



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

JEAN PIERRY BRITO

**DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO:
flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal
brasileiro.**

Campina Grande – PB
2014

JEAN PIERRY BRITO

**DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO:
flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal
brasileiro.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof.^a Dr.^a Rosimeire Ventura Leite.

B862d Brito, Jean Pierry

Direito processual penal do inimigo [manuscrito] : flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro / Jean Pierry Brito. - 2014.

57 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento de Direito Público".

1. Direito processual penal. 2. Direitos individuais. 3. Garantias individuais. I. Título.

21. ed. CDD 347.05

JEAN PIERRY BRITO

**DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO:
flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal
brasileiro.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Habilitação: Direito

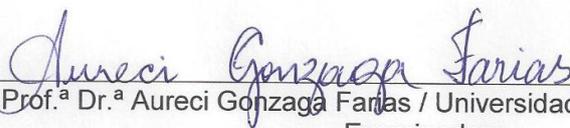
Data da aprovação:

14 / 02 / 2014

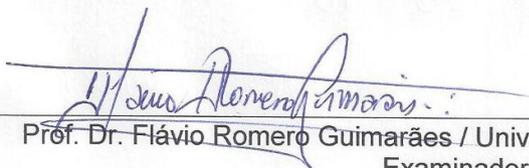
Banca examinadora:



Prof.^a Dr.^a Rosimeire Ventura Leite / Universidade Estadual da Paraíba
Orientadora



Prof.^a Dr.^a Aureci Gonzaga Farias / Universidade estadual da Paraíba
Examinadora



Prof. Dr. Flávio Romero Guimarães / Universidade estadual da Paraíba
Examinador

AGRADECIMENTOS

À Prof.^a Dr.^a Rosimeire Ventura Leite, minha orientadora, por sua disposição e comprometimento em ajudar-me a desenvolver este trabalho.

Aos professores Dr.^a Aureci Gonzaga Farias e Dr. Flávio Romero Guimarães pelo aceite em comporem a banca examinadora, qualificando-a com seus respectivos currículos.

Aos meus familiares, mormente os que residem comigo, pela paciência e compreensão em entenderem o momento de abdicação que foi o da pesquisa, desenvolvimento e conclusão de um Trabalho de Conclusão de Curso.

A todos os colegas que, direta ou indiretamente, contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

RESUMO

O problema enfrentado ao longo deste trabalho consubstancia-se na demonstração de que um direito processual penal do inimigo possui características peculiares que não podem ser confundidas com flexibilizações de direitos e garantias individuais no processo penal. O presente estudo tem por escopo demonstrar que a flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal não guarda, necessariamente, relação com o direito processual penal do inimigo. Este, que em suma, é um desdobramento da tese do professor alemão Günther Jacobs: o direito penal do inimigo. O método de procedimento adotado é o descritivo-analítico, já que há a descrição de uma realidade, a partir do ordenamento pátrio, como também um posicionamento crítico. A justificativa da abordagem do tema proposto reside nas constantes críticas feitas a algumas leis como, por exemplo, a Lei de nº. 11.343/11 (lei de drogas), Lei nº. 8.072/90 (crimes hediondos), Lei nº. 12.850/13 (nova lei que define crime organizado e dá outras providências), dentre outras, no sentido de que o ordenamento pátrio, mormente, o direito processual penal, está influenciado pelo direito processual penal do inimigo. Será minuciosamente explicado o que vem a ser “inimigo” na concepção de Jacobs, como também as características de um direito processual penal do inimigo. Tenta-se demonstrar que uma visão romântica de um direito penal/processual penal em face da atuação de organizações criminosas, cada vez mais complexas, gera um risco para a própria eficácia do poder de punir do Estado, consequentemente alojando a sociedade numa situação de medo e descrédito da capacidade do Estado em coibir a atuação criminosa. A conclusão que se procura chegar é que flexibilizações de direitos e garantias individuais no processo penal são possíveis, sem que isso signifique violação de normas constitucionais, nem signifique simbiose com o direito processual penal do inimigo. Logo, havendo tais flexibilizações, estas devem ser feitas por meio da via legislativa competente.

Palavras-chave: Direito processual penal do inimigo. Direitos individuais. Garantias individuais.

ABSTRACT

The problem faced during this work was the deployment that procedural criminal law of the enemy has characteristics that may not be misunderstood with the easing of individual rights and guarantees in criminal procedure. The present study is a deployment that the easing of individual rights and guarantees in criminal procedure does not have, necessarily, relation to the procedural criminal law of the enemy, that is, in short terms, an outspread of the thesis of German teacher Günther Jacobs. The procedural method adopted was descriptive-analytical, as there is a description of the reality from paternal order, as well as a critic opinion. The approach is justified by some criticism to certain laws, for example, Law nº 11.343/11 (Drug Law), Law nº 8.072/90 (egregious crimes), Law nº 12.850/13 (a new law that defines organized crime and provides other concepts), and several others, in the sense that paternal planning, especially, procedural criminal law, is affected by procedural criminal law of the enemy. It will be detailed and explained what means to be an enemy in Jacobs' point of view, as well as the characteristics of a procedural criminal law of the enemy. It will try to deploy that a romantic view of procedural criminal law followed by the acts of criminal organizations, more complex as time goes by, can generate risks to the efficiency of State in its punishment power, consequently putting society into a situation of horror and fear that the State would not be able to restrain criminal acts. It may lead to a conclusion that the easing of individual rights and guarantees in criminal procedure is possible, without violating constitutional rules and being close to procedural criminal law of the enemy. So, when this easing occur it may be done by the right legislative way.

Key words: Procedural criminal law of the enemy. Individual rights. Earmarking.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIRETOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	10
1.1 Diferença terminológica	10
1.2 Titularidade dos direitos e garantias individuais	11
1.3 Espécies de direitos e garantias individuais no processo penal	13
1.3.1 Garantia do devido processo legal	15
1.3.2 Garantia da plenitude de defesa	15
1.3.3 Garantia da publicidade dos atos processuais	15
1.3.4 Garantia da motivação dos atos decisórios	16
1.3.5 Direito à integridade física e moral	18
1.3.6 Direito à assistência da família e de advogado	18
1.3.7 Direito do preso de entrevistar-se pessoal e reservadamente com advogado	19
1.3.8 Direito de não produzir prova contra si mesmo (<i>nemo tenetur se detegere</i>)	20
1.3.9 Direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações e de dados pessoais	21
2 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO	23
2.1 Origem	23
2.2 Base jusfilosófica	24
2.3 Direito penal do fato e direito penal do autor	28
2.4 Direito penal do inimigo e direito penal do autor	29
2.5 O direito penal do inimigo como direito penal de terceira velocidade	31
2.6 Direito processual penal do inimigo propriamente dito	33
3 FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	36
3.1 Diferença entre flexibilização e supressão	36
3.2 Diferença entre flexibilização legal e flexibilização casuística	37
3.3 (Im) Possibilidade de flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal à luz da CF/88	38
3.4 Leis específicas de tratamento penal/processual penal mais rígido	39

3.4.1 Lei nº. 12.850/13 – Nova lei que define crime organizado e dá outras providências	39
3.4.2 Lei nº. 11.343/11 – Lei de drogas.....	41
3.4.3 Lei nº. 7.960/89 – Lei que trata da prisão temporária.....	42
3.4.4 Lei nº. 8.072/90 – Lei dos crimes hediondos.....	44
4 A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL CARACTERIZA PROCESSO PENAL DO INIMIGO?	45
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O direito processual penal do inimigo é um desdobramento da tese desenvolvida pelo professor alemão Günther Jacobs, a do *direito penal do inimigo*. Embora o professor alemão faça menção a um direito processual penal do inimigo, não desenvolve este último na mesma medida.

O direito processual penal do inimigo tem como característica um processo específico para indivíduos rotulados como “inimigos”. Indivíduos estes que não merecem o mesmo tratamento processual penal conferido aos cidadãos em geral, já que possuem comportamentos distintos daqueles que aceitam o regime constitucional vigente. Ou seja, é um processo penal diverso do aplicado como regra aos cidadãos.

Trata-se de uma tese constantemente contrarrazoada no sentido de apresentar-se como um retrocesso, na medida em que sugere tratar indivíduos de forma diversa, com a restrição, ou mesmo supressão, de direitos e garantias individuais.

