

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LUCAS VINICIO REIS DA SILVA

A LEI COMO ARMA DE GUERRA: efeitos do lawfare sobre o regime disciplinar
diferenciado

BELÉM
2022

LUCAS VINICIO REIS DA SILVA

A LEI COMO ARMA DE GUERRA: efeitos do lawfare sobre o regime disciplinar diferenciado

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Neves Lima Filho

BELÉM
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

S856l Silva, Lucas Vinício Reis da.

A lei como arma de guerra : os efeitos do lawfare sobre o regime disciplinar diferenciado / Lucas Vinício Reis da Silva – Belém, 2022.

23p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Neves Lima Filho.

1. Lei de execução penal. 2. Direito penal. I. Lima Filho, Eduardo Neves (orient.). II. Título.

CDD 341.5

LUCAS VINICIO REIS DA SILVA

A LEI COMO ARMA DE GUERRA: efeitos do lawfare sobre o regime disciplinar diferenciado

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Neves Lima Filho

Data de aprovação: ____/____/____

Conceito:

Banca Examinadora:

Prof. Me. EDUARDO NEVES LIMA FILHO - Orientador

Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Nome com titulação
Instituição a que pertence

Nome com titulação
Instituição a que pertence

A LEI COMO ARMA DE GUERRA: EFEITOS DO *LAWFARE* SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

LAW AS A WEAPON OF WAR: EFFECTS OF *LAWFARE* ON THE DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME

Lucas Vinicio Reis da Silva¹
Eduardo Neves Lima Filho²

RESUMO

A Lei, símbolo do Regime Democrático, é cada vez mais criticada, principalmente após o avanço dos estudos sobre o *lawfare*, a utilização da norma como arma de guerra, para silenciar ou neutralizar o inimigo. Assim, Charles Dunlap Jr e David Luban debatem os efeitos desse instituto nefasto, partindo do pressuposto da legislação em sentido amplo. Todavia, o cerne do debate recai precisamente na utilização do *lawfare* no cenário legislativo, com a promulgação de tipos penais mais severos e abstratos, conforme os ensinamentos de Santoro e Castelo Branco. Logo, busca-se investigar, por meio da revisão bibliográfica, se o endurecimento do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), pelo pacote anticrime, que permitiu sua decretação mesmo sem o cometimento de falta grave, seria oriundo do *lawfare*. Por fim, compreende-se que as alterações no RDD são efeitos do *lawfare* legiferante, mesmo sem um adversário pré-definido, que posteriormente facilitará a atuação indiscriminada dos juízes no caso concreto.

Palavras-chave: *lawfare*, regime disciplinar diferenciado, lei de execução penal.

ABSTRACT

The Law, symbol of the Democratic Regime, is increasingly criticized, especially after the advancement of studies on *lawfare*, the use of the norm as a weapon of war, to silence or neutralize the enemy. Thus, Charles Dunlap Jr and David Luban discuss the effects of this nefarious institute, based on the assumption of legislation in a broad sense. However, the core of the debate lies precisely in the use of *lawfare* in the legislative scenario, with the enactment of more severe and abstract criminal types, according to the teachings of Santoro and Castelo Branco. Therefore, we seek to investigate, through a bibliographic review, whether the hardening of the Differentiated Disciplinary Regime (RDD), by the anti-crime package, which allowed its decree even without the commission of serious misconduct, would come from *lawfare*. Finally, we understand that the changes in the RDD are effects of *lawfare*, even without a pre-defined opponent, which will later facilitate the indiscriminate action of judges in the specific case.

Keywords: *lawfare*, differentiated disciplinary regime, criminal enforcement law.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduando no curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

² Doutor em Direito na linha de pesquisa Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

A Lei, compreendida como manifestação da vontade geral, possui importante papel no Estado Democrático de Direito, já que as balizas da legalidade permitem que prerrogativas individuais e a Ordem Jurídica possuam estabilidade. Todavia, tal instrumento de proteção do indivíduo contra os excessos estatais vem sendo acusado de também legitimar a perseguição dos considerados "inimigos", porém, não mais em regimes conhecidos como autocráticos, mas em governos democráticos.

Nesse contexto, discute-se o instituto do *lawfare*, compreendido como a utilização da Lei como arma de guerra, mas não o sentido de guerra unicamente como conflito armado. Ademais, o termo apresenta algumas peculiaridades dependendo do sentido aplicado, mas cabe citar o seu alcance militar e sociológico. Charles Dunlap Jr (2001), responsável pela popularização do conceito em viés estratégico-militar, apresenta-o como um instrumento na guerra, ou seja, a Lei tentaria, a princípio, interromper o conflito armado, evitando o combate físico, trazendo-o para o cenário jurídico.

Nessa visão, o inimigo seria derrotado através da legislação empregada no caso concreto, com a utilização do direito como escusa para fins espúrios. Logo, a compreensão desse movimento é primordial para trazer ao debate os impactos do *lawfare*, afinal, há uma espécie de disfarce legal sobre esse instituto controverso, já que atos arbitrários são tratados como legais, haja vista que respeita a legalidade formal.

Além disso, a percepção geral do *lawfare* perpassa principalmente sobre uma visão judicial, por meio da aplicação da lei pelo juiz, mas o fenômeno permeia inúmeras camadas da legalidade, ou seja, é um movimento que não está restrito à esfera judicial, tanto que alcança o espaço legislativo.

Assim, é mister estudar em que medida a utilização da lei como arma de guerra corrói institutos jurídicos, aos tornarem cada vez mais severos e abstratos. Para tanto, analisa-se as modificações operadas pela Lei 13.964 de 2019, popularmente conhecida como “pacote anticrime”, no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), instituto previsto na Lei de Execução Penal - LEP (7.210/1984). Mas, o objetivo primordial tange à possibilidade do RDD ser decretado pelo juiz mesmo sem o cometimento de falta grave do apenado.

Desse modo, o objeto da pesquisa recai sobre o art. 52, § 1º, precisamente quanto aos incisos I e II, previsto na LEP, que em síntese permitem o interno ingressar no regime diferenciado apenas pelo seu estado de “periculosidade”. O dispositivo explicita como hipótese: o risco à ordem e segurança do estabelecimento prisional ou pelas suspeitas de participação em

organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, mesmo sem o cometimento de falta grave ou crime doloso no curso da execução.

Outrossim, a discussão quanto à constitucionalidade ou institucionalidade do regime disciplinar diferenciado não será amplamente debatida, mas este trabalho analisará brevemente a sua suposta incompatibilidade com os ditames constitucionais.

Por conseguinte, a pesquisa investiga se o endurecimento sancionado pelo pacote anticrime sobre o RDD pode ser fruto direto da política do *lawfare* legislativo. Assim, o trabalho não discutirá aprofundadamente o *lawfare* judicial, muito debatido após as controvérsias em torno da atuação do ex-juiz Sérgio Moro, pois o foco será a vertente legislativa da lei como arma de guerra. Dessa maneira, a seara legiferante, com a tipificação de tipos penais mais duros e abstratos, será o palco central da pesquisa.

O estudo, cabe frisar, considera o caráter controvertido do tema e a disputa das narrativas na sua análise. Intenta-se, então, estabelecer um recorte para averiguar em que ponto o *lawfare* utiliza instrumentos democráticos, no caso a Lei, como arma de guerra na perseguição de indivíduos sobre o prisma da aparente legalidade. Dado ao que fora apresentado, buscaremos limitar o alcance da palavra *lawfare*, indo além da definição militar, para posteriormente investigar seus supostos efeitos sobre o RDD.

Desse modo, parte-se da revisão bibliográfica de autores que discutem o tema, como Charles Dunlap, David Luban, John e Jean Comaroff. Cabe destacar que a perspectiva nacional do fenômeno terá como baliza a leitura de Eduardo Ramires Santoro e Thayara Silva Castelo Branco, que apresentam outras permeáveis da utilização da lei como arma de guerra, como o endurecimento de instrumentos processuais penais, ponto de suma relevância para esta pesquisa ao debater o *lawfare* legislativo.

Aliada à revisão bibliográfica e ao método hipotético dedutivo, busca-se compreender os efeitos do *lawfare* no ambiente supostamente democrático com a promulgação de alterações legislativas cada vez mais austeras e gerais.

2. DA LEI COMO ARMA GUERRA NA ESFERA MILITAR AO CAMPO JUDICIAL E LEGISLATIVO

O papel da Lei em Estados Democráticos é extremamente relevante, já que fixa as balizas do jogo democrático. O indivíduo, então, em um cenário de incerteza saberá que a ação é legítima quando a lei não proíbe-la. Ademais, mesmo em cenários mais conflitantes, a

legislação determina quais condutas são lícitas ou ilícitas, inclusive no cenário de violações de direitos, como a guerra.

A princípio, cabe frisar que a pesquisa compreenderá o instituto legal no sentido mais amplo da palavra, ou seja, a lei tratada será além do sentido meramente formal. Nesse contexto, a legislação pode evitar o combate direto entre os combatentes, antes mesmo de ser utilizada para limitar o que poderá ser abusivo na guerra, por meio da utilização do *lawfare*.

O significado do termo *lawfare* é basicamente "guerra jurídica", já que funde os termos *law* e *wafare*. Dunlap Jr (2001, p. 4), major aposentado do exército americano, partiu desse paradigma para discorrer sobre o tema, mesmo não sendo o primeiro, abordando o Direito como um elemento neutro, que poderia ser utilizado como instrumento de combate (TRACHTMAN, 2016). Dado ao seu contexto militar, Dunlap. Jr, não se preocupou em conceber uma visão mais ampla e política sobre o *lawfare*, mas esse recorte não inviabiliza a importância do seu estudo e sua contribuição para a pesquisa em tela.

Em algumas linhas, ao invés de adentrar em países, explodir prédios, matar militares e civis, a lei é utilizada como uma arma de guerra poderosa, já que é possível parar o conflito sem nem mesmo chegar ao embate físico. Por conseguinte, a guerra deixa de ser nas trincheiras para ser travada no campo jurídico.

Atualmente, as sanções à Rússia ganharam destaque midiático, que se iniciaram logo após a invasão dos russos à Ucrânia. O bloco europeu, então, diante da ofensiva militar chefiada por Vladimir Putin, vem impondo vários pacotes com penalidades à economia russa. Entre elas, podemos citar as restrições ao transporte marítimo russo, além da vedação de investimentos no setor de energia, importações de produtos siderúrgicos e bens de luxo.

Entretanto, não apenas a União Europeia aplicou restrições ao país, mas também outras nações vêm com sanções cada vez mais duras e os efeitos já são sentidos na economia do país. Como consequência, agências de classificação de risco, como a Fitch Ratings, já consideram o país como um sub-investimento e que potencialmente não conseguirá honrar suas dívidas (VALOR, 2021).

Assim, esses países tentam frear o avanço russo por meio da legislação internacional, mas com qual intenção? Mesmo que se trate de um contexto extremamente complexo, o objetivo, a princípio, é evitar o combate direto por meio de sanções econômicas, consoantes aos apontamentos de Charles Dunlap Jr. Estamos diante de uma demonstração do *lawfare*.

Todavia, Dunlap Jr (2001, p. 4), não aborda o *lawfare* como a solução para a guerra, muito menos como a cura para o combate "corpo a corpo", já que muitas vezes a utilização da lei como arma permite que inocentes arquem com o ônus da guerra. Ou seja, quando o bloco

européu sanciona a economia russa ou os EUA congelam ativos bancários, a população russa em geral é atingida pelas medidas. Assim sendo, mesmo que evite o combate físico, o *lawfare* não deixa de produzir mazelas, mas, aparentemente, torna a guerra, em nossos dizeres, mais “palatável”.

Desse modo, utilizada como arma, já que Dunlap Jr parte do pressuposto que a lei é um elemento neutro que ganha forma por quem a utiliza, é possível a obtenção de vantagens sem o conflito no campo de batalha. Entretanto, mesmo que à primeira vista o *lawfare* possa ser confundido apenas como um instituto utilizado na guerra entre nações, ele consegue ser ainda mais amplo.

Com isso, percebemos que Dunlap propõe uma análise descritiva, dado o caráter instrumental do instituto ao frear o combate físico. Todavia, esse pressuposto é rechaçado por David Luban (2017, p. 3-4), pois a análise meramente descritiva de Dunlap Jr não é mais congruente com a urgência do tema.

Primeiramente, assim como Dunlap Jr, Luban explicita o *lawfare* sendo o uso da lei como a arma de guerra, mas critica o viés positivo que o autor empregou ao instituto, haja vista, que a acusação se tornou extremamente estigmatizada, isto é, a hipótese de ter utilizado de tal instituto mancha a imagem do Estado (LUBAN, 2017, p. 4). Em outras palavras, a análise descritiva do *lawfare*, a princípio, poderia ser neutra axiologicamente, contudo, no contexto vigente, não se trata mais de uma arma de guerra para impor sanções, mas sim um instituto perigoso que pode perseguir indiscriminadamente cidadãos.

A afirmação do autor vai ao encontro do viés negativo que o *lawfare* possui atualmente, já que uma prisão essencialmente ilegal, pelo vício na finalidade, pode ser tratada como se fosse legítima, pois seguiu o rito legal, qual seja: determinada por juízo competente, tratar de crime que permite a prisão, etc.

Nesse ínterim, Luban (2017, p. 4), acredita que a acusação da prática do *lawfare* pode ser dividida de dois modos: 1) aqueles que usam do *lawfare* estão jogando de modo covarde, e 2) “a acusação de *lawfare* implicitamente assume que os *lawriors* – os que praticam essa técnica – estão abusando da lei ao fazerem acusações sem fundamento de ilegalidade contra seus inimigos”.

A primeira acusação analisada por Luban trata de chamar de covardes aqueles que levam os inimigos aos tribunais, pois estariam fugindo da luta física, ou seja, o inimigo se esconde na lei em detrimento da bravura do combate. Ademais, a segunda acusação tange aos *lawriors* como oportunistas, pois chamam a atenção do mundo aos horrores cometido por um país ou indivíduo, que coincidentemente seria seu inimigo. O *lawfare*, nesse sentido, viola a

virtude marcial e a legal, a última quando politiza o Direito, esta uma preocupação do autor. Porém, o autor é inteiramente cético quanto ao que tange a neutralidade do Direito e da Política (2017, p. 5-6).

Com o posicionamento de Luban chegamos a um ponto crucial: a politização do discurso do *lawfare*. Aliás, na visão do autor a politização do Direito é um fato, mas deve existir equilíbrio, pois se ultrapassado determinado ponto, o Direito perde sua legitimidade. Ou seja, o Direito deve possuir uma politização mínima, mas não político-partidária.

A relevância da discussão é importante para delimitar o alcance do *lawfare*, seus efeitos e suas vítimas. Para tanto, é importante discorrer sobre a utilização da lei como instrumento de perseguição de indivíduos que se opõem ao grupo dominante vigente. Nesse sentido, ganha destaque o relatório elaborado pela Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH), sobre prisioneiros políticos da Geórgia entre os anos de 2007 a 2008, localizado na Europa oriental.

Na explanação dos oito casos analisados pela FIDH é possível averiguar certas semelhanças motivadas, principalmente, pela oposição política dos indivíduos presos ao governo do país. Prisões arbitrárias, altas penas, limitação da ampla defesa, rapidez exagerada, dentre outras, são exemplos expostos do caráter político das determinadas prisões (FIDH, 2009). Mas, é importante frisar um ponto que alguns casos o processo inicia-se aparentemente legítimo, mas logo se torna ilegal e desproporcional.

Além disso, mesmo que o trabalho da FIDH não fosse discutir o *lawfare*, é perceptível seus efeitos na esfera judicial, pois mesmo que as acusações possuíssem em alguns casos indícios de autoria e provas de materialidade, a celeridade do curso processual e penas muitas vezes desproporcionais aplicadas demonstram que a lei estava sendo usada para perseguir o opositor. Estamos diante do *lawfare*, não mais na perspectiva militar-estratégica, mas puramente judicial.

Desse modo, da leitura da temática podemos dividir para fins didáticos o *lawfare* em dois sentidos: 1) militar-estratégico, que possui Dunlap Jr como autor principal; 2) sociológico, vertente que engloba o aspecto judicial e legislativo. A divisão proposta nesta pesquisa é consoante aos trabalhos de Orde F. Kittrie, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Thayara Silva Castelo Branco, principalmente quanto ao primeiro que estabelece balizas para identificar o *lawfare*.

A premissa principal de Kittrie para identificar o uso da lei como arma de guerra é a análise da motivação política do agente ou grupo que guia o processo, pois a ação deve criar um cenário cuja finalidade deve ser enfraquecer ou diminuir o adversário (KITTRIE, 2016). Todavia, mesmo que sua análise seja importante, tais fatores são permeados pela subjetividade.

Logo, uma pergunta pertinente exsurge: se estamos falando de motivação política na condução da prisão de indivíduos por meio do *lawfare*, então os indivíduos vítimas do fenômeno são presos políticos? A questão é extremamente complexa para ser solucionada em poucas linhas, mas nos últimos dez anos o discurso da prisão política na América Latina ganhou força, principalmente após o ex-juiz da Suprema Corte Argentina, Raúl Zaffaroni, declarar em entrevista que "voltamos a ter presos políticos" (FÓRUM, 2018).

A preocupação de Zaffaroni ganha destaque antes mesmo das acusações de prisão política e *lawfare* no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mas sim com a prisão da líder comunitária Milagro Salo na Argentina³. Entretanto, é importante frisar que o caso de Milagro e Lula enfrentam alta carga partidária, o que dificulta a análise do tema.

Portanto, a polêmica quanto ao *lawfare* reside também pela forte ideologia político-partidária, pois a distinção entre preso político e o político meramente preso é cada vez mais complexa. Todavia, algumas balizas podem ser suscitadas, como as violações aos princípios processuais, mas não a mera irregularidade que ocorre em inúmeros processos, mas aquelas direcionadas a um fim específico, como silenciar ou afastar o opositor.

Por exemplo, atualmente as prisões provisórias possuem requisitos cada vez mais duros para que sejam decretadas. Todavia, mesmo assim ocorrem prisões que ignoram as exigências da lei, como a decretação ou conversão da prisão de ofício pelo magistrado. Assim, o fato do juiz decretar de ofício a prisão de um indivíduo, em afronta direta ao Código de Processo Penal, seria *lawfare* ou apenas uma irregularidade?

³ A prisão de Milagro Sala apresenta algumas polêmicas, entre elas o alto número de crimes imputados, sendo considerada inocente um deles. As acusações vão de fraude a tentativa de assassinato, sendo a primeira em razão do cargo como líder da Tupac Amaru, uma organização cooperativista que atua na província de Jujuy na Argentina em bairros periféricos. Sobre sua prisão, o Grupo de Trabalho sobre Prisões Arbitrárias da ONU se mostrou preocupado, em razão de uma possível ilegalidade, logo, o Grupo convidado pela Argentina, analisou as condições das prisões e de outros presos, mas não se pronunciou oficialmente sobre a prisão de Sala. A CIDH, por outro lado, se preocupou meramente em recomendar que a pena fosse cumprida em prisão domiciliar. Mas, também, analisou as circunstâncias e o cumprimento da prisão, como as acusações de maus-tratos, que culminou no afastamento da Diretora da Unidade Prisional (CIDH, 2017). A solicitação da prisão domiciliar foi primeiramente atendida, mas logo depois Sala retornou ao presídio ao recusar tratamento médico, ocasião em que seria levada a um hospital, sendo esse ponto criticado pela CIDH, o caráter compulsório da decisão, haja vista que a prisioneira não foi devidamente informada.

A resposta para a questão não é imediata, já que os autores trabalham o tema com requisitos distintos. No caso retratado, poderíamos concluir, com base na definição de Kittrie o indivíduo, que o cidadão não foi vítima do *lawfare*, pois não há um cenário político estabelecido que busque enfraquecer ou excluir o indivíduo, mas mera ilegalidade.

Sobre o tema das prisões suscitadas, mesmo que a legislação tenha se tornado mais austera sua decretação, principalmente quanto à preventiva, a jurisprudência vem atenuando a rigidez da lei. O STJ possui julgados atuais que consideram a prisão ilegal válida, mesmo sem a realização de audiência de custódia, conforme HC 492.781, além da possibilidade da conversão do flagrante em preventiva, mesmo sem representação desde que haja posteriormente, de acordo com o Informativo 691⁴.

Ademais, a afirmação de *lawfare* em qualquer irregularidade ou ilegalidade enfraquece o tema, já que os próprios Tribunais Superiores relativizam algumas questões. Mas, devemos analisar o *lawfare* não pela relevância dos sujeitos envolvidos e sim pela motivação da persecução penal. Em outras linhas, o *lawfare* discutido neste trabalho não contempla apenas a guerra jurídica entre nações ou a prisão de algum ex-presidente, mas a manifestação sutil do fenômeno até mesmo na prisão de indivíduos abastados.

Da afirmativa anterior podemos concluir que até mesmo um cidadão sem relevância "partidária" pode ser vítima do *lawfare*, na hipótese de a prisão ter como finalidade excluí-lo. Exemplo frequentemente destacado é a criminalização secundária de homens negros.

Outrossim, quanto ao processo de criação da norma incriminadora, Zaffaroni e Nilo (2013) perceberam que o fenômeno da criminalização é dividido em duas categorias: primária e secundária. A criminalização primária, a princípio, trata da criação da norma pelos indivíduos atribuídos para editá-las, que selecionam os bens jurídicos que serão protegidos e criminaliza condutas que os ameacem.

Por outro lado, a criminalização secundária incide sobre os agentes que são efetivamente punidos pela norma penal, já que há um processo estigmatizante que encarcera determinados grupos. O efeito secundário ocorre, pois, em tese o Poder Punitivo não consegue e nem objetiva punir todos aqueles que violam a norma, por consequência, determinadas pessoas são encarceradas para mostrar que a lei está sendo aplicada (ZAFFARONI, BATISTA, 2013).

⁴ STJ. 5ª Turma. AgRg RHC 136.708/MS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 11/03/2021 (Info 691).

Discorrem os autores, também, que a seleção sobre os indivíduos que sofrerão os efeitos penais não é uma escolha exclusiva da polícia, mas fruto do poder das agências de comunicação e dos agentes políticos.

A discussão é relevante para desmistificar a concepção de que a edição de tipos penais é feita para punir todos os crimes, pelo contrário, intenta demonstrar para a população que o legislador está agindo diante do avanço de condutas delituosas. Assim, o discurso criminalizador expande cada vez mais, e a edição de tipos penais mais abertos e abstratos permite que a criminalização secundária seja cada vez mais ampla e discricionário, logo, é como se o poder punitivo aumentasse demasiadamente.

Porém, como destacado anteriormente, o avanço não recai sobre todos, mas sobre indivíduos selecionados (ZAFFARONI, BATISTA, 2013), e neste ponto avançamos sobre a teoria dos autores e destacamos o *lawfare* como consequência direta da seleção. Primeiro há a criação de tipos penais abertos e discricionários e, posteriormente, o judiciário aplica tais ditames aos casos concretos.

O estudo, ademais, retorna ao debate político proposto por Luban, já que a própria acusação do *lawfare* é problemática. Nesse ponto, ele equipara politicamente os críticos do *lawfare* e os *lawriors*, já que a própria acusação de *lawfare* é também uma tentativa de politizar o Direito (LUBAN, 2017, p. 7-8). Em poucas palavras, quando a acusação de *lawfare* é feita, pressupõe que alguém violou as regras do jogo democrático, logo, não há legitimidade na medida, isto é, mesmo que formalmente “legal”, a legalidade também deve ser analisada materialmente.

O *lawfare*, então, não pode ser dissociado da política, já que também é um fenômeno político, posto que atua sobre indivíduos variados pelas mais diversas motivações, mas seu debate dentro do contexto político-partidário se torna ainda mais controverso.

Do pensamento do autor, podemos exprimir, que o disfarce para ocultar o *lawfare* é feito principalmente para não macular a imagem democrática do país, questão que pode ser vista no caso de Milagro Salo na Argentina, que para mitigar a acusação, o país convidou o Grupo de Trabalho sobre Prisões Arbitrárias da ONU para visitá-los.

Assim, como abordado inicialmente, a Lei estipula as balizas da regra do jogo, mas se essa é deturpada e seus limites ficam cada vez mais incertos, será mais difícil afirmar que ainda estamos em um Estado puramente democrático.

2.1. DO IMPÉRIO DA LEI AO DIREITO LIXO - ATUAÇÃO DO *LAWFARE* SOBRE A LEI

No livro *Law and Disorder in the Postcolony*, John e Jean Comaroff ressaltam que a violência da lei substituiu a violência das armas, porque a lei apaga, tira bens, criminaliza e ignora a dignidade humana (COMAROFF e COMAROFF, 2008, p. 1-8). O *lawfare* seria, portanto, o uso da lei para fins políticos, geralmente utilizado por grupos no poder, mas também pode ocorrer na via insurgente, quando a população persegue seu governante ou pela via horizontal, quando grupos dominantes usam da lei para suprimir o avanço comercial do concorrente (COMAROFF, 2018). Desse modo, Comaroff explana principalmente a violência da lei, que não é um elemento neutro, mas político.

Dessarte, a discussão sobre o *lawfare* aponta principalmente sua utilização como arma, assim, a lei um instrumento que limita o arbítrio estatal se torna refém da arbitrariedade que deveria limitar. A legislação, em uma perspectiva histórica, ganhou nova roupagem com o Estado Liberal, que buscou limitar os arbítrios do Soberano, logo, ela passa ser compreendida como a manifestação da vontade geral, dotada de generalidade e impessoalidade, conforme os ditames exigidos pela Modernidade (SARMENTO, 2008, p. 32-39).

Desta forma, a lei não era mais legitimada pelo seu conteúdo e sim pela forma, isto é, a legitimidade da lei advém do próprio sistema jurídico, conforme a teoria escalonada de Hans Kelsen (2011). No mesmo sentido: "a identificação do direito com a lei acabou dando lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica, assim denominada de positivismo. 'a lei contém todo o direito'" (CLÈVE, 1995, P. 35).

Logo, se o *lawfare* obedecer ao procedimento formal será, nessa perspectiva, um instrumento formalmente legítimo. Todavia, a análise sistemática demonstra a incompatibilidade do fenômeno abordado com a Constituição Brasileira e a legislação infraconstitucional. Primeiramente, a Carta Magna, em seu art. 60, §4º, IV, estabelece como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais, entre eles a razoável duração do processo e o devido processo legal.

Nessa lógica, o devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CF, trata de uma garantia contra o exercício arbitrário de qualquer poder, que só poderá limitar a liberdade ou os bens dos cidadãos após um processo justo e igualitário, não apenas na forma, mas substancialmente (FIGUEIREDO, 1997, p. 7-8). Como averiguado na pesquisa da FIDH, as prisões arbitrárias na Geórgia demonstraram que o princípio citado foi ignorado em todos os

casos, primeiro pelo rápido transcurso do processo, segundo pela desproporcionalidade das penas aplicadas.

Porém, antes da análise do juiz, a própria lei pode ser deturpada na sua essência, ou seja, no processo da sua criação deixa de ser símbolo democrático e se torna instrumento de perseguição. Sobre a questão, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Thayara Silva Castelo Branco (2018, p. 35), destacam que o *lawfare* atua na seara legiferante com a promulgação de tipos penais cada vez mais abertos e incriminadores.

À frente, os autores explanam que o *lawfare* politiza o direito por meio dos seguintes meios: 1) criação de leis que reduzem garantias individuais; 2) tipificação aberta e imprecisa de crimes; 3) avanço do direito penal sobre matérias que cabiam ao plano político; 4) reinterpretação das leis com diminuição das garantias fundamentais; 5) instaurações de procedimentos ou processos penais com fins políticos; 6) divulgação midiática de processos penais (SANTORO e CASTELO BRANCO, 2018, p. 35).

À vista disso, a condução midiática do processo é um elemento que deve ser analisado, já que antes mesmo da condenação judicial há o escrutínio público. Neste sentido, a atuação do Procurador da República Deltan Dallagnol foi bastante criticada no processo envolvendo o ex-presidente Lula, já que em determinada ocasião o Procurador apresentou um *powerpoint* à imprensa na qual apontava Lula como o líder de uma organização criminosa e outras acusações. Entretanto, o delito frisado não fazia parte da peça acusatória e tentou apenas destruir a imagem pública do acusado.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1842613, compreendeu que Dallagnol extrapolou os limites da atuação como Procurador, ao empregar termos desarrazoados ao Presidente, além de imputar condutas não previstas na denúncia, logo, foi condenado ao pagamento de danos morais ao requerente.

Ainda sobre o pensamento de Santoro e Castelo Branco, podemos relacionar os pontos citados ao raciocínio de Comaroff (2018), sobre o Estado da Lei e o Estado pela Lei. O primeiro, cabe destacar, seria intrínseco aos Estados Democráticos, que possuem a lei como baliza do ordenamento jurídico, não apenas no aspecto formal, mas substancial, com primazia na dignidade da pessoa humana. Por outro lado, o Estado pela Lei é típico de regimes autocráticos, que utilizam a ordem jurídica como mera fachada de legitimidade.

Ocorre o que Comaroff aponta como a substituição do Império da Lei pelo Direito Lixo, qual seja, o processo ilegítimo baseado em acusações levianas e circunstanciais⁵, no qual predomina a presunção de culpa.

Contudo, para que o *lawfare* seja mais efetivo, podemos perceber que o grau de abstração da lei será essencial para o seu sucesso. Primeiramente, o *lawfare* intenta ser legítimo, se preocupa com o aspecto legal de cada medida, logo, "violar" uma lei clara e fechada será mais complicado. Assim, a promulgação de tipos abertos e abstratos é essencial para um *lawfare* judicial efetivo e "aparentemente legítimo".

Portanto, o *lawfare* além do conceito militar, trata de um instrumento politizador da lei, além da esfera judicial, quando o juiz no caso concreto viola o devido processo legal, mas também um fenômeno que afeta a própria criação da lei, que nasce cada vez mais aberta e arbitrária (SANTORO e CASTELO BRANCO, 2018).

Todavia, identificar tipos penais e abertos é uma tarefa fácil, mas declará-los como sintomas do *lawfare* legislativo é algo mais árduo. Desta forma, é preciso evitar tratar todo tipo penal aberto como *lawfare*, assim, devemos considerar a atualidade do tema, porém também o incipiente número de pesquisas e obras sobre a questão. Diante disso, utilizamos o paradigma proposto por Santoro e Castelo Branco: criação de leis que reduzem garantias individuais, além da tipificação aberta e imprecisa de crime e o avanço do direito penal sobre matérias que cabiam ao plano político.

Logo, o *lawfare* legislativo fere à legalidade em sentido estrito, limita direitos e prerrogativas fundamentais, principalmente sob a escusa de combate à criminalidade e esvazia a legitimidade do poder de punir, já que as regras que o limitam vão sendo corroídas ou excepcionadas, culminando no *lawfare* judicial. Desse modo, são tipificadas cada vez mais situações que excepcionam prerrogativas claras⁶.

Assim, cabe investigar as recentes alterações no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), para identificar se há indícios de violação da legalidade em prol do *lawfare*.

⁵ Na entrevista, ao abordar o ponto destacado, o autor cita o caso Lula e o linchamento midiático da imagem do ex-presidente. Comaroff não questiona a inocência de Lula, mas o modo como o processo é conduzido, como a constante antecipação de culpa em entrevistas e a divulgação de conversas privadas do até então acusado.

⁶ Como exemplo, vide a necessidade de confissão para homologação do acordo de não persecução penal, cometimento de falta grave quando o interno se recusar a fornecer material genético no curso da execução da pena, impossibilidade da concessão de liberdade provisória ao reincidente ou que porta arma de fogo de uso restrito (o legislador sem coerência alguma não cita a de uso proibido), frisando apenas as alterações do pacote anticrime.

3. ALTERAÇÕES NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) PELO PACOTE ANTICRIME

A Lei 7.210 de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), estabelece o modo do cumprimento da pena, determinando em tese as balizas para “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, conforme seu artigo primeiro. Ademais, a lei foi aparentemente recepcionada pela Constituição Federal, mesmo que haja divergência sobre a compatibilidade de alguns institutos com a CF⁷, e durante todos esses anos sofreu diversas alterações, as mais recentes feitas pela Lei 13.964 de 2019, o "pacote anticrime".

Primeiramente, as alterações na LEP podem ser divididas em três: endurecimento de alguns requisitos para progressão de regime, identificação genética dos internos e expansão das hipóteses do regime disciplinar diferenciado (OLIVEIRA e CARVALHO, 2021). Assim, a justificativa basilar do endurecimento seria uma "resposta à criminalidade", mesmo que em algumas alterações o discurso não seja congruente⁸.

Contudo, o objeto do trabalho recai sobre as alterações promovidas no RDD e acerca da questão há pontos que precisam ser frisados. A princípio, o RDD não foi instituído diretamente pela lei, mas por meio da Resolução n. 26/2001 da Secretaria da administração Penitenciária do Estado de São Paulo, a qual estabeleceu que seria aplicado por até 360 dias aos presos líderes de facções criminosas e cuja medida fosse necessária. Mesmo que a matéria em princípio fosse de competência concorrente, que em tese permite a edição de norma de Direito Penitenciário pelos Estados, fica claro que não se tratava de questão penitenciária (que exigiria lei estadual), evidenciando a inconstitucionalidade da resolução⁹.

Todavia, apenas em 2003 o Congresso Nacional incluiu o RDD na LEP, podendo ser aplicado apenas pelo juiz da execução aos “casos de subversão da ordem ou disciplina interna do estabelecimento prisional, mediante a prática de uma falta grave” (OLIVEIRA e

⁷ No artigo "O trabalho penitenciário à luz da Constituição Federal de 1988", a autora Yasmin Souza da Silva (2019) questiona a não recepção da parte que trata sobre o regime de trabalho, que permite ao interno ganhar menos que um salário mínimo.

⁸ Como exemplo para assertiva anterior, o art. 112, VIII, estabelece o percentual de 70% do cumprimento da pena para progressão nos casos em que o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte. Logo, o inciso exige reincidência específica, então se o apenado for reincidente genérico, não cumprirá os 70%, mas sim 50%, de acordo com o inciso VI, a), já que prevalecerá o *in dubio pro reo*. Logo, para todos os fins, o interno irá progredir como se fosse primário, mesmo não o sendo (QUEIROZ, 2020).

⁹ Sobre a inconstitucionalidade destacada, o desembargador Alberto Silva Franco (2003) aponta que a norma extrapolou os limites e criou nova forma de cumprimento de pena, o regime fechadíssimo, logo, “sob esse ângulo, a Resolução SAP 026/01 atrita flagrantemente com o princípio constitucional da legalidade e com as regras legais da execução penal”.

CARVALHO, 2021). O legislador fixou o prazo de 360 dias do apenado no RDD, mas sem prejuízo de eventuais renovações, desde que não ultrapassasse o limite de um sexto da pena aplicada; determinou que o preso ficaria em cela individual, além de visitas reduzidas e apenas duas horas de banho de sol. Cabe frisar, que o RDD foi promulgado com a possibilidade de ser aplicado inclusive ao preso provisório, hipótese que gera debates, já que aparentemente viola a presunção de inocência (DURAN, 2016).

Para melhor compreensão, o apenado no curso do cumprimento da pena pode cometer faltas disciplinares, que são classificadas em leves, médias e graves. Quanto às duas primeiras, os Estados podem prevê-las em legislação própria, contudo, as hipóteses de faltas graves estão expressas nos arts. 50 e 51 da LEP.

Em síntese, são hipóteses de faltas graves: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; a fuga do apenado; provocar acidente de trabalho; descumprir as condições do regime aberto; inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da LEP; ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; prática de fato previsto como crime doloso; recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

A rigidez do legislador, quanto às hipóteses, é necessária pois ao cometer a falta grave, o apenado poderá ter seus dias trabalhados remidos em até 1/3, além da interrupção do prazo para progressão de regime, a regressão de regime, inclusive *per saltum*, revogação de benefícios e o estabelecimento do RDD. Ademais, para que seja reconhecida, assim como a decretação do RDD, deve ser determinada pelo juízo da execução, e não pelo diretor do estabelecimento prisional, como nas hipóteses das leves e médias.

A implementação do RDD na execução da pena precisa ser primeiramente delimitada, já que não estamos falando de um novo regime de pena, como o aberto, semiaberto ou fechado, mas de uma espécie de cumprimento da pena sob requisitos mais austeros. Soma-se ao que foi dito a fala de Júlio Mirabete (2004, p. 166): “não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, (...), mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior”.

À frente, com o pacote anticrime o RDD foi expandido, seja nas hipóteses de decretação ou duração máxima da medida. Primeiramente, o RDD possuirá agora duração de 2 anos, sem prejuízo de nova decretação, além de continuar aplicável aos presos provisórios, mas agora

também ao estrangeiro. Outrossim, o apenado continuará sendo recolhido em cela individual e com visitas limitadas a duas pessoas e de modo que não haja contato físico com o preso.

Destarte, o RDD estipula também que: 1) as entrevistas do apenado serão monitoradas, exceto com seu defensor; 2) será fiscalizado o conteúdo das correspondências; 3) banho de sol diário com duração de duas horas; 3) participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente que o preso, conforme art. 52 da LEP.

Desde sua criação em 2003, a decretação do RDD sempre esteve condicionada ao cometimento de falta grave, demonstrando que o RDD era uma punição pelo comportamento do apenado. Todavia, o pacote anticrime ampliou o RDD, alcançando, além dos casos de falta grave, as hipóteses: “que apresentem alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, além do caso no qual “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave”.

Portanto, percebe-se que o RDD deixa de ser uma espécie de punição e se torna um instrumento que pode ser decretado independentemente da falta grave. Destarte, a alteração não gerou tantos debates como as outras alterações proposta pelo pacote anticrime, talvez pelo fato de envolver indivíduos que são considerados “perigosos”, já que o inciso II cita os que integraram grupos criminosos.

Sobre o debate, cabe frisar, que o cerne do RDD sempre teve como alvo o crime organizado e acerca disso é publicizado nome dos indivíduos que estão ou estavam cumprindo a medida, sempre destacando que são chefes do tráfico e membros do Primeiro Comando da Capital (PCC) (ROSA, ARGUELLO, 2020). Entretanto, a lei não reserva o RDD apenas para tais indivíduos e sob a escusa do combate à criminalidade não é legítimo o cerceamento de direitos. Desse modo, inúmeros institutos de defesa dos direitos fundamentais participaram de movimentos contra a promulgação do instituto pelo Congresso Nacional em 2003 (CARVALHO, FREIRE, 2020).

Desse modo, chegamos ao principal apontamento de alguns doutrinadores: a inconstitucionalidade do RDD. Primeiramente, o foco central seria a violação ao princípio da humanização das penas, já que a CF veda penas cruéis. A crueldade, ademais, não é compreendida apenas como o sofrimento físico, mas também mental, e sobre isso, Ferreira e Raya (2004) reportam que: “a submissão do preso durante o lapso temporal de 360 dias numa

cela de isolamento, na maioria das vezes sem acompanhamento jurídico, psicológico, assistencial, social e familiar, resulta em violência manifesta do *jus puniendi*”.

Mesmo que os argumentos sejam extremamente válidos, o STF nunca declarou a inconstitucionalidade do instituto, mesmo com o ajuizamento da ADI 4.612 pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). No trabalho em tela partimos da premissa que o RDD é inconstitucional, mas essa premissa não prejudica a análise dos efeitos do *lawfare* sobre o instituto, haja vista que o RDD continua vigente e aplicável.

Ademais, o cumprimento da pena atinge alguns direitos dos apenados, como a liberdade é claro. Logo, é mister que haja disciplina no regime do cumprimento da pena, afinal, estamos falando de indivíduos que estão sob a guarda estatal, mas deve existir compatibilidade da rigidez da medida com os direitos não atingidos pela sentença.

Em sentido contrário, Carvalho (2014) compreende que o RDD é em sua essência constitucional, mas deve evitar o tratamento desumano e degradante, além de destacar que: “a submissão do preso a esta sanção visa resguardar a segurança dos outros presos e da própria sociedade, além de que ao ingressar no sistema carcerário o custodiado estará sujeito a benefícios ou castigos dependendo do seu comportamento”.

Todavia, não parece congruente condicionar a legitimidade da medida apenas a evitar o tratamento desumano e degradante, posto que o RDD nega a própria humanização da pena. O tratamento digno é pressuposto constitucional e explicitado na LEP, assim, caso haja comportamento transgressor do agente há medidas (como as citadas ao cometer falta grave), que podem lidar com a transgressão do apenado sem a necessidade de decretar o RDD.

Assim, Cezar Bitencourt (2011) reporta: “percebe-se que às instâncias de controle não importa o que se faz, mas sim quem faz. Em outros termos, não se pune pela prática de fato, mas pela personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal do autor”. Todavia, a pesquisa não tentará discorrer sobre os conceitos apresentados pelo autor, pois considera, no presente momento, que a expansão do RDD é um sintoma, a princípio, de *lawfare* legislante.

Portanto, a pesquisa avança para averiguar os efeitos do *lawfare* legislativo sobre o RDD na possibilidade de ser decretado sem o cometimento de falta grave.

4. A ATUAÇÃO DO LAWFARE LEGISLATIVO SOBRE O RDD

Nos capítulos anteriores estabelecemos as balizas do debate, primeiro abordando o *lawfare* muito além do conceito estratégico-militar, e em seguida algumas características do

RDD. Desse modo, a pesquisa busca precipuamente se debruçar sobre viés legislativo e não judicial, pois não analisaremos casos sobre indivíduos específicos.

Posto isto, retornamos ao conceito de *lawfare* proposto por Santoro e Castelo Branco (2018), já que o uso da lei como arma de guerra tem seu primeiro passo na seara legiferante. Ademais, devemos avançar o debate proposto pelos autores, principalmente ao discorrerem sobre o conteúdo político do *lawfare*. Assim, eles explicam o maxiprocessos penal em detrimento do modelo legal clássico.

Dessarte, os maxiprocessos são extraídos dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, centrados em algumas balizas, como: “(1) cobertura midiática massiva; (2) o gigantismo processual; (3) a confusão processual; (4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; (5) o incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de prova” (CASTELO BRANCO, SANTORO, p. 36, 2018). Nas palavras do autor não haveria mais a razão jurídica e sim em prol do Estado, nesse cenário, a jurisdição seria substituída pelo arbítrio da polícia e pela repressão política (FERRAJOLI, 2014).

O pensamento de Ferrajoli é fundamental para os estudos de Castelo Branco e Santoro, mesmo que a teoria do autor nunca tenha citado o termo *lawfare*, ambos frisam que o instituto está intimamente ligado aos efeitos do maxiprocessos, porque a legitimidade da sanção não está mais na razão jurídica, mas na vontade política.

Neste sentido, a cobertura midiática massiva apontada está ancorada no discurso da impunidade que involuntariamente suscita o medo da população. Como exemplo, é disseminado nos grandes veículos midiáticos que a criminalidade organizada atingiu um número nunca visto anteriormente, portanto, é necessária uma nova lei para frear tal fenômeno. Assim, são inúmeros os tipos penais criados, mas no caso em tela vamos destacar a criação do RDD, criado após uma série de rebeliões e ataques organizados em presídios (ROSA, ARGUELLO, 2020).

Os demais apontamentos de Ferrajoli estão ligados mais ao aspecto judicial, já que o gigantismo processual atua sobre o alto número de investigados em megaoperações, muitas vezes sobre as mesmas pessoas e que duram anos.

Logo, o modelo do maxiprocessos, com sua lógica de privilegiar os interesses do Estado, instrumentaliza o *lawfare* legislativo. E no ponto em destaque concluímos que há evidências manifestas do fenômeno sobre o RDD. Dessa maneira, cabe primeiro destacar sua decretação

aos presos provisórios, pois, mesmo que a LEP seja aplicada aos presos provisórios, alguns institutos não são compatíveis com a presunção de não culpabilidade.

A Carta Magna preceitua no art. 5º, LVII, que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ao submeter o indivíduo ao RDD há uma clara quebra dessa ordem, visto a gravidade da medida aplicada. Contudo, as alterações efetuadas nos dois incisos do art. 52, § 1º, I e II, da LEP são objeto específico da pesquisa.

Primeiramente, o inciso I reporta que será decretado o RDD aos presos: “que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”. Diante disso, percebe-se que a decretação pode ocorrer mesmo sem o cometimento de falta grave, já que apenas o caput do art. 52 condiciona a decretação do RDD ao cometimento quando: “ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas”. Depreende-se, assim, que o inciso I permite que o indivíduo seja submetido ao RDD apenas por seu suposto estado de perigo.

Em síntese, o legislador permite uma discricionariedade exacerbada na decretação do RDD, já que não fica claro que risco à ordem seria essa. No mais, vislumbramos a mesma crítica na determinação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. O que fica claro, dessa forma, é que inúmeros indivíduos poderão ser submetidos ao rigor do RDD apenas pela natureza do crime em abstrato. Em síntese, o cidadão será duplamente penalizado, na dosimetria da pena e no seu cumprimento.

Desse modo, fica evidente que o inciso é manifestamente inconstitucional, já que fere o *ne bis in idem* e, principalmente, a legalidade em sentido estrito. Ademais, o inciso II também possui as mesmas problemáticas, mas nele o legislador é claro ao reportar a desnecessidade de falta grave para decretação do RDD, quando: “sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave”.

Assim, mesmo que não integre qualquer comando ou poder de influência sobre a organização, associação ou milícia, o agente poderá cumprir a pena no RDD. O endurecimento realizado pelo pacote, portanto, demonstra indícios veementemente de *lawfare* legislativo.

Outrossim, as balizas consideradas serão as seguintes: I) a criação de leis que reduzem garantias individuais, II) somada a tipificação aberta e imprecisa de crimes ou institutos jurídicos penais; III) além da reinterpretação das leis com diminuição das garantias fundamentais. Antes disso, é importante destacar que Castelo Branco e Santoro (2018) na sua

análise não destacam a criação imprecisa de institutos penais, apenas crimes, mas consideramos que o trabalho do autor engloba essas questões.

Ademais, quanto à segunda característica, tipificação aberta e imprecisa de crimes ou institutos jurídicos, a promulgação no art. 52, § 1º, dos incisos I e II é problemática, já que permite, quanto ao inciso I, que haja a decretação apenas pelo alto risco à segurança do presídio ou à sociedade. Em tese, um Estado autocrático pode utilizar facilmente de tais balizas para determinar que presos políticos cumpram a pena no RDD, com intuito de isolá-los cada vez mais do cenário político. A respeito do inciso II, somado ao que já fora dito anteriormente, permite a decretação simplesmente por fazer parte de organização criminosa, mesmo sem poder de ingerência¹⁰.

Outrossim, acerca da última característica, envolve além da reinterpretação das leis com diminuição das garantias fundamentais, que será efetivada pelos juízes no caso concreto, mas graças à abstração legislativa.

Entretanto, o *lawfare* legislativo não pode ser analisada com a mesma rigidez dos requisitos de Kitrie, conforme os postulados apresentados na primeira parte da pesquisa, haja vista que o autor considera o aspecto judicial do instituto. Desse modo, da afirmativa do autor, que exige para o reconhecimento da lei como arma de guerra a criação de um cenário jurídico motivado para enfraquecer e um inimigo determinado, podemos considerar que o inimigo ainda não é determinado no campo legislativo, já que a lei deve ser *a priori* geral.

Ademais, se a lei fosse tão explícita quanto ao destinatário não estaríamos diante do *lawfare* clássico, visto que esse tenta parecer legítimo. Contudo, a afirmação de Kitrie será aplicável após a promulgação da lei, na aplicação dela aos inimigos, exemplo de *lawfare* judicial. Assim, o endurecimento do RDD evidencia características da legislação como arma de guerra, mesmo que atualmente ainda não seja possível falar que há algum caso de sua aplicação pelos juízes.

Grosso modo, o aspecto legislativo permite que o *lawfare* judicial seja mais efetivo, considerando que o RDD é uma medida que só pode ser determinada pelo juiz da execução,

¹⁰ Caso exerça liderança, cumprirá o RDD em prisão de segurança máxima, conforme o art. 52, § 3º LEP: “existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal”.

logo, futuramente o instituto, em razão de sua amplitude, poderá legitimar a perseguição judicial e, conseqüentemente, o isolamento do adversário político.

Portanto, o objetivo do *lawfare* legislativo não parece criminalizar o indivíduo em sua essência, pois, como analisado, a criminalização primária é abstrata, mas permite que o *lawfare* judicial seja ainda mais efetivo. No caso concreto, o juiz possuirá poderes ainda mais discricionários para cercear direitos. Outrossim, mesmo que este argumento não soe assustador por hora, afinal o Brasil é um regime democrático, em situações mais excepcionais esses institutos cada vez mais abstratos serão o veneno das prerrogativas fundamentais.

Então, retornamos à fala de John e Jean Comaroff, que frisaram que pouco a pouco o Estado da Lei é substituído pelo Estado pela Lei, este sem compromisso com a legalidade material, direitos fundamentais e etc, apenas comprometido em tornar práticas ilegais aparentemente legítimas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei, como símbolo da vontade geral, enfrenta algumas dificuldades hodiernamente, já que o fato de seguir o rito previamente estabelecido não a torna inteiramente legítima, uma vez que é primordial que atente aos direitos e garantias fundamentais. Nesse cenário, o *lawfare* representa a deturpação do caráter democrático da legislação, pois pode ser utilizada para perseguir e discriminar indivíduos.

Ademais, o *lawfare* possui inúmeros significados, desde a concepção militar-estratégica do ex-major Charles Dunlap Jr aos apontamentos mais sociológicos de David Luban, Jean e John Comaroff. Assim, das análises podemos notar um ponto central sobre o que é o *lawfare*: utilização da lei como arma de guerra para perseguir um indivíduo, nação ou grupo, sob o aparente prisma da legalidade formal.

Contudo, o uso da lei como instrumento de guerra não é necessariamente apenas um feito judicial, mas esse último é consequência do *lawfare* legislativo, que promulga tipos incriminadores abstratos e excessivamente abertos, conforme os apontamentos de Santoro e Castelo Branco. Logo, o juiz no caso concreto possuirá “legitimidade” para excluir o indivíduo considerado inimigo, pois a lei é discricionária o suficiente para permitir que a perseguição pareça legítima.

Assim, as alterações pós pacote anticrime no Regime Disciplinar Diferenciado são indícios claros que estamos diante do efeito legiferante do instituto de guerra. Em poucas

palavras, ao permitir que o RDD, anteriormente uma espécie de sanção pela conduta subversiva do apenado, seja decretado mesmo sem o cometimento de falta grave, o legislador entrega uma arma aos juízes, que posteriormente poderão utilizar do RDD para perseguir ou isolar o indivíduo.

Desse modo, o estudo do *lawfare* legislativo vai de encontro aos postulados de Kittrie sobre o efeito judicial do instituto, posto que na seara legislativa ainda não temos um indivíduo que sofre diretamente os efeitos do uso da lei como arma, mas apenas uma norma dotada de abstração. Contudo, posteriormente o cenário de Kittrie ocorre, com a definição do inimigo no caso concreto. Em síntese, o *lawfare* legislativo efetiva o *lawfare* judicial, que atuará livremente e sob a escusa da legalidade, afinal, o *lawfare* busca a aparência da legitimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Mortos e desaparecidos políticos / Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014.

CARVALHO, Maria do Socorro Almeida de. Pontos controvertidos do regime disciplinar diferenciado. In: **Revista Jurídica Consulex**. Consulex, v.12, n. 285, pp.6-9, nov. 2014.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas do sistema punitivo brasileiro. **Revista Transdisciplinar de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 4, p. 7-26, 1 dez. 2020.

CIDH. *Solicitud de medidas provisionales respecto de Argentina: asunto Milagro Sala, de 23 de noviembre de 2017*. Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sala_se_01.pdf

CLÈVE. Clèmerson Merlin. **Teoria Constitucional e Direito Alternativo**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. **Law and disorder in the postcolony**. Giovanni Arrighi American Journal of Sociology, 2008.

COMAROFF, John. **John Comaroff explica lawfare**. 2018. (21m27s). Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 12 jan. 2022.

DELORENZO, Dri. “Voltamos a ter presos políticos”. **Revista Fórum**, 2018. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/voltamos-a-ter-presos-politicos-diz-zaffaroni-juiz-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>

DUNLAP, JR., Charles J. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. **Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference Carr Center for Human Rights Policy**. Harvard University. Washington, D.C., 2001.

DURAN, Laís Baptista Toledo. **Regime disciplinar diferenciado como expressão do direito penal do inimigo**. Monografia (bacharelado em Direito). Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, São Paulo, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2014.

FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 49, 2004, p. 254.

FIDH. **After the Rose, the Thorns: Political Prisoners in Post-Revolutionary Georgia**. The Human Rights Center, 2009.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Estado de Direito e o Devido Processo Legal. **FGV**: Rio de Janeiro, vol. 209, 7-18, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. Meia ilegalidade. **IBCCRIM**, 2003. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/3280/#:~:text=Ora%2C%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP%2D026,de%20liberdade%3A%20o%20regime%20fechad%C3%ADssi%20mo>. Acesso em: 23 fev. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare: law as a weapon of war**. New York: **Oxford University Press**, 2016.

LUBAN, David. Carl Schmitt e a crítica ao *lawfare*. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 1, p. 2-19, Jan/jun. 2017.

NEWIG, Jens. Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung, in: **Wie Wirkt Recht?** Ed. Michelle Cottier, Josef Estermann, and Michael Wrase. Nomos: baden-baden, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. 11. ed. São Paulo:Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto; CARVALHO, André Ricardo Fonseca. Principais reflexos da Lei nº. 13.964/2019 (pacote anticrime) na execução penal no Brasil. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro. v. 24, n. 34, p. 517-541, 2021.

QUEIROZ, Paulo. A nova progressão de regime – Lei nº 13.964/2019. **Paulo Queiroz**, 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-progressao-de-regime-lei-n-13-964-2019/> Acesso em: 5 mai. 2022.

ROSA, Bruna M.; ARGUELLO, Mariana E. O novo RDD à luz do pacote anticrime: recrudescimento penal, aspectos criminológicos e violação aos direitos humanos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 195–217, 2020.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; CASTELO BRANCO, Thayara Silva. Desenhos processuais penais de execução no direito brasileiro. **CONPEDI**, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SILVA, YASMIN SOUZA DA. O trabalho penitenciário à luz da Constituição Federal de 1988. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 24 set 2019, 04:44. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53467/o-trabalho-penitencirio-luz-da-constituio-federal-de-1988>. Acesso em: 5 mai. 2022.

TRACHTMAN, Joel P. **Integrating Lawfare and Warfare**. Boston College International and Comparative Law Review 39, no. 2 (2016).

VALOR. Rússia tem nota de crédito soberano rebaixada por Moody's e Fitch. **Valor Investe**, 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/noticia/2022/03/03/russia-tem-nota-de-credito-soberano-da-rebaixada-por-moodys-e-fitch.ghtml>. Acesso em: 12 jan. 2022.

ZAFFARONI, Raúl E. BATISTA, Nilo. **Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.