma, forma ou que “desconforma” ou “contraforma” à sociedade/comunidade na qual está inserido.

O Direito Penal do Inimigo em sua concepção de proteção à sociedade, em seu cerne, defende, ao mitigar e até excluir direitos, afastar o inimigo, Não-pessoa, que pode prejudicar o corpo social. Esses conceitos e ideias perpassam, mesmo que de forma transversal, a Lei de Execução Penal, especificamente no implemento do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.

À consolidação e aceitação das sanções previstas no RDD se associam mais recentemente, nesses meses iniciais de 2019, o clamor social e governamental pela dureza e eficácia na aplicação de leis e normas e um incisivo e desejado combate ao crime organizado e à violência que traga vidas e traz insegurança em todos os lugares do país.

Surgem, portanto, nesses tempos, projetos de leis, modificações no Estatuto do Desarmamento, proposta para alteração em pontos delicados nas legislações, tais como o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Crimes Hediondos, Código Eleitoral e Lei de Execução Penal, no chamado projeto de Lei Anticrime levado à votação pelo Governo Federal.

Tais alterações, propostas de maior punição e rigor na aplicação, são frutos da necessidade social para que a justiça possa ser sentida e percebida pela comunidade. Não se pretende dizer ou defender que o conceito de Justiça Comunitarista valida ou proporciona essas decisões de rigor penal ou a existência do Direito Penal do Inimigo ou do RDD.

Apresentamos reflexões de que, em nome de um conceito comunitarista de justiça, ou quem sabe de outro, pode revelar ou justificar conceitos que aparentemente são antagônicos, mas cujos objetivos finalísticos se assemelham, como o de proteger a sociedade ou de gerar paz social.

Dessa forma, a partir de explicitações teóricas e de análises dos conceitos de pessoa e justiça comunitarista, do RDD e de aspectos doutrinários realizados, propomos que a hipótese levantada neste trabalho é possível. É possível uma compatibilidade conceitual e prática entre a aplicação da Justiça Comunitarista no Direito Penal com a visão do Direito Penal do autor ou do Inimigo, para justificar regimes penais/sancionadores mais rígidos e rigorosos para determinadas pessoas (presos perigosos), como o RDD.

REFERÊNCIAS

- BAKHTIN, Mikhail M. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte Geral 1.
- BRASIL.Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. RDD e regime de segurança máxima. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1205, 19 out. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9061/rdd-e-regime-de-seguranca-maxima> Acesso em: 05 jun. 2019.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação ao direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Org. e Introd. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Lei de execuções penais**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Modernidade e direito penal. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (Org.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. São Paulo: JusPodvim, 2015.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.