A tese desenvolvida pelo professor alemão gera polêmica no âmbito das ciências criminais, não sendo poucas as vezes em que doutrinadores se manifestam contrários à ideia de um tratamento diferenciado, seja no âmbito penal, seja no processual penal, para um indivíduo tido como “inimigo”.

Jacobs não define de forma clara quem e quando vem a ser e surgir a figura do “inimigo”, apenas enumera algumas características e, em outros momentos, cita exemplos, como os dos terroristas. Sendo a expressão “terrorista”, assim como “inimigo”, carecedora de uma definição minimamente precisa.

No Brasil, algumas leis - como é o caso da Lei de drogas (11.343/11), Lei de crimes hediondos (8.072/90), nova Lei que trata do crime organizado (12.850/13), dentre outras - têm trazido em seus textos agravações de penas (pena sanção), maior prazo de prisão cautelar, maior rigidez temporal para a progressão de regime prisional. Previsões estas que tem sido objeto de críticas pela comunidade jurídica, sobretudo pelos criminalistas, no sentido de que tais agravações tem se apresentando como resquícios da tese do alemão Jacobs. Tais leis, que preveem tratamento penal/processual penal mais rígido, tem flexibilizado alguns direitos e garantias individuais, sem, contudo, suprimi-los, como é o caso da Lei de drogas, que prevê um prazo para a prisão temporária de 30 (trinta) dias para aqueles que praticarem al-

guns delitos nela previstos, quando, a própria lei que trata da prisão temporária (7.960/89), elenca para quais delitos cabe a prisão temporária e consigna um prazo de 5 (cinco) dias para a prisão.

O problema enfrentado consubstancia-se na demonstração de que um direito processual penal do inimigo possui características peculiares que não podem ser confundidas com flexibilizações de direitos e garantias individuais no processo penal. Flexibilizações estas, realizadas por meio de edições de leis de tratamento mais rigoroso sob a perspectiva mais garantista.

O objetivo deste estudo é demonstrar que a flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal não guarda, necessariamente, relação com o direito processual penal do inimigo. Para tanto, será abordada a tese (origem, base jusfilosófica, principais características do que vem a ser “inimigo”) do professor alemão Günther Jacobs, para, em seguida, concluir-se se flexibilizações de direitos e garantias individuais são possíveis no ordenamento jurídico pátrio e se tal flexibilização se apresenta como resquício da tese de Jacobs.

O método aplicado é o descritivo-analítico, por intermédio do qual há a descrição de uma realidade, a partir do ordenamento pátrio hodierno, e um posicionamento crítico (analítico).

O desenvolvimento da análise proposta será dividido em 4 (quatro) capítulos. O primeiro sobre direitos e garantias individuais, conceituando-os e distinguindo-os, como também, trazendo alguns direitos e garantias em espécie. O segundo capítulo trata do *direito processual penal do inimigo*, que é um desdobramento da tese de Günther Jacobs, *direito penal do inimigo*. O terceiro capítulo será uma abordagem sobre o que vem a ser flexibilização de direitos e garantias, sua (in)existência no processo penal brasileiro, sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, como, ainda, uma análise sobre algumas leis de tratamento penal/processual penal mais rígido. O quarto e último capítulo tenta responder a uma pergunta, qual seja: a flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal caracteriza processo penal do inimigo? Para responder a esta indagação, será feito uma reflexão de tudo que foi exposto e analisado ao longo do trabalho, para que se chegue a uma resposta autônoma e ao mesmo tempo amparada numa coerência com a conjuntura constitucional brasileira.

1 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

1.1 Diferença terminológica

Direitos e garantias são termos distintos. Os primeiros se caracterizam como sendo prerrogativas em favor dos indivíduos, previstas num ordenamento jurídico. Ou seja, são prescrições positivas em favor dos indivíduos e negativas em face do Estado. Direitos existem como disposições meramente declaratórias.

As garantias, por sua vez, podem ser entendidas como meios disponíveis para assegurar a efetividade dos direitos, como instrumentos que estão disponíveis para efetivá-los. Apresentam-se como disposições assecuratórias.

Algumas garantias também são direitos, embora com caráter instrumental de proteção de outros direitos, como bem leciona Canotilho¹. Como exemplo de garantias/direitos pode-se citar o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos.

Jorge Miranda diferencia direitos de garantias. Para o citado autor “*os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias; os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se*”².

Os direitos e garantias individuais são espécies de direitos e garantias fundamentais, previstos, no ordenamento pátrio, na Constituição Federal de 1988, em seu título II. Diante do tratamento constitucional, a análise de possível flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal tem que ser feita à luz da Carta Magna, por força da hierarquização das normas.

Vale ressaltar que os direitos e garantias individuais não estão, exclusivamente, previstos na Constituição Federal de 1988, até pelo fato da própria Carta Magna, em seu art. 5º, §2º, declarar que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte*”. O próprio texto constitucional admite a existência de direitos e garantias previstos em normas infraconstitucionais.

¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 520.

² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, p.88-89.

Como exemplo de direito individual oriundo de fonte diversa da Constituição, pode-se citar a Súmula Vinculante de n.º 25, que tem a seguinte redação: “*é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”.

A proibição de prisão de depositário infiel, prevista na mencionada Súmula Vinculante, apresenta-se, inequivocamente, como um direito individual. A redação da Súmula veio pacificar um aparente conflito entre o art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o art. 5º, LXVII, da CF/88.

O art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos³ (Pacto de São José da Costa Rica) prevê uma única exceção à proibição de detenção por dívida, qual seja, a decorrente de inadimplemento da obrigação de alimentar. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, traz na redação do art. 5º, inciso LXVII, duas exceções à proibição de detenção civil por dívida, quais sejam, a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Daí subsistiu a dúvida: pode ou não a prisão do depositário infiel? A Constituição prevê que sim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que não.

O entendimento que prevaleceu no julgamento do Recurso extraordinário nº 349.703-1/RS⁴ foi no sentido de que a previsão constitucional de prisão do depositário infiel resta adormecida, não revogada, uma vez que o mencionado tratado ingressou no ordenamento jurídico pátrio num *status* de supralegalidade - leia-se: abaixo da Constituição, mas acima das demais leis infraconstitucionais.

1.2 Titularidade dos direitos e garantias individuais

Os titulares dos direitos e garantias individuais são todos (brasileiros e estrangeiros). O art. 5º, *caput*, da CF/88 assegura que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros*

³ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José de Costa Rica, em 22/11/1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 10/01/2014.

⁴ BRASL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Relator originário: Min. Carlos Brito, Julgado em: 03/12/2008, DJe nº 104, Divulgado em: 04/06/2009, Publicado em: 05/06/2009.

residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Como bem lembra Alexandre de Moraes, a palavra *residente*, presente no texto do art. 5º, *caput*, da CF/88, deve ser interpretado de forma sistêmica. Veja-se o que leciona o referido doutrinador:

Observe-se, porém, que a expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território nacional, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais. Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.⁵

Caso se interprete de forma literal o texto do art. 5º, *caput*, da CF/88, a norma depreendida será de que tais direitos ali elencados são apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país, o que causaria uma série de perguntas, tais como: e o estrangeiro de passagem pelo Brasil, não teria direito à vida, à segurança? O estrangeiro que se encontra no território nacional de forma irregular não goza de tais direitos?

Como se percebe, a interpretação do artigo em comento requer uma sensibilidade maior do que a presente numa interpretação literal da lei. Corroborando o entendimento, cumpre-se invocar os ensinamentos de José Afonso da Silva:

Viu-se que o art. 5º da Constituição assegura os direitos ali indicados tanto aos *brasileiros* como aos *estrangeiros* residentes no País. A propósito, cabem três indagações: sendo direitos e garantias *individuais*, pessoas jurídicas não os auferem a nenhum? Aos *estrangeiros residentes* só se reconhecem esses direitos e garantias constantes daquele artigo? Os *estrangeiros não residentes*, mesmo estando no País, estão excluídos da incidência de qualquer deles ou delas?⁶ (grifos do autor)

O respeitável doutrinador vai além, faz uma análise mais profunda quanto à destinação de tais direitos às pessoas jurídicas e aos estrangeiros não residentes no País:

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 24. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 34 e 35.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

[...] a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral... Há até direito que é próprio de pessoa jurídica, como o direito a propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos (logotipos, fantasias, p. ex.). Mas as empresas de capital estrangeiro, incluindo as multinacionais, não se beneficiam desses direitos e garantias constitucionais individuais, salvo, no que tange a marcas, nomes e signos, proteção de direito internacional.

[...]

Se a Constituição aponta os destinatários desses direitos, isso há de ter consequências normativas. Isso não quer dizer que os estrangeiros não residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer o arbítrio, e não disponham de qualquer meio, incluindo os jurisdicionais, para tutelar situações subjetivas.⁷

Apesar da interpretação um pouco mais restritiva de José Afonso da Silva, sobretudo quando reconhece que alguns direitos são extensíveis aos estrangeiros não residentes que se encontrem em situação regular no território nacional, não há como excluir dentre os destinatários o estrangeiro em situação irregular. É inimaginável negar-lhes direitos, como, por exemplo, a integridade física e o devido processo legal, mesmo que seja para extraditá-los para seus países de origem.

Sendo assim, resta, como razoável, a extensão de direitos e garantias individuais às pessoas jurídicas e aos estrangeiros não residentes no País.

1.3 Espécies de direitos e garantias individuais no processo penal

Quando o Poder Legislativo, por intermédio de representantes escolhidos pelo povo, cria regras penais e consequentes sanções que se destinam a todos, e, determinados indivíduos as infringem, surge neste momento o poder-dever de punir do Estado. Ou seja, quando a norma penal, criada no campo abstrato, ganha efeitos concretos, a partir do momento em que determinado indivíduo a infringe, nasce o *jus puniendi in concreto*.

Por outro lado, mesmo diante da prática de uma conduta considerada como infração penal, a pena não pode ser aplicada de imediato. É necessário, dentro de uma perspectiva de um estado democrático de direito, para a aplicação de uma determinada pena, a instauração de um meio pelo qual haja a efetiva ação de punir do Estado. Este meio é o devido: processo penal. Neste sentido, o processo penal é um instrumento utilizado para a apuração de fatos (infrações penais) e a aplicação, ou

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 192 e 193.

não, de sanções. Na lição de Renato Brasileiro⁸ “*essa pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator sujeitar-se à pena. Em outras palavras, essa pretensão já nasce insatisfeita*”.

É no processo penal que os direitos e garantias individuais ganham destaque, até porque trata-se do meio mais rigoroso, manejado pelo Estado, para reprimir um indivíduo. Invocando-se mais uma vez as lições de Renato Brasileiro, o respeitável doutrinador assim observa:

É daí que sobressai a importância do processo penal, pois funciona como instrumento do qual se vale o Estado para a imposição de sanção penal ao possível autor do fato delituoso. Mas o Estado não pode punir de qualquer maneira. Com efeito, considerando-se que, da aplicação do Direito Penal pode resultar a privação da liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, não se pode descuidar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidas e que, em verdade, condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um estado democrático de Direito.⁹

Os direitos e garantias se mostram como verdadeiros limites para a atuação do Estado em aplicar a sanção cabível. É no processo penal que nasce a difícil missão do Estado de aplicar uma pena justa, apta a atender seus fins sociais - prevenção geral e especial¹⁰ -, e a respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Feitas essas primeiras considerações, sobre a importância do respeito aos direitos e garantias individuais no processo penal, passe-se a analisar, em espécie, os principais direitos e garantias no âmbito do processo penal. Para tanto, seguem alguns direitos e garantias individuais, classificados segundo as lições de Rogério Lauria Tucci¹¹.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1.

⁹ LIMA, *Ob. Cit.*, p. 2.

¹⁰ Segundo a teoria relativa, a finalidade da pena, no critério da prevenção, divide-se em: (i) prevenção geral, que pode ser entendida como a repercussão da pena, aplicada aquele que comete determinada infração penal, junto à sociedade, intimidando os pares a não cometerem conduta análoga; (ii) prevenção especial, podendo ser compreendida como a neutralização daquele que praticou determinada infração penal – cárcere -, como também, de fazer com que o agente desista de cometer outras infrações penais.

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

1.3.1 Garantia do devido processo legal

A garantia constitucional do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV, da CF/88¹², indica que o Estado, como detentor exclusivo do direito de punir, deve observar rigorosamente todas as formalidades previstas em lei para a aplicação da pena. Cumpre-se não confundir processo com procedimento. O primeiro é o instrumento para a solução do conflito e, o segundo, a sequência de atos praticados ao longo do primeiro.

A garantia do devido processo legal impõe que todos os procedimentos do processo penal devam estar em convergência com as determinações legais.

1.3.2 Garantia da plenitude de defesa

Por meio da garantia da plena defesa é assegurado ao acusado todos os meios de defesa e recursos inerentes. Significa a garantia de que o acusado desfrute de toda possibilidade de defesa não proibida em lei, inclusive com direito à informação, à contraditoriedade em audiência, à prova legitimamente obtida. Permite uma participação ampla e ativa do acusado.

A garantia da plenitude de defesa está insculpida na Carta Magna, art. 5º, LV, nos seguintes moldes: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

1.3.3 Garantia da publicidade dos atos processuais

A garantia da publicidade dos atos processuais é de suma importância, não somente para o acusado, mas, para toda a sociedade. Esta garantia proporciona a ciência do acusado do fato que lhe está sendo imputado, passando pela possibilidade de contraditar os atos praticados no processo, até recorrer de possíveis condenações.

Como se verifica, a publicidade é uma garantia que serve de ponte para a efetivação de direitos. Para que o acusado possa apresentar defesa prévia ou contes-

¹² Art. 5º, LIV, da CF/88 - *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

tação à acusação, é necessário que haja a ciência de que está sendo acusado por determinado fato delituoso.

Outro efeito de grande importância, decorrente da publicidade dos atos processuais, é o conhecimento da sociedade de como o Poder Judiciário desempenha suas atribuições. Possibilita à sociedade que forme sua opinião em relação aos órgãos judiciais. A citada garantia também possui tratamento constitucional, no art. 5º, LX, da CF/88, com a seguinte redação: *“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”*.

Contudo, conforme o próprio art. 5º, LX, da CF/88, a publicidade dos atos processuais é a regra, podendo a lei, em relação a situações de interesse público, social ou de defesa da intimidade, restringi-la.

O art. 792, do Código de Processo Penal, prevê, em consonância com a norma constitucional, situações em que a publicidade dos atos processuais pode ser mitigada, senão, vejamos:

Art. 792, CPP. As audiências, sessões e os atos processuais serão, **em regra**, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º **Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.**

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada. (grifo nosso).

É de bom alvitre não esquecer de que a discricionariedade prevista na mitigação da publicidade dos atos processuais deve ser balizada pelos demais princípios constitucionais e processuais, como os da razoabilidade e da proporcionalidade, já que se trata de medida excepcional.

1.3.4 Garantia da motivação dos atos decisórios

Os atos judiciais são as sentenças, as decisões interlocutórias (simples ou mistas) e os despachos. A sentença é o ato que põe fim ao processo, seja com resolução de mérito (definitiva), seja sem a manifestação quanto ao mérito da demanda

(terminativa); por decisão interlocutória se entende o ato decisório que resolve questão controversa, podendo ou não por fim ao processo, dependendo da espécie: interlocutória mista ou simples – a primeira encerra o processo, a segunda não; os despachos, por sua vez, são os atos sem conteúdo decisório, que apenas dão impulso ao processo.

Esclarecida a diferença existente entre sentença, decisão interlocutória e despacho, cumpre-se esclarecer quais dos atos judiciais a lei exige motivação.

O ordenamento pátrio adotou o sistema do livre convencimento motivado do juiz, conhecido, ainda, como persuasão racional, ou, livre apreciação judicial da prova. O referido sistema disponibiliza ao magistrado uma carga de discricionariedade na hora de decidir, dando-lhe a prerrogativa de valorar a prova, decidindo segundo sua consciência, exigindo-se para tanto que motive (justifique) sua decisão.

A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, determina que:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Ou seja, uma previsão expressa da garantia da motivação dos atos decisórios. Previsão também contida no Código de Processo Penal, no art. 155, com o seguinte texto: *“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”*.

Pois bem, resta incontroversa a necessidade do magistrado fundamentar suas decisões. Estas podem ser sentenças (definitivas ou terminativas) ou decisões interlocutórias (simples ou mistas). Os despachos estão excluídos da obrigatoriedade de motivar, tendo em vista a ausência de conteúdo decisório do ato.

Levando em consideração a impossibilidade de se esgotar a análise de todos os direitos e garantias individuais no processo penal, elegemos alguns para destacar no presente trabalho. Já foram abordadas algumas garantias, passemos, neste momento, ao estudo de alguns direitos na esfera do processo penal.

1.3.5 Direito à integridade física e moral

Com tratamento constitucional, o direito à integridade física e moral é aquele que o acusado possui de não ser violado física e psicologicamente. Apresenta-se como um direito óbvio, já fundado no Estado Democrático de Direito, onde os castigos corporais não devem existir. O mencionado direito está inserido no art. 5º, XLIX, *in verbis*: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

1.3.6 Direito à assistência da família e de advogado

Importante direito, consignado no art. 5º, LXIII, da CF/88, a assistência da família e do advogado propicia ao acusado, respectivamente, apoio moral e técnico. Por um lado, está a assistência da família, que serve de conforto para o preso, por outro, está a opção do preso de se valer de um advogado particular, de sua confiança, para assisti-lo na defesa.

Cabe lembra que, na ausência de indicação de um advogado pelo preso, cabe à defensoria pública assisti-lo, já que é imprescindível a defesa técnica daquele que está sendo acusado criminalmente por determinado fato, sob pena de nulidade do processo. O direito à assistência de advogado é irrenunciável. Dispensando-se ao acusado a discricionariedade de constituir advogado de sua preferência, porém, não o fazendo, deve ser nomeado-lhe um defensor.

Percebe-se que o direito, neste momento em estudo, sobretudo quanto à assistência da família ao preso, fundamenta-se numa perspectiva mais humanitária, a dignidade da pessoa humana num plano mais sensível.

A assistência de advogado é de fundamental importância para que outros direitos sejam efetivamente garantidos. Não é incomum um preso ser submetido a violações físicas e morais, seja para confessar algum fato, seja para privar-lhe de direitos. É neste exato momento que cabe ao advogado exercer o ofício de defender seu cliente de possíveis violações.

1.3.7 Direito do preso de entrevistar-se pessoal e reservadamente com advogado

A assistência do advogado assegura a efetividade de outros direitos, como dito no subitem anterior. Contudo, para que a assistência ocorra numa perspectiva ampla, não basta a presença física do defensor, mas que este possa ouvir aquele a quem defende. Por exemplo, imaginemos um indivíduo que foi preso por um flagrante forjado (onde aquele que prendeu criou a situação de flagrância). Neste exemplo, seria impossível para o defensor fazer uma defesa desqualificando a prisão sem tomar conhecimento de tal fato, sem se entrevistar com seu cliente.

A lei assegura a entrevista do advogado com o preso, de maneira pessoal e reservadamente. Dispositivos legais previstos no CPP, na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e no Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), asseguram de forma expressa o direito ora abordado, senão, vejamos:

Art. 185, CPP. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

(...)

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

Art. 41, Lei 7.210/84 (lei de execuções penais) - Constituem direitos do preso:

(...)

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

Art. 7º, Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) - São direitos do advogado:

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; (grifos nossos).

O direito do preso de se entrevistar pessoal e reservadamente com seu advogado é substancialmente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, tanto, que é previsto em pelo menos três leis distintas. Apesar de constituir, na Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), direito do advogado, *o de comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente*, não duvida-se que, por relação de causa e efeito, apresenta-se como um direito reflexo do preso.

1.3.8 Direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)

Transcrevendo mais uma vez dispositivo da Carta Magna, o direito ao silêncio, que é apenas um desdobramento do direito a não produzir prova contra si mesmo, está previsto no art. 5º, LXIII, nos seguintes termos: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”, ou seja, é um direito que está expresso na Lei Maior e que deve ser informado ao preso, sob pena de nulidade da prova obtida por violação a tal direito. Como bem esclarece Renato Brasileiro, “*não convence a tese de que não é necessária a advertência quanto ao direito ao silêncio sob o argumento de ninguém pode alegar o desconhecimento da lei*”¹³. A lição do autor parece em convergência com o previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88, até porque, a redação do referido dispositivo constitucional é expresso quanto à necessidade do preso ser informado do direito ao silêncio. Caso contrário, a Constituição teria silenciado quanto a primeira parte do inciso: **o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...**

O direito ao silêncio não se restringe só ao acusado permanecer calado quando indagado. Vai além, no sentido de que o silêncio não pode ser interpretado de forma desfavorável àquele que permaneceu silente. Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, no HC 229340 / SP, vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SILÊNCIO DO ACUSADO. SITUAÇÃO QUE NÃO FOI INTERPRETADA EM PREJUÍZO DA DEFESA. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. CARACTERIZAÇÃO. AGRAVAMENTO DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA PREVISTA NA LEI N.º 11.343/06. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA OU LESÃO À LIBERDADE LOCOMOÇÃO. NÃO-CABIMENTO DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal é claro ao prescrever que o silêncio do acusado não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

2. Na espécie, contudo, o silêncio do Paciente na fase extrajudicial foi apenas um dos elementos que levou à convicção do órgão julgador, já que a sua condenação baseou-se na prisão em flagrante, no laudo toxicológico e nos depoimentos dos policiais que participaram da prisão.

3. Assim, ainda que o acórdão não devesse ter feito referência ao silêncio do acusado, não houve prejuízo ao réu, pois a sua condenação não está fundamentada apenas nessa circunstância, mas em diversos outros ele-

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 58.

mentos de prova. Logo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, não há nulidade a ser declarada¹⁴.
 [...] (grifo nosso).

De acordo com o mencionado, no início deste subitem, o direito ao silêncio é apenas uma espécie do gênero *o direito a não produzir prova contra si mesmo*. Existem outros desdobramentos, como bem lembra Renato Brasileiro¹⁵, tais como: direito a não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, a inexigibilidade de dizer a verdade, o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, entre outros.

1.3.9 Direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações e de dados pessoais

Os direitos e garantias individuais, presentes no processo penal, guardam relação de descendência dos previstos na Constituição Federal. Tanto é assim que a referência máxima é a Lei Maior. Com o direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações e de dados pessoais não é diferente. A CF/88 consolida este direito no art. 5º, nos incisos XI e XII, vejamos:

Art. 5º, CF/88.

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
 XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
 [...]

Ao acusado, estando preso ou respondendo em liberdade, é assegurado o direito a não violação de sua casa, de suas comunicações e dados, ressalvados os casos previstos em lei. Tal direito apresenta-se como uma zona de limite ao Estado na persecução penal, não podendo se valer de meios violadores de direitos para subsidiar possíveis condenações penais.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 229340 / SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. pp.62-65.

Estamos diante de um direito (à inviolabilidade) que a própria Constituição mitiga, quando prevê casos específicos em que tal direito é momentaneamente afastado.

A inviolabilidade da casa, das comunicações e de dados pessoais, é fruto da consagração da dignidade da pessoa humana, princípio universal, que serve como zona fronteira para a atuação do estado em detrimento do ser humano.

2 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

2.1 Origem

O Direito processual penal do inimigo é um desdobramento da tese criada pelo autor alemão Günther Jacobs, a do Direito penal do inimigo. Tese esta que provocou e ainda provoca debates, motivados por sua proposta contrária à evolução do direito penal no cenário moderno.

Para o referido autor deve existir dois tipos de direito penal, (i) um para o cidadão convencional, que respeita as regras impostas pelo Estado, para uma harmonização social apta a possibilitar o desenvolvimento natural da sociedade, e, (ii) outro para aquele que, de forma reiterada, não se pauta pelas regras pré-estabelecidas, apresentando-se como um risco para a sociedade, já que infringe corriqueiramente as normas, afastando-se da conduta média que se espera de um cidadão convencional, tornando-se um inimigo da sociedade e do Estado.

A tese do direito penal do inimigo¹⁶, criada por Jacobs, prevê regras penais e processuais penais diversas para aqueles considerados como inimigos, onde a aplicação de sanções pode se dar de forma antecipada. O indivíduo tido como inimigo pode ser submetido a um processo penal, porém com direitos e garantias substancialmente restringidos, quando não suprimidos totalmente.

Para uma melhor compreensão de como e por que surgiu a teoria do direito penal do inimigo, faz-se necessário uma análise de fatos históricos, como também uma análise doutrinária da diferença entre direito penal do fato e direito penal do autor.

A humanidade experimentou momentos que, se possível, melhor seria que fossem apagados do mundo dos fatos, entre os quais estão a primeira e segunda guerra mundial. A Segunda Guerra teve em suas origens o nascimento de um regime que tomou por premissa o suposto desnivelamento entre seres humanos, julgando-se alguns (judeus, homossexuais, ciganos, entre outros) como seres inferiores, que não gozavam dos mesmos direitos e garantias dos “eleitos como raça superior, digna de existir”.

¹⁶ Preferimos utilizar a expressão teoria do direito penal do inimigo pelo fato de não existir, formalmente, um ordenamento com tais regramentos.

Conforme descreve Rogério Greco¹⁷, quando na Alemanha, em meados de 1933, o partido nacional-socialista venceu as eleições e chegou ao poder, houve o início de uma série de promessas feitas nas campanhas eleitorais. Continua, mencionando Francisco Muños Conde, que, com Adolf Hitler no poder, o partido nacional-socialista começou a “reorganizar” o ordenamento alemão por meio de projetos com finalidades obscuras, onde alguns indivíduos seriam punidos independentemente da prática de qualquer conduta, por exemplo, a castração de homossexuais e a prisão por tempo indeterminado de alcoólatras e de prostitutas.

Para entendermos de forma mais clara essa seleção abstrata de indivíduos considerados estranhos - punidos pelo o que são e não pelo o que praticaram -, faremos uma diferenciação entre *Direito penal do fato* e *Direito penal do autor, a posteriori*.

2.2 Base jusfilosófica

A expressão inimigo, utilizada na tese do professor de Bonn¹⁸, remete a autores como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Para Rousseau e Fichte, na concepção de Jacobs, quando um indivíduo pratica conduta considerada como crime, viola o próprio Estado, pois viola um contrato social que fundamenta a própria existência do Estado. Citando Rousseau e Fichte, aduz Jacobs:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contato, entendem o delito no sentido de que o delinquente (*sic*) infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma mesma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão. De modo similar, argumenta Fichte: quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cida-

¹⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Acesso em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>.

¹⁸ Günther Jacobs é atualmente professor aposentado da Universidade de Bonn (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn), localizada na cidade de Bonn, Alemanha.

dão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.¹⁹

Como bem lembra Jacobs, para Rousseau e Fichte o indivíduo que comete ato considerado crime, ou seja, que se desvia, mesmo que uma única vez, da conduta esperada por um cidadão, torna-se inimigo do Estado, por violar um contrato pré-estabelecido. Porém, não é nesse sentido que perfilha o professor alemão, preferindo distinguir o criminoso do inimigo. Para Jacobs, o cidadão comete crimes, sem, contudo, por em risco a própria figura do Estado, permanecendo com a qualidade de cidadão, já para ser considerado inimigo, o indivíduo deve adotar uma postura de não aceitação da legítima existência do Estado, atentando de maneira a desestabilizar este por meio de reiteradas condutas. Ou seja, não é um único ato, como pensava Rousseau e Fichte, que vai extirpar do indivíduo a condição de cidadão.

A distinção entre delinquente e inimigo, sustentada por Jacobs, tem como fonte ensinamentos de autores como Hobbes e Kant. Para Hobbes, segundo o professor de Bonn, o delinquente mantém seu *status* de cidadão, não podendo por si mesmo eliminar tal condição, sendo esta a regra - com exceção de casos como uma rebelião, que se caracteriza como uma rescisão da submissão dos indivíduos ao Estado, uma recaída ao estado de natureza, onde inexistente a figura do estado e se é permitido tudo.²⁰

Nas palavras de Jacobs, Kant sustenta que qualquer indivíduo tem o direito de obrigar que outro adira a uma constituição cidadã, afastando-se do estado de natureza (fictício) e aderindo a um estado estatal e, caso determinado indivíduo ou povo não aceite se submeter ao estado estatal, pode ser retirado do convívio social e expulso, não sendo tratado como pessoa, mas como inimigo.²¹

Influenciado principalmente por Hobbes e Kant, defende o professor alemão que, quando determinado indivíduo opta por não trilhar uma vida em convergência com a conduta de cidadão – desfrutando de direitos e cumprindo seus deveres -, é como se ele negasse sua própria condição de cidadão, retrocedendo ao estado de

¹⁹ JACOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 25/26.

²⁰ JACOBS, CANCIO MELIÁ, *Ob. Cit.* p. 27.

²¹ JACOBS, CANCIO MELIÁ, *Ob. Cit.*, pp. 28-29.

natureza imaginado por Hobbes, que age segundo sua própria consciência, sem reconhecer qualquer regra *erga omnes*.

Quando um cidadão, de maneira repetida, não respeita as condições postas pelo Estado, é como se estivesse abrindo mão da própria condição de cidadão, violando o contrato social, passando, por conseguinte, a ser regido por regras diversas das pré-estabelecidas.

Desta feita, para que um indivíduo seja inserido no conceito de inimigo, alguns requisitos devem ser preenchidos, quais sejam: (i) condutas criminosas reiteradas, (ii) não submissão a um Estado constitucional, e, (iii) práticas que afrontem o próprio Estado, sua existência.

Tais requisitos são importantes para que haja um marco mínimo, capaz de separar os conceitos de criminoso e inimigo. O criminoso, mesmo atuando de forma reiterada em violação às normas legais, não afronta a própria existência do Estado. Apesar de seus atos causarem incômodo à sociedade, não amedrontam-na como um todo. Ademais, o criminoso se submete às sanções impostas pelo Estado. Exemplificando, imaginemos um determinado cidadão que comete furtos de forma permanente e que, vez por outra, é flagrado e preso por tais delitos, cumpre a pena imposta e volta ao convívio da sociedade, porém, sem abandonar as práticas ilícitas. Pergunta-se, tal indivíduo deve ser considerado inimigo, segundo a tese de Jacobs? Após minuciosa leitura da obra *Direito penal do inimigo: noções e críticas*²², entendemos que não. Tal indivíduo, mencionado na situação hipotética, não pode ser considerado inimigo, por faltar nas suas condutas a presença de um dos requisitos: condutas que ponham em risco a própria existência do Estado.

A missão de enquadrar determinado indivíduo como inimigo não é tão fácil e nem se pode estabelecer de forma abstrata, mas, caso a caso.

O próprio Jacobs não delimita de forma muito clara quem são aqueles considerados inimigos, o que dá ensejo a interpretações equivocadas de sua tese, muitas das vezes demonizando-a. Um exemplo esclarecedor de indivíduo que pode ser considerado como inimigo é o terrorista. Este que não aceita as regras legais e as rechaça por princípio, tendo em vista ser seu objetivo desestabilizar a ordem estatal.

²² JACOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

O escritor alemão sustenta que quando um indivíduo perde a qualidade de cidadão e passa a ser considerado uma ameaça à ordem jurídica, um inimigo, não se espera o cometimento por parte deste, de algum ato material, podendo haver uma interceptação em estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

O inimigo é tido como um risco que deve ser eliminado.

Não obstante todas as considerações feitas até aqui, algumas perguntas subsistem, de forma a exigir tantas outras reflexões. Afinal de contas, quem pode ser considerado inimigo? Qual o momento em que o cidadão perde esta condição e passa a ser um perigo? É necessário o cometimento de condutas reiteradas? Pode existir a metamorfose do status de criminoso para o de inimigo com base nas mesmas condutas criminosas? Analisemos cada uma dessas perguntas.

Já foi analisado neste subitem que não se apresenta como tarefa simples enquadrar determinado indivíduo no *status* de inimigo, não havendo delimitação clara nem mesmo do criador da tese do Direito penal do inimigo.

Não há um conceito formulado, mas conteúdo para caracterizá-lo. O próprio autor traz como exemplo de um potencial inimigo a figura do terrorista, que não se submete à ordem constitucional, agindo de forma violenta contra a estabilidade (curto prazo) e existência (longo prazo) de determinado Estado. Neste exemplo se verifica, de maneira aparentemente clara, que o simples fato do indivíduo ser terrorista, participando de alguma organização ou mesmo ostentando tal condição de maneira isolada, é o suficiente para ser considerado como inimigo. Aqui, o direito penal do inimigo se confunde com o direito penal do autor, basta o indivíduo ter determinada qualidade (por exemplo: terrorista) para se enquadrar no *status* de inimigo. É o que vem sendo adotado, em regra, pelos EUA, na “guerra ao terror”, onde o perigo (terroristas e organizações terroristas) é tratado de forma diferenciada dos demais crimes. O uso de veículos aéreos não tripulados, vulgarmente conhecidos como “drones”, são comumente utilizados no “combate ao terror”, onde supostos terroristas são sancionados (executados) sem serem submetidos a sequer um esboço de instrução processual penal para apurar suas condutas.

Deixando de lado o exemplo do terrorista e pensando, Por exemplo, num indivíduo, chefe de uma organização criminosa que comanda boa parte do tráfico de drogas de um país como o Brasil, que põe em risco instituições do Estado, como o Poder Judiciário, pergunta-se: tal indivíduo pode ser considerado um inimigo segundo a tese de Jacobs? Entendemos que sim, já que existem requisitos como: não

submissão à ordem constitucional, práticas ilícitas reiteradas e, risco à existência do próprio Estado. Contudo, a dificuldade reside em saber em qual momento será considerado inimigo. Na situação hipotética do terrorista, o status de inimigo nasce com o nascimento da figura do terrorista, o que não é o caso do chefe de uma organização criminosa tomada como exemplo. No caso do terrorista, sua periculosidade é abstrata, já no do chefe de uma organização criminosa, deve existir alguma prática que eleve o *status* de criminoso para o de inimigo, como, por exemplo, o assassinato de juízes, promotores, secretários de segurança pública, entre outros.

No nosso entender, em resposta a última pergunta posta, não há como haver a metamorfose da condição de criminoso para a de inimigo pelo cometimento das mesmas práticas.

Jacobs, influenciado pelos escritos de Hobbes e Kant, diferencia a figura do criminoso daquela do inimigo. O criminoso pratica condutas ilícitas, sem, contudo, pôr em risco a existência do Estado. Retomemos um exemplo de outrora, de um indivíduo que tem por princípio a prática de furtos - eleita como ocupação habitual -. Mesmo que tal indivíduo venha a ser preso e punido (encarcerado) e depois retome às mesmas práticas, não vislumbramos tal indivíduo na condição de inimigo, segundo a teoria de Jacobs. Mesmo na hipótese do indivíduo permanecer com tal comportamento ocupacional (prática de furtos) pelo resto de sua vida, não há a presença de qualquer risco às instituições que materializam o Estado, não sendo, portanto, suficiente para elevá-lo à condição de inimigo. Seguindo tal raciocínio, defendemos a impossibilidade de existir uma metamorfose da condição de criminoso para a de inimigo pela repetibilidade da conduta ilícita.

2.3 Direito penal do fato e direito penal do autor

O direito penal do fato pode ser compreendido como sendo aquele que toma por base, para a aplicação da pena, a conduta delituosa de quem a praticou, se pune o agente pelo o que ele fez, sem, contudo, tomar por base características pessoais. Rogério Greco cita Claus Roxin na conceituação de direito penal do fato, *in verbis*:

por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condu-

ção de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se trata de um direito penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção.²³

Por sua vez, o direito penal do autor se apresenta em compreensão oposta ao do direito penal do fato. Enquanto neste não se leva em consideração as características pessoais do agente, mas, tão só, o fato praticado, no direito penal do autor o indivíduo é punido pelo o que ele é, pelo seu estilo de vida, por sua personalidade. Não se fala em conduta, mas, em características.

A maioria dos ordenamentos jurídicos fundamentados num estado democrático de direito adota sistemas que mais se aproximam do direito penal do fato, afastando-se do direito penal do autor, por este seguir na contramão da evolução das ciências criminais.

O direito adotado pelo sistema penal alemão, quando da assunção de Hitler ao poder, como também do partido nacional-socialista, foi, inequivocamente, o do direito penal do autor, já que não se falava em conduta, mas, em estilo de vida, de características pessoais.

2.4 Direito penal do inimigo e direito penal do autor

Não se pode confundir a tese criada por Jacobs, “Direito Penal do Inimigo”, com o direito penal do autor, apesar de existir uma proximidade conceitual entre ambas.

O direito penal do autor, como já analisado, é aquele regramento legal que é aplicado a determinado indivíduo, ou grupo de indivíduos, pelo o que é (são), por seu(s) estilo(s) de vida, sua(s) personalidade(s). O indivíduo é sancionado/segregado por se diferenciar nos aspectos pessoais em relação àquele eleito como a regra, o tradicional. Como já exposto anteriormente, no auge do poder nazista, representado pelo seu líder máximo, Adolf Hitler, o direito penal do autor foi utilizado por excelência. Grupos como judeus, homossexuais e ciganos, por exemplo, foram sancionados sumariamente. Alguns executados de forma direta, outros enviados aos campos de concentração, para trabalharem de forma forçada, sob condições sub-humanas.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 375.

O direito penal do autor afronta em grau máximo o princípio universal da dignidade da pessoa humana, pois cria hierarquia de existência para seres da mesma espécie. O direito penal do autor aflorou-se nos momentos mais marcantes, negativamente falando, da ação do homem contra seu semelhante. O direito penal do autor está inserido na mesma linha de raciocínio da que sustentou a existência de ações humanas, como a escravidão e o *Apartheid*²⁴.

Em alguns países, sobretudo os que experimentam um estado democrático de direito, é inimaginável a adoção do direito penal do autor.

Após a Segunda Guerra Mundial, parte da humanidade, principalmente no Ocidente, tem empreendido esforços para tornar o planeta um lugar mais seguro, criando mecanismos internacionais aptos a estabelecer limites para a atuação humana, numa tentativa de se evitar episódios trágicos como os das duas guerras mundiais ocorridas. A Organização das Nações Unidas - ONU, criada oficialmente em 24 de outubro de 1945²⁵, foi um dos mecanismos criados por países como China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, para um diálogo entre os países, na busca, dentre outros propósitos, de soluções diplomáticas para possíveis conflitos e promoção do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

O direito penal do autor é um sistema normativo estranho, que destoa da evolução da humanidade e das leis penais existentes. O princípio universal da dignidade da pessoa humana ganha cada vez mais conteúdo, valorizando e fortalecendo a ideia de isonomia de existência entre os seres humanos, sem hierarquia existencial.

O direito penal do inimigo apresenta-se como um direito paralelo, um ordenamento penal discriminador, porém, não em relação a indivíduos pelo o que são, por suas características pessoais, como presente no direito penal do autor, mas em detrimento de indivíduos que, por não aceitarem as regras postas pelo Estado, cometem, reiteradamente, condutas tidas como infrações penais, colocando em risco a própria credibilidade do Estado como detentor do poder de dirimir os conflitos existentes na sociedade.

²⁴ O *Apartheid* foi um regime de segregação racial que vigorou na África do Sul durante os anos de 1948 a 1994, onde os habitantes foram divididos em grupos raciais, inclusive segregando-se as áreas residenciais.

²⁵ ONU BR. Acesso em <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/a-historia-da-organizacao/>>.

Percebe-se que o conceito de inimigo, na teoria de Jacobs, surge num momento posterior ao cometimento de reiteradas condutas, quando, a partir dessa quebra da ideia de conduta média esperada de um ser que vive em sociedade, nasce o rótulo de “inimigo”. No direito penal do autor a discriminação surge independentemente do cometimento de qualquer infração, o conceito de inferioridade existencial surge apenas pelo fato do indivíduo existir. Por isso, entendemos prudente fazer essa distinção entre os dois sistemas que corriqueiramente são citados e explicados como similares.

Manuel Cancio Meliá, na obra escrita juntamente com Jacobs - *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas* -, na parte que lhe cabe, eleva o direito penal do inimigo ao mesmo conceito de direito penal do autor, sob o fundamento de que “o *Direito Penal do Inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores*”.²⁶

Ousamos discordar do eminente autor, sobretudo pela diferenciação do momento em que surge a ideia de inimigo, na tese do professor alemão, e do momento que surge o direito penal do autor.

Na concepção de Jacobs, o indivíduo que destoa da conduta tolerável pela sociedade, infringindo de forma reiterada o direito posto ou os costumes de determinada sociedade, além de constituir um risco ao Estado, não merece e não deve ser tratado com o mesmo conjunto de leis e garantias reservado para o cidadão que procura se pautar pelo padrão mínimo de conduta exigida para a existência de um convívio social possível.

2.5 O direito penal do inimigo como direito penal de terceira velocidade

Para Silva Sánchez²⁷, o direito penal do inimigo está inserido naquilo que o autor chama de *direito penal de terceira velocidade*. Porém, para uma melhor compreensão desta denominação utilizada por Silva Sánchez, façamos uma abordagem

²⁶ JACOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 75.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal. Aspectos de La política criminal en las sociedades postindustriales**. Segunda edición. – Madrid: Civitas Ediciones, S. L. 2001. pp. 163/164.

nos conceitos de direito penal de primeira e segunda velocidades, para, enfim, debruçarmo-nos no de terceira velocidade.

O direito penal de primeira velocidade é aquele tido como clássico, que visa como última medida o encarceramento do indivíduo, a privação da liberdade, porém, observadas as garantias tradicionais, seja no direito penal ou no processual penal. Ou seja, como se trata de medida mais dura do Estado para com o indivíduo, a privação da liberdade deve ser precedida de todas as garantias.

Já o direito penal de segunda velocidade admite a aplicação de medidas diferentes da prisão, como, por exemplo, penas restritivas de direitos e de multa. Sendo que, nessa segunda velocidade, algumas garantias poderiam ser afastadas em razão de uma aplicação da pena de forma mais célere, muitas vezes sem a instauração de um processo. Um exemplo perfeito existente aqui no Brasil de direito penal de segunda velocidade é a Lei nº. 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais. Nos artigos 62 e 72, resta clara a presença do direito penal de segunda velocidade, onde se verifica, nos textos dos artigos, a presença de expressões como celeridade, e aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, se não, vejamos:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

(grifo nosso).

O art. 72, acima transcrito, prevê a possibilidade de aplicação de uma pena, caso o autor do fato aceite a proposta do Ministério Público, sem a necessidade de instrução processual, com a ausência de institutos como ampla defesa e contraditório que são marcantes no curso do processo.

O direito penal de terceira velocidade, na concepção de Silva Sánchez, seria a junção do direito penal de primeira e segunda velocidade. Seria o caso de penas de privação de liberdade (cárcere), com a flexibilização de garantias, podendo existir a aplicação antecipada de uma pena. Para o autor, o direito penal de terceira velocidade guarda estreita relação com o direito penal do inimigo, de Jacobs, tendo em

vista existir a ampla antecipação da proteção penal, ausência de redução de pena por esta antecipação e, flexibilização de garantias processuais. Silva Sánchez enxerga no direito penal do inimigo uma junção do direito penal de primeira e segunda velocidade, porém, com características suprimidas destes. No direito penal de primeira velocidade não se fala em penas diferentes do encarceramento, mas se mantêm as clássicas garantias, como, ampla defesa e contraditório; no direito penal de segunda velocidade existe a possibilidade de penas não privativas de liberdade, mas, por caracterizar penas mais suaves que a privação da liberdade, há a antecipação da pena e a flexibilização de garantias processuais; já o direito penal do inimigo, numa perspectiva de direito penal de terceira velocidade, vale-se das características mais duras dos direitos de primeira e segunda velocidades, quais sejam: (i) a utilização de penas privativas de liberdade, (ii) antecipação da proteção penal e, (iii) flexibilização de garantias processuais.

2.6 Direito processual penal do inimigo propriamente dito

O processo penal, como já mencionado no presente trabalho, é um instrumento que serve para a efetivação do direito penal. Em síntese, é um caminho que se deve percorrer para a aplicação de uma sanção penal, ressalvada hipóteses legais, como no caso da Lei nº. 9.099/95, que trata dos juizados especiais cíveis e criminais.

De acordo com o já exposto, o direito penal do inimigo é um direito coercitivo paralelo, *sui generis*, separado para aqueles que tenham sido eleitos como inimigos – perigo ao próprio Estado. Porém, tal direito para ser aplicado se vale de um instrumento distinto do convencional, de um processo com direitos e garantias minimizados, quando não, totalmente suprimidos. O direito processual penal pode ser compreendido como sendo o conjunto normativo que se materializa por meio de uma sequência de atos concatenados com o fim de efetivar a aplicação do direito material. O direito processual penal do inimigo segue parcialmente a lógica do conceito de direito processual penal, com ressalva de que aquele é regido por lógica própria, como assim o é o direito penal do inimigo. Ou seja, é voltado para viabilizar a aplicação ou absolvição daquele caracterizado como inimigo.

A caracterização do direito processual penal do inimigo será feita de forma autônoma, já que o próprio Jacobs não distinguiu bem as duas esferas.

O intitulado como inimigo, no processo penal diferenciado, não goza, seguindo o raciocínio do alemão Jacobs, dos mesmos direitos e garantias daquele que está submetido ao processo penal ordinário. Direitos como o de inviolabilidade de domicílio, comunicações e dados pessoais, e, garantias como a da plenitude de defesa, publicidade dos atos processuais, assistência de advogado de livre nomeação, entre outras, são flexibilizadas, e às vezes suprimidas.

Com a evolução das ciências criminais e a crescente valorização de princípios, como, da dignidade da pessoa humana, tanto o direito penal como o processual penal, inclusive no Brasil, disponibilizavam e ainda disponibilizam uma série de direitos e garantias que se apresentam como verdadeiras barreiras limitadoras do poder/dever de punir do Estado em desconformidade com os preceitos legais. No entanto, a legislação processual penal brasileira tem experimentado algumas flexibilizações, mormente, quando se trata de prisão temporária e meios de obtenção de provas.

Seria imprudente de nossa parte afirmar que existe de forma, sequer, implícita no ordenamento processual penal brasileiro a presença de um processo penal do inimigo, pelo menos seguindo o raciocínio do criador da tese. O processo penal do inimigo é aplicado quando o inimigo já foi identificado, o que é impensável na conjuntura constitucional pátria.

O direito processual penal do inimigo pode ser visualizado de forma mais próxima do que propunha o professor de Boon, no que os EUA denominam combate ao terror.

No ano de 2001, logo após os ataques terroristas aos EUA, com maior destaque os ataques às torres gêmeas, foi editada uma polêmica lei conhecida como *EUA Patriot Act*²⁸ (Lei Patriótica dos EUA), que disciplinava “legalmente” mecanismos para interceptar e obstruir o terrorismo. A lei suprime algumas liberdades civis, como também, direitos e garantias processuais penais, ou seja, um típico direito processual penal do inimigo. No caso do combate ao terror, encabeçado pelos EUA, temos a presença de todos os requisitos necessários para a configuração da tese de Jacobs, quais sejam: (i) condutas que põem em risco a própria existência do Estado - o perigo, (ii) a identificação do inimigo – o terrorista, e, (iii) um ordenamento penal e pro-

²⁸ EUA Patriot Act. Acesso em <http://www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/>.

cessual penal de aplicação específica para tais indivíduos identificados como inimigo – um direito penal/processual penal autônomo.

Dentre as medidas mais radicais presentes na *EUA Patriot Act*, estão: invasão de lares, interrogatórios e torturas de possíveis suspeitos, impossibilidade de constituição de advogado à livre nomeação. Trata-se de uma lei que viola frontalmente a dignidade da pessoa humana, sobretudo, pela quase total ausência de direito de defesa do acusado em face do órgão acusador. A finalidade da lei é a eliminação de um risco – o terrorismo.

Há uma distância significativa entre o que foi editado na *EUA Patriot Act* e o que existe no ordenamento processual brasileiro. Por mais que se tente caracterizar como processo penal do inimigo, comandos legais, como, o que permite uma prisão temporária mais prolongada para determinados crimes, não há compatibilidade com a tese de Günther Jacobs. De forma que, não visualizamos, nem mesmo de longe, a presença de um direito processual penal do inimigo na sistemática processual brasileira.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Diferença entre flexibilização e supressão

Já foi dito que os direitos e garantias individuais são conquistas adquiridas com muito esforço, resistência e mártires. Daí porque qualquer alteração no sentido de minimizar essas conquistas causarem enormes debates e resistências. Não olvidemos que o Direito, como ciência que é, acompanha a evolução da sociedade, com o fim maior que é o equilíbrio social em detrimento dos conflitos oriundos pela vida no contexto social. A eficácia ou não do Direito posto deixemos para o campo da sociologia, cumprindo entendermos que um tipo penal nasce para coibir determinada conduta não tolerada pela sociedade e que mereça a tutela do direito penal – última *ratio*.

A partir do momento que direitos e garantias não se prestam mais ao fim originariamente proposto, cabe sua reanálise.

Contudo, não confundamos flexibilização com supressão, aquela segue no sentido de diminuição de algo, temporária ou definitivamente, já a supressão nada mais é que a extinção, a retirada de uma realidade atual.

A flexibilização de um direito ou garantia seria uma menor incidência em favor de determinada pessoa que se insere em circunstância predeterminada. Vejamos como exemplo o prazo para conclusão do inquérito policial quando o indivíduo estiver preso, que é de 10 (dez) dias, segundo o que preconiza o art. 10, do CPP: “o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”. O texto é expresso em determinar que o prazo de conclusão do inquérito é de 10 (dez) dias se o indiciado estiver preso. Caso a prisão ultrapasse o prazo pré-estabelecido, sem que haja a conversão em prisão preventiva, cabe a incidência de uma garantia para assegurar o direito de liberdade de locomoção, garantia prevista no art. 5º, LXVIII, da CF/88 – “conceder-se-á ‘habeas-corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Por sua vez, a Lei n.º. 11.343/06 (lei de drogas) possui prazo diferenciado do previsto no Código de Processo Penal, sendo de 30 dias o prazo para conclusão do

inquérito policial caso o indiciado esteja preso. Vejamos a redação do art. 51 da referida lei: “o *inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto*”.

Na comparação entre os prazos constantes no CPP e na Lei n.º. 11.343/06, resta claro que houve uma flexibilização do direito do indiciado responder em liberdade. O prazo ordinário de 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito policial quando o indiciado estiver preso foi elástico, por força da lei de drogas, em detrimento do indiciado por suposta prática de condutas específicas, inseridas na Lei n.º. 11.343/06.

3.2 Diferença entre flexibilização legal e flexibilização casuística

A flexibilização de direitos e garantias - tomando-se por base a sistemática jurídica brasileira, que tem como Lei Maior a Constituição Federal - deve ter previsão legal (leia-se: deve ter sido aprovada pelo Poder Legislativo, já que se trata de matéria processual – art. 22, da CF/88). Não podendo o órgão julgador, segundo sua consciência, sem qualquer amparo legal, reduzir ou suprimir direitos e garantias assegurados em lei.

Como já foi dito anteriormente, a Direito evolui de acordo com as mudanças da sociedade. Caso um direito e garantia esteja em confronto com a finalidade de todo um ordenamento jurídico, não há razão para a sua aplicação, podendo ser mitigada (flexibilizada) em face de outro direito ou de outra garantia de mesmo patamar constitucional, desde que seguida as regras legais.

O princípio da legalidade é um dos pilares que sustentam todo o conjunto normativo pátrio, previsto na CF/88, no art. 5º, II, como a seguinte redação: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Por força do mencionado princípio, entendemos não ser possível uma flexibilização de direitos e garantias sem a edição de uma lei, como exigido no art. 5º, II, da CF/88.

A flexibilização casuística segue entendimento oposto ao da flexibilização legal, sendo aquela sem amparo legal e sem respeito ao princípio da legalidade. Algo incompatível à luz da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a extinção seria a supressão de um direito ou de uma garantia do próprio ordenamento.

3.3 (Im) Possibilidade de flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal à luz da CF/88

Não há direito absoluto, ou seja, que não possa sofrer ponderação em face de outro de mesma importância. A flexibilização de um direito ou garantia, desde que respeitado o princípio da legalidade, é possível. Existe forte tendência de se demonizar uma mínima proposta de flexibilização, surgindo logo a equiparação de tais medidas com o direito penal do inimigo. Contudo, não caminhamos nesse sentido. Perfilhamos a doutrina de que direitos e garantias individuais não podem ser suprimidas, mas flexibilizadas em favor de interesses tão importantes quanto.

O art. 60, §4, IV, da CF/88, tem o seguinte texto:

*A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 (...)
 IV - os direitos e garantias individuais*

Como se pode notar, os direitos e garantias individuais receberam tratamento de excelência pelo texto constitucional, elevando-os ao *status* de cláusula pétrea. O que não significa aplicação absoluta. Um exemplo bastante esclarecedor da possibilidade de flexibilização legal de um direito individual é o previsto no art. 53, da Lei nº. 7.210/84 (lei de execuções penais), que prevê dentre as sanções disciplinares o *isolamento* do preso, que significa restrições de, por exemplo, não receber visitas durante o período da sanção. Por outro lado, a CF/88, no art. 5º, LXIII, descreve que é direito do preso a assistência da família. O direito do preso de ser assistido por sua respectiva família foi flexibilizado pela restrição de visitas durante o período que o preso estiver cumprindo sanção de isolamento, nos termos do art. 53, da Lei de Execuções Penais.

Percebamos que o direito de assistência da família inclui o de ser visitado por esta. Percebamos ainda que, no cumprimento de sanção por falta disciplinar, o preso fica temporariamente sem direito às visitas, não há aqui uma supressão do direito individual de assistência pela família, prevista no art. 5º, LXIII, da CF/88, mas uma flexibilização de tal direito.

Corroborando o inicialmente exposto neste subitem, entendemos perfeitamente possível a flexibilização de direitos e garantias individuais, desde que em respeito

ao o sistema constitucional e sob o fundamento de que não há direito ou garantia absoluto.

3.4 Leis específicas de tratamento penal/processual penal mais rígido

Muito se tem debatido sobre uma influência da teoria de Jacobs no direito penal e processual penal brasileiro. As teses procuram se sustentar sob o argumento de recentes edições de leis que preveem penas mais rígidas, meios de obtenção de provas em suposto conflito com a Constituição Federal, flexibilização de direitos e garantias individuais inseridas em leis esparsas, dentre outros.

Passemos a tratar algumas leis na tentativa de verificar a (in)existência de resquícios do direito penal/processual do inimigo, de Günther Jacobs.

3.4.1 Lei nº. 12.850/13 – Nova lei que define crime organizado e dá outras providências

A Lei 12.850/13 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e dá outras providências.

A referida lei estabelece, de forma clara, o objetivo de atacar as condutas de um grupo específico inserido no contexto de organização criminosa. A definição de organização criminosa está descrita no §1º, do art. 1º, com a seguinte redação:

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.

A definição de organização criminosa, prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/13, não exige a prática de condutas, mas sim, uma associação de quatro ou mais pessoas, somados a outros requisitos objetivos e subjetivos. Com tal definição, o legislador não quis reprimir condutas propriamente ditas, mas, perigos. Depreende-se que o direito penal avança no sentido de tutelar atos meramente preparatórios. Há uma antecipação da repressão criminal.

O “simples” fato de um indivíduo integrar uma organização criminosa constitui um crime, com pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos e multa – art. 2º, da men-

cionada lei. Numa analogia própria, o fato de um indivíduo integrar uma organização criminosa, mostra-se como uma ameaça ao Estado, assemelhando-se ao tipo previsto no art. 147, do Código Penal (crime de ameaça), tipo legal com o seguinte texto: “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”. Interessante notar que os núcleos de tipo previsto no art. 147, do CP (palavra, escrito, gesto, ou qualquer outro meio simbólico), devem ser capazes de gerar temor a quem é ameaçado, o que configura um elemento subjetivo do tipo. A existência da organização criminosa é uma espécie de ameaça à coletividade e ao próprio Estado.

Contudo as semelhanças param por aí, pois, no crime de ameaça, a vítima sofre uma perturbação com a conduta do ameaçador. Há um dano psicológico na vítima, ou seja, no tipo em análise, o legislador impôs uma sanção à conduta capaz de gerar um dano, qual seja, o temor do ameaçado. Não se pode confundir o temor da vítima com a necessidade de concretização do mal injusto prometido. A presença deste último é prescindível para a consumação do delito. Já no crime ao qual está inserido aquele que integra uma organização criminosa, não há dano (temor), até por que a coletividade não consegue identificar a organização criminosa, que se organiza no silêncio e fora das vistas. Para que um indivíduo seja indiciado, processado e condenado, por integrar uma organização criminosa, é dispensável a necessidade de que tal organização tenha imposto temor à coletividade. Claro que existem exceções, como são os casos do Primeiro Comando da Capital (PCC) e do Comando Vermelho, em que a existência dessas organizações causam temor à sociedade, o que não é o caso de tantas outras organizações que não possuem a mesma repercussão.

Para os críticos da lei do crime organizado, há resquícios de um direito penal/processual do inimigo na referida lei. A previsão de penas consideradas altas, em comparação com os delitos do Código Penal, para aquele que integra uma organização criminosa, aproxima-se do direito penal do autor, no qual o indivíduo é punido independentemente da prática de uma conduta danