

O direito penal do inimigo e sua repercussão no sistema penal brasileiro

The enemy's criminal law and their repercussion in the brazilian criminal system

Flávia Couto Mundim da Fonseca

Aluna do 8º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: fla.coutofonseca@gmail.com

Gilmar Batista Silva

Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
Orientador da pesquisa

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo investigar os aspectos do direito penal do inimigo e sua existência no sistema penal brasileiro tendo como ponto de partida a incessante busca da legislação penal em conter o crescimento acelerado da criminalidade e impunidade vivenciadas pela sociedade moderna. Para isso, serão trazidos à baila os fundamentos filosóficos e constitucionais, consubstanciados na violação à norma constitucional, e apresentadas as principais características que embasam o direito penal de terceira velocidade, para, posteriormente, analisar seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro e verificar a constitucionalidade desse modelo penal em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Inimigos. Constitucionalidade. Garantias Fundamentais. Expansionismo Penal.

Abstract: The present research aims at investigating the aspects of the criminal law of the enemy and its existence in the Brazilian penal system, starting with the incessant search of criminal legislation to contain the accelerated growth of crime and impunity experienced by modern society. For this, the philosophical and constitutional foundations, embodied in the violation of the constitutional norm, will be brought to the fore, and the main characteristics that underpin the third speed criminal law will be brought to the fore, in order to later analyze its reflexes in the Brazilian legal system and verify the constitutionality of this criminal model in a Democratic State of Law.

Keywords: Enemies. Constitutionality. Fundamental Guarantees. Criminal Expansionism.

1 Considerações iniciais

Com o aumento acelerado da criminalidade na sociedade moderna e, ao mesmo tempo, a carência estatal em impedir esse avanço da violência e impunidade, surge espaço para uma reflexão quanto à necessidade de alterações na seara do direito penal.

Nesse cenário, o modelo penal adotado pelo ordenamento brasileiro, denominado direito penal mínimo, fruto de uma conquista estendida por longos anos, fundamentado em assegurar todas as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, passa a dar espaço ao direito penal baseado no autor dos fatos. Tal sistema pretende, inicialmente, dar uma resposta à sociedade que se amedronta diante de crimes de alta reprovabilidade, na medida em que tal modelo penal trata o autor como

inimigo do Estado, e este tem alguns de seus direitos e garantias fundamentais restritos.

Diante desses aspectos, insta salientar que é de suma importância a compreensão desse novo modelo penal, que vem ganhando espaço no sistema penal brasileiro, já que, por afrontar diretamente alguns direitos fundamentais, é, sem dúvida, uma teoria norteadada por críticas no mundo jurídico, pelo fato de se considerar que o Brasil é denominado como um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Dessa maneira, considerando que a atuação estatal deve se pautar na consagração dos direitos humanos, pode-se perceber a complexidade em seguir um modelo que se baseie em restringir os direitos assegurados pela legislação constitucional, já que adotar o direito penal máximo demonstra visíveis conflitos ao desenvolvimento e à efetividade dos direitos humanos, especialmente no que concerne à incessante proteção do princípio da dignidade humana.

Assim, este trabalho tem por objeto verificar os aspectos do direito penal do Inimigo e a sua repercussão no sistema penal brasileiro, de modo a averiguar se a adoção de um modelo penal baseado no autor seria uma medida eficaz no combate à crescente criminalidade vivenciada pela sociedade brasileira atualmente.

Posto isso, discorrer-se-á sobre o tema, apresentando alguns antecedentes filosóficos e uma análise constitucional diante dos fundamentos expostos por Gunther Jakobs (2008, s/p), na defesa do direito penal do inimigo. Logo, a análise será realizada propondo uma reflexão quanto à constitucionalidade em adotar o direito penal do inimigo, mas, especialmente, verificando seus aspectos no sistema penal brasileiro, pois é inquestionável que já se convive com alguns institutos que se remetem a um verdadeiro direito penal baseado no autor.

2 Os inimigos do Estado

A criminalidade organizada vem ganhando força na sociedade moderna e se tornou um mal causador de inúmeras tragédias vivenciadas pelos cidadãos brasileiros. Assim, pode-se notar a figura de um Estado cada vez mais impotente diante das barbáries que vão de encontro à sociedade devido a inúmeros casos de corrupção no que diz respeito à votação de projetos de leis ou no que se refere ao poder de decisão em favor de interesses próprios que não alcançam o bem comum, figurando-se a imagem de uma sociedade desacreditada no poder Estatal.

Nesse diapasão, vários juristas colocaram em análise teorias que se mostrassem interessantes a serem equilibradas com o atual cenário do direito penal. É nesse contexto que ganha espaço a discussão quanto à relevância da teoria do alemão Gunther Jakobs, a qual se afasta visivelmente dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O direito penal do inimigo tem em seu bojo dar uma “resposta” à sociedade que clama por justiça. Tal teoria está ligada à relativização e, de certo modo, à supressão de alguns direitos fundamentais com a real finalidade de trazer à tona uma sanção penal efetiva que intimide possíveis autores de inúmeros crimes antes mesmo que tais crimes sejam praticados.

Para Meliá (2005, p. 90), Gunther Jakobs caracteriza o direito penal do inimigo em três elementos: “adiantamento da punibilidade, com criação de tipos que punem os atos preparatórios e delitos de mera conduta, previsão de penas abstratas mais altas e relativização ou exclusão das garantias processuais”.

Insta salientar que o direito penal do inimigo, sendo uma teoria baseada no autor, e em suprimir alguns direitos fundamentais conferidos a ele pela norma constitucional, mostra-se um modelo oposto do que é adotado pelo direito penal atual. O direito penal pátrio é considerado um modelo penal minimalista, visto que se baseia em assegurar ao criminoso as garantias penais e processuais, sendo amplamente criticado pelos defensores do direito penal do inimigo, pois os adeptos deste afirmam ser impossível ter uma lei penal eficaz ao mesmo tempo em que é assegurada ao criminoso a observância dos direitos fundamentais previstos na legislação constituinte.

Para se compreender quem são os inimigos, necessário se faz afirmar que, sendo um modelo penal baseado no autor dos fatos, a teoria defendida por Gunther Jakobs o define como um inimigo do Estado, momento em que passa a tratá-lo como uma ameaça à sociedade, instaurando-se uma “guerra” contra o mesmo. Logo, verifica-se que, independente do cometimento do crime e da natureza desse crime, quando considerado inimigo, o autor do fato ganha tratamento diverso, pois, segundo o modelo penal baseado no autor dos fatos, a sociedade se divide em cidadãos e inimigos.

Quanto à figura do inimigo, aquele que atenta contra a vigência da norma demonstrando ser uma ameaça estatal, leciona Zaffaroni (2007, p. 76):

o Direito Penal do Inimigo dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o status de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro direito penal de exceção, cujas sanções têm por finalidade primordial não mais a restauração da vigência normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos. O direito penal tem como uma de suas marcantes características o combate a perigos, isso representa, em muitos casos, a antecipação de punibilidade, na qual o inimigo é interceptado, em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele não é mais o homem o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sacionormativo.

Como dito, a gravidade do fato não é essencialmente analisada, pois, na medida em que o direito penal do inimigo é baseado no autor dos fatos, a culpabilidade do agente não tem relevância quando aplicada para demonstrar que o fato é reprovável. Lado outro, a teoria baseada no autor dos fatos funda-se na periculosidade do agente tomando por base o perigo que ele representará à sociedade num momento posterior. Segundo a teoria do alemão Gunther Jakobs (2008, s/p), são exemplos de inimigos do Estado: os integrantes de organizações criminosas, os terroristas, os delinquentes, os que atentam contra a ordem econômica, os traficantes de drogas, entre outros.

Importante ressaltar que a classificação de um inimigo deve decorrer de um ato legítimo de soberania do Estado, ou seja, aquele que o poder competente defina como uma ameaça ao Estado deve ser excluído da sociedade, e para ser assim considerado,

não é necessária a prática de qualquer ato, sendo-lhe submetido o status de inimigo pelo perigo que este possa representar em desfavor da manutenção do poder e controle estatais.

É cediço que, estando a sociedade dividida entre cidadãos e inimigos, convive-se no mesmo ordenamento com dois regimes, quais sejam: o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão; só é cidadão quem não é considerado inimigo do Estado, e vice versa. Nota-se que os cidadãos, segundo Gunther Jakobs (2008, p. 26), não são aqueles que sempre se adequam às normas estabelecidas, mas sim aqueles que, mesmo cometendo delitos, não perdem o status de cidadãos e, sendo pessoas, têm seus direitos resguardados. A estes, submete-se um modelo penal de fato, embasado na culpabilidade. Por outro lado, aos considerados inimigos, integrantes da outra parte da população, aplica-se um direito penal de guerra e, no momento em que não possuem mais o status de cidadãos, seus direitos e garantias fundamentais são relativizados.

Por isso, no contexto trazido pela teoria em análise, não é suficiente, para manter a ordem estatal, privar o autor tão somente de sua liberdade de locomoção. Para o modelo penal em análise, é preciso ir além, pois, recaindo o status de inimigo sobre o autor, não lhe cabem mais as regras referentes ao processo penal conferidas aos demais cidadãos.

3 O direito penal do inimigo sob a perspectiva do Contrato Social

Segundo a melhor doutrina, por influência da atual Carta Constitucional, o Brasil do século XXI ganhou o “status” de Estado Democrático de Direito, resultado de grandes conquistas do povo que se voltava contra o antigo modelo vigente na segunda metade do século passado. Nesse sentido, a população como um todo, com o objetivo de promover a ruptura com o modelo autoritário, se rebelava contra a antiga ordem, a fim de promover a liberdade e a igualdade material.

Assim, a sociedade passava a ser regida por um conjunto de leis baseadas em um acordo entre os cidadãos, que atribuíra privilégios e deveres indistintamente àqueles que estivessem inseridos no Estado Democrático de Direito, este que tinha como pressuposto um pacto que regulamentava as relações interpessoais, qual seja: o contrato social. Para Rousseau (2002, s/p), só seria possível promover a segurança e, ao mesmo tempo, resguardar a liberdade do homem por meio de um contrato, que teria como base a soberania da sociedade, ou seja, a vontade e os interesses da coletividade.

Desse modo, o contrato social se mostra como um instrumento de garantia que a sociedade lançou mão, com o objetivo de estabelecer a ordem e romper com um estado de miséria, de desordem, de caos e de violência. Com efeito, exclui aqueles que não se adequam às normas sociais.

Nesse sentido, analisando os fundamentos dos contratualistas é que se esbarra com a teoria em análise, que baseia seus estudos no que diz respeito à aplicabilidade do direito penal do autor em Rousseau e Fichte. Diante disso, é fácil notar que, pertencendo a um Estado Democrático, o inimigo, ao burlar as regras que norteiam a sociedade, acaba por deixar de ser membro do Estado, este último que declara guerra contra o referido inimigo.

Cleber Masson (2011, p. 94) afirma que, para Gunther Jakobs, é considerado inimigo aquele que afronta a estrutura do Estado e adota um modo de vida contrário às normas jurídicas, demonstrando não ser um cidadão, e sim um inimigo do Estado.

Nesse contexto, no momento em que o inimigo se mostra como uma ameaça social, ele abandona o contrato social, deixando de possuir, por conseguinte, todos os direitos e todas as garantias assegurados por tal instrumento.

Para os adeptos do contratualismo, cometendo um crime, o indivíduo está descumprindo o contrato social. Logo, atentando contra tal instrumento, ao criminoso não é mais dado o direito de usar dos benefícios assegurados pelo pacto social, ou seja, tendo caráter de inimigo, o indivíduo deixa de integrar a relação existente entre os demais cidadãos que compõem a sociedade.

Tendo em vista a adesão de Gunther Jakobs às muitas premissas resultantes do contratualismo, verifica-se com clareza que o alemão embasa sua defesa ao direito penal máximo tendo como fundamento as lições de Kant, mas vale ressaltar que o contexto em que analisa o direito penal do inimigo se identifica de forma mais significativa às ideias de Hobbes. Nesse sentido, Thomas Hobbes tratava o indivíduo considerado inimigo como aquele que rompia todo e qualquer laço existente entre si e a sociedade civil, passando a integrar um estado de guerra.

Na concepção de Jean Jacques Rousseau (2002, p. 33), em sua obra *O Contrato Social*, o indivíduo que atua contra as disposições do pacto social deixa de ser membro integrante do Estado, entrando em guerra contra ele, devendo ser aplicada a seguinte resposta: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.

No mesmo sentido, Gunther Jakobs (2008, p. 26) embasa seus estudos em Fichte, asseverando que

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos.

Segundo o modelo penal em análise, em se tratando da divisão que é estabelecida nas relações sociais, estando de um lado aqueles que não se adequam às leis que norteiam as relações sociais (inimigos) e de outro aqueles que mesmo infringindo algumas normas não perdem o status de cidadão, podendo retornar ao convívio social, Gunther Jakobs (2008, p. 26-27) preceitua que

um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo o caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Desse modo, temos que considerar duas hipóteses: uma em que o indivíduo apresenta-se como uma ameaça ao Estado, aquele que se desvia das regras descritas

pelo pacto definido em sociedade, atenta contra a vigência da norma, perdendo, por esse motivo, seu status de pessoa; por outro lado, está o direito penal do cidadão, aplicado contra aqueles que cometem delitos, mas não de maneira reiterada, demonstrando a possibilidade de se adequar aos moldes do contrato social.

Conclui-se, portanto que “o direito penal do cidadão é direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o direito penal do inimigo é direito em outro sentido” (JAKOBS, 2008, p. 29). Assim, a teoria do direito penal máximo encontra considerável suporte nos estudos filosóficos dos contratualistas, segundo o que se considera inimigo aquele que não observa os moldes do Contrato Social. Logo, pertencendo a um Estado Democrático de Direito, o cidadão deve se adequar à norma jurídica estabelecida pelo pacto social, sob pena de ser excluído das relações sociais, caso demonstre a impossibilidade de se portar como sujeito de direitos.

4 Princípios constitucionais contrários à teoria do direito penal do inimigo

Refletindo sobre os aspectos que orientam o direito penal, é notável a relação existente entre o poder estatal, sua soberania, e a importância em observar os direitos humanos. Nesse cenário, a intervenção estatal, oriunda da aplicação da norma penal, deve limitar-se às premissas constantes na Carta Constitucional. Assim, o ordenamento jurídico, em especial o direito penal, deve pautar sua atuação sob os critérios de igualdade, liberdade e fraternidade, objetivando assegurar toda e qualquer garantia, de modo a restringir que estas venham a ser suprimidas pelo intervencionismo estatal. Diante disso, a essência natural do homem deve ser preservada, sendo-lhe garantidas todas as condições de cidadão, pelo fato de o Brasil ser classificado como um Estado Democrático.

É preciso analisar a teoria do direito penal do autor com cautela, pois a relativização das garantias constitucionais acaba por desprestigiar a proteção do ser humano, fazendo com que o mesmo perca seu status de cidadão, uma vez que tal modelo se baseia num estado de guerra, classificando o sistema penal como um modelo penal do autor, e não dos fatos cometidos.

Analisando as premissas que estruturam a tese de Gunther Jakbos e Manuel Cancio Meliá, constata-se que tal modelo não encontra aplicabilidade irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre ressaltar que tal tese é rodeada por críticas, sendo considerada visivelmente incompatível com os direitos previstos na Carta Constitucional.

Em se tratando dos princípios diretamente lesionados, em face da aplicação da teoria do direito penal do inimigo, destaca-se o primado da dignidade da pessoa humana, considerado o centro da norma constitucional na sociedade contemporânea, uma vez que, segundo o modelo penal em análise, os indivíduos considerados inimigos do Estado deixam de ser considerados sujeitos de direitos.

Acerca do princípio constitucional da dignidade humana, considerado como instituto máximo da Constituição Federal, asseveram Mendes e Branco (2008, p. 231):

seguem juntos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ilesta às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

Logo, reconhecer e assegurar a dignidade da pessoa humana é efetivar a norma constitucional e, especialmente, os direitos fundamentais que advêm desse postulado normativo, inerente à condição humana em qualquer seara do direito.

Noutro norte, verifica-se lesão ao princípio da presunção de inocência, já que o modelo penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro não se respalda na periculosidade do agente.

Nesse aspecto, constata-se impossível assegurar ao indivíduo a garantia de ser considerado inocente até que transite em julgado a sentença condenatória sem que o modelo penal adotado se funde na culpabilidade no momento da aplicação da pena. Logo, se a legislação penal adotasse um modelo que tenha como fundamento o perigo ou a ameaça que o indivíduo representa desconsiderando sua culpabilidade, seria desde logo ofender o princípio da não culpabilidade.

Nesse cenário, punindo o autor independentemente do fato cometido por ele, considerando tão somente aquilo que o “inimigo” representa diante do Estado e da vigência da norma no ordenamento jurídico, o direito penal do inimigo vai contra a premissa constitucional de que não há pena sem crime, ou seja, não é possível verificar a presença de uma sanção sem que haja cometimento de um fato criminoso.

Outro princípio suprimido pelo modelo penal baseado no autor é o devido processo legal, pois o direito penal do inimigo não confere a ampla defesa, tampouco o contraditório àqueles que recebem o status de inimigos. Adotando um procedimento de guerra, o direito penal baseado no autor permite que um indivíduo seja processado e acusado sem o direito de ser assistido por advogado e de se manifestar quanto aos fatos imputados, já que não faz sentido conferir tais direitos àquele que não é considerado sujeito de direitos, mas inimigo do Estado.

Por fim, considerando que a tese defendida por Gunther Jakobs trata os cidadãos de forma diferente dos inimigos, inobserva o primado da razoabilidade ferindo também a figura do princípio da isonomia. Isso se justifica pelo fato de que o modelo penal em análise estabelece uma divisão na sociedade em dois grupos, sendo o primeiro formado pelos indivíduos que representam perigo e não se adequam às normas que regem a sociedade e, de outro lado, um grupo formado pelos cidadãos, aqueles que, embora pratiquem crimes, demonstram possibilidade de se adequarem às leis impostas pelo ordenamento.

É relevante analisar a aplicabilidade da teoria do direito penal inimigo como uma tentativa de combate ao crime organizado e aos crimes que atentem contra a ordem estatal e jurídica, mas os princípios em questão não podem ser abolidos. Sendo considerados direitos e garantias previstos na legislação constituinte, não podem ser suprimidos nem tampouco excluídos do sistema, já que se mostram como conquistas árduas do homem em sociedade, e qualquer restrição a eles demonstra gritante afronta à norma constitucional.

5 Aspectos do direito penal do inimigo no sistema penal brasileiro

5.1 Lei da Organização Criminosa e sua relação com a tese defendida por Gunther Jakobs

A nova lei da organização criminosa traz, em tempo, a sua definição legal de forma expressa e positivada em seu texto, dispondo, ainda, acerca dos meios de investigação criminal, obtenção de provas e procedimento específico de investigação de delitos cometidos por tais organizações.

Nesse sentido, a lei 12.850/2013 traz, em seu artigo 1º, § 1º, a definição de organização criminosa. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Analisando as características que norteiam a lei do crime organizado, verifica-se que a mesma adere a alguns aspectos que estruturam a teoria do direito penal do inimigo, considerando que estabelecer regras diferentes no que concerne ao meio de prova e ao procedimento investigatório àqueles que integrem organizações criminosas é atribuir-lhes um tratamento devido ao que representam, e não ao que cometeram, aderindo, nesse sentido, a um modelo penal baseado no autor, e não nos fatos perpetrados por ele.

Outro aspecto que demonstra evidências do modelo penal defendido por Gunther Jakobs é no que diz respeito ao que é estabelecido pela lei, em se tratando da matéria probatória e no mesmo sentido dos procedimentos relacionados à investigação, constata-se que a lei suprime, consideravelmente, algumas garantias processuais. Vejamos o texto do artigo 3º da Lei da Organização Criminosa:

Artigo 3º - Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. § 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de

serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015) § 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

Analisando o teor do artigo, nota-se que medidas como a ação controlada, a quebra de sigilo, captação e interceptação ambiental, entre outras, são hipóteses vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao texto da Carta Constituinte, ou seja, são violações diretas ao direito à intimidade. Dessa forma, pode-se notar que, com o objetivo de intimidar e, de certa forma, abolir com as organizações criminosas, o legislador restringiu algumas garantias constitucionais.

No contexto da antiga lei da organização criminosa, o acesso a informações cadastrais, como qualificação, endereço e telefone, encontrava-se resguardado pela garantia constitucional do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, uma vez que quem detinha tais informações deveria pautar o fornecimento das mesmas a uma prévia autorização judicial.

Lado outro, com o objetivo de ampliar os efeitos e a eficácia das ferramentas investigativas, a nova lei da organização criminosa reconheceu a possibilidade da quebra de sigilo de alguns dados cadastrais, feita diretamente pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, estes que não estariam assegurados pela garantia de sigilo de dados prevista na legislação constituinte, objetivando facilitar o acesso a esses dados aos sujeitos envolvidos na investigação das atividades de facções criminosas, independentemente de ordem judicial.

Nesse sentido, é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira (2013, s/p):

a questão que se põe aqui diz respeito ao nível de tangenciamento da privacidade e da intimidade que estaria contido na nova regra de investigação, na medida em que, apesar de se limitar à informação relativa aos dados pessoais (filiação, qualificação e endereço), o fato é que os órgãos de investigação teriam acesso, desde logo, às informações também de ordem econômico-financeiro, que resultaria do esclarecimento quanto à portabilidade de cartões de crédito e de telefonia, bem como da existência de contas bancárias e/ou aplicações financeiras. E isso, naturalmente, ostenta uma dimensão que vai além da simples informação a respeito de dados pessoais.

Com efeito, com o advento da nova lei de organização criminosa, tem-se a possibilidade da realização de investigações e obtenção dos meios de obtenção de provas disponíveis em qualquer fase do processo penal. A saber, persecução penal é definida por duas fases, sendo uma fase processual, em que atuam as partes do processo, e outra fase considerada extraprocessual, na qual realizam-se as investigações voltadas a desvendar as circunstâncias relacionadas ao crime, indicando, por conseguinte, um possível autor.

Assim, segundo a melhor doutrina, é possível constatar que a nova lei de organização criminosa é tida como um desdobramento do direito penal do inimigo em

alguns aspectos, fundado no fato de que direitos e garantias individuais não poderiam ser assegurados para determinados indivíduos considerados inimigos do Estado. Logo, por não se submeterem às normas que regem a sociedade, demonstrando contrariedade e ameaça à ordem estatal, os integrantes das facções criminosas em questão podem ter algumas garantias processuais penais relativizadas em razão de sua periculosidade.

5.2 Regime Disciplinar Diferenciado como fruto do direito penal do inimigo

Com o advento da Lei nº 10.792 de 2003, que trouxe significativas alterações à lei de Execuções Penais no que se refere à inclusão de um regime carcerário aplicado a determinados presos, surge, no ordenamento jurídico, relevante discussão quanto à inconstitucionalidade do chamado Regime Disciplinar Diferenciado.

Motivado pela crescente onda de criminalidade e pela incidência das organizações criminosas nos presídios das grandes cidades, tais como o Comando Vermelho (CV) no Rio de Janeiro e o Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo, o regime instituído pela lei 10.792/2003 trazia em seu bojo a imagem de um sistema baseado no autor, desconsiderando as garantias fundamentais básicas em decorrência do perigo que apresentavam para a sociedade.

Grandes críticas norteiam a existência do Regime Disciplinar Diferenciado, eis que se justifica pela relativização de algumas garantias fundamentais, especialmente no que se refere à humanização da pena e ao princípio da dignidade humana. Paulo César Busato (2005, p. 2), analisando o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, afirma:

assim, fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem(em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito Penal de fato por um modelo de Direito penal do autor.

É notório dizer que não se trata de um expansionismo do direito penal apenas no âmbito legislativo, uma vez que a adoção de um regime baseado no autor dos fatos tem adeptos na doutrina. Tanto é verdade que se pode constatar a relação direta entre a teoria do direito penal do inimigo, com a modificação da Lei de Execuções Penais, e a consequente criação do RDD.

No que diz respeito à modificação que o Regime Disciplinar Diferenciado estabeleceu na Lei de Execuções Penais, é no sentido de que tal regime será atribuído àqueles que apresentem alto risco à ordem prisional, estabelecendo normas mais rigorosas.

Analisando o texto dos parágrafos do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, que trata do Regime Disciplinar Diferenciado, verifica-se a supressão de alguns direitos

fundamentais além do fato de seu conteúdo se relacionar com um modelo penal que considera o autor e o que este representa, e não o fato praticado por ele. Vejamos:

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

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

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

Embora seja notória a relação com os pressupostos que estruturam o modelo penal em análise, este que pune o autor desconsiderando o fato perpetrado por ele há que se ter em mente que o RDD é um regime pautado no princípio da proporcionalidade, sendo aplicado somente por decisão motivada do juiz da Execução Penal a requerimento do diretor da Unidade Prisional em que se encontra o preso ou outra autoridade administrativa.

Sem querer adentrar a discussão quanto à constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado por se tratar de questão um tanto quanto abrangente que merece ser estudada com cautela, é relevante trazer à baila o que afirma Cezar Bitencourt (2012, p. 162), posicionando-se pela inconstitucionalidade do instituto:

com efeito, à luz do novo diploma legal, percebe-se que às instâncias de controle não importa o que se faz (direito penal do fato), mas sim quem faz (direito penal do autor). Em outros termos, não se pune pela prática de fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal do autor. Nesse sentido, merece ser destacada a percuciente lição de Paulo César Busato, in verbis: "...o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo política-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal do fato por um modelo de Direito penal do autor.

Por outro lado, enfrentando o tema como uma ferramenta necessária ao combate das facções organizadas dentro dos presídios e, no mesmo sentido, defendendo sua constitucionalidade, afirma Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 1018) que,

ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o

preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado a lei, o que não é regra, mas exceção, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira. Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, pensamos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal.

Assim, o Regime Disciplinar Diferenciado foi um instituto criado como ferramenta no combate à criminalidade atual, objetivando intimidar os criminosos com regras de conduta prisionais mais rigorosas se comparadas àquelas dos estabelecimentos prisionais comuns. Logo, mesmo sendo constitucionalmente reconhecido, pode-se notar que o regime em análise se mostra como um desdobramento do modelo penal baseado no autor defendido por Gunther Jakobs, uma vez que tal regime é direcionado a determinados indivíduos que demonstrem alto risco para a ordem estatal, sendo incapazes de se adequar às normas que regem as relações sociais.

6 Relativização das garantias penais e processuais penais

Ao analisar os contornos de uma sociedade fundada no Estado Democrático de Direito, é impossível não vincular a intervenção estatal às garantias estabelecidas na Constituição Federal. Por esse motivo, é a respeito da supressão das garantias fundamentais asseguradas no texto constitucional que perduram severas críticas acerca da aplicação do modelo penal do inimigo em um Estado Democrático.

Na tentativa de promover mudanças no atual cenário brasileiro, no que tange à falta de efetividade das normas penais e processuais penais, o Poder Público entendeu ser necessário modificar algumas normas, atendendo ao apelo do povo, impondo um poder consideravelmente punitivo para aqueles cidadãos que demonstrassem a impossibilidade de se adequarem às leis que regem a vida em sociedade.

Com efeito, segundo abalizada doutrina, a teoria defendida por Gunther Jakobs desconsidera princípios básicos que regem a aplicação do direito penal em nosso ordenamento, tais como proporcionalidade, intervenção mínima, isonomia, ampla defesa, contraditório, entre outros. O modelo penal baseado no autor dos fatos trouxe em seu bojo a agravação das penas, inobservando a razoabilidade e a proporcionalidade, a punição de atos preparatórios, a generalização de métodos de investigação àqueles que fazem parte de organizações criminosas, o cerceamento de defesa, entre outros.

Dessa maneira, ao buscar a punição com base no autor dos fatos, Gunther Jakobs estabelece a aplicação da pena desconsiderando a culpabilidade do agente, ao passo que o *quantum* deve se dar de acordo com o perigo que o indivíduo apresenta perante o Estado com a quantidade de pena necessária para que a sociedade confie no poder estatal.

Assim, o direito penal do inimigo resulta em agravar a pena dos crimes como, na lei de crimes hediondos, o aumento de punição para alguns crimes viola

diretamente o princípio da proporcionalidade no modelo penal minimalista adotado em nosso ordenamento.

Outro aspecto de grande relevância que levanta sérias críticas é no que concerne à punição dos atos preparatórios do delito, estabelecida pela teoria em análise. Para Gunther Jakobs, o agente seria punido em sua conduta desde o momento dos atos preparatórios, prevendo que, com a simples prática de tais atos, o agente receberia punição como se o crime tivesse se consumado.

Tendo em vista a sensação de impunidade e ao mesmo tempo a descridibilidade da justiça, passou-se a discutir então a possibilidade de o Poder Público tomar medidas que modificassem algumas normas que regem o direito penal, baseando tais mudanças na teoria defendida por Gunther Jakobs, qual seja o direito penal do inimigo.

Nesse sentido, leciona Damásio de Jesus (2008, p. 4) que,

no campo do Processo Penal, mostram reflexos da concepção do indivíduo como “inimigo”:

- 1) A prisão preventiva, medida cautelar utilizada no curso de um processo, funda-se no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas, etc);
- 2) Medidas processuais restritivas de liberdade fundamentais como a interceptação de comunicações telefônica, cuja produção se dá sem a comunicação prévia ao investigado ou acusada e a gravação ambiental;
- 3) Possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos.

A interceptação telefônica é outra medida utilizada pelo poder judiciário para realizar investigações em situações complexas em que é difícil constatar de imediato a materialidade e autoria do crime, tais como crimes envolvendo facções criminosas ou grandes traficantes de drogas. Com efeito, lançar mão de interceptações telefônicas demonstra que a atuação do Estado é prospectiva estando pautada na teoria do modelo penal do inimigo, pois mostra-se como um instrumento de cerceamento de defesa haja vista que resta evidente a intenção de descobrir possíveis cometimentos de atentados criminosos antes mesmo que tais ocorram por meio dos chamados “grampos telefônicos”, objetivando antecipar a conduta criminosa.

Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 794) demonstra sua opinião quanto à natureza desse tipo de medida investigativa:

em sentido estrito, interceptar algo significaria interromper, cortar, impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheitas de informes.

Não obstante o fato de que as interceptações telefônicas buscam antecipar as ações criminosas desconsiderando à máxima da inviolabilidade do direito à liberdade prevista no artigo 5º da Constituição Federal, é importante destacar que tal medida

investigativa é de extrema relevância e, para que se utilize tal instrumento na investigação de qualquer delito, é imprescindível a autorização do magistrado, devendo tal decisão ser fundamentada, sob pena de banalização da medida.

Por fim, temos a figura da prisão temporária, instituída pela Lei 7.960/1989, que sofreu considerável modificação no texto da Lei dos Crimes Hediondos, tendo seu prazo máximo alargado para 30 (trinta) dias, podendo tal prazo ser prorrogável por igual período, atribuindo tratamento diverso aos crimes hediondos, mostrando-se como uma face do modelo penal defendido por Gunther Jakobs em nosso ordenamento.

Dessa maneira, o alargamento do prazo máximo da prisão temporária na Lei dos Crimes Hediondos é norteador de críticas, uma vez que parte da doutrina, assim como Antonio Lopes Monteiro (2008, p. 171) entende que o artigo 2º da Lei 8.072/90 derogou tacitamente o artigo 10 do Código de Processo Penal que prevê o tempo máximo para a conclusão do inquérito policial o prazo de 10 (dez) dias, uma vez que, estando o acusado preso devido à decretação da prisão temporária, o prazo não mais será de 10 (dez) dias, e sim de 30 ou até 60 dias em se tratando de crimes hediondos.

7 Considerações finais

Diante das ideias expostas, verificou-se, no decorrer do presente trabalho, que o expansionismo penal é uma realidade em nosso ordenamento jurídico, sendo causa do surgimento de algumas teorias baseadas em uma maior intervenção do Estado, em análise, a teoria defendida pelo alemão Gunther Jakobs, denominada como direito penal do inimigo.

Nesse sentido, o modelo penal em questão, por afrontar diretamente alguns preceitos básicos que regem a nossa sociedade, é objeto de críticas, ao argumento de pertencermos a um Estado Democrático de Direito. Desse modo, sua aplicação deve ser feita com muita cautela, sob pena de desconsiderar grandes conquistas no que diz respeito a garantias penais e processuais penais e, por conseguinte, atacar diretamente direitos de caráter constitucional.

Dessa maneira, partindo da premissa de que pertencemos a um Estado Democrático, a teoria do direito penal do inimigo é considerada incompatível com a ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, por permitir a perda do caráter de cidadão, recusando a dignidade humana ao acusado.

Por outro lado, mostra-se incompatível pelo risco que a adoção de um modelo penal baseado no autor transmitiria por permitir que o Estado se torne um Estado autoritário, cada vez mais intervencionista, inobservando um dos princípios que regem a seara do direito penal, qual seja o princípio da intervenção mínima.

Com efeito, não obstante o fato de que o direito penal do inimigo mostre clara incompatibilidade com os preceitos de viés constitucional, tem-se que admitir que a questão quanto à legitimidade ou não da teoria em comento não pode ser esgotada aqui, especialmente porque é notória a existência de resquícios da tese defendida por Gunther Jakobs em nosso ordenamento.

Ademais, não podemos adotar um modelo penal que separe a sociedade em dois grupos, retirando o status de cidadão do indivíduo pelo simples fato deste ser

considerado como “inimigo” do Estado, pois, com a existência de alguns institutos em nosso ordenamento que se baseiam na teoria em análise, aderir a tal tese seria viabilizar o crescimento de um modelo penal aparentemente inconstitucional.

Assim, mesmo admitindo a expansão do direito penal baseado no autor dos fatos em nosso sistema, constata-se que tal teoria não encontra fundamentos quando analisada frente à legislação constituinte, pois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficaram consagrados os direitos à vida, à igualdade, à liberdade, não podendo estes serem desconsiderados em possível discussão para emenda constitucional em razão de terem *status* de Cláusula Pétreia (art. 60, §4º IV).

Posto isso, é certo que a ineficácia da justiça criminal e dos meios coercitivos presentes no Código de Processo Penal e no Código Penal nos faz ser um tanto quanto pessimistas quanto à repressão dos autores de inúmeros crimes, mas não se pode vislumbrar a aplicação do modelo penal do inimigo em todos os seus termos como uma possível solução para o atual cenário de violência em que nos encontramos.

Logo, pertencendo a um sistema democrático representativo, ao refletir sobre o tema, a realização de ponderações é medida que se impõe, sempre em observância aos preceitos constitucionais, mostrando-se necessária a realização de um controle da atuação Estatal, para que, posteriormente, não estejamos diante de uma política criminal que atenda aos interesses de determinadas categorias.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BUSATO, Paulo César. *Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: mar. 2015.

JESUS, Damásio de. Breves considerações sobre a prevenção ao terrorismo no Brasil e no Mercosul: opúsculo distribuído no evento. In: *JUSTIÇA CRIMINAL EM TEMPOS DE TERROR*, 2004, São Paulo: Auditório Júlio Fabbrini Mirabete, Escola Superior do Ministério Público, 2008.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *A Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/13*. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>>. Acesso em 13 ago. 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, Código: RCM, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002, Trad. Rolando Roque da Silva.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico nº 14. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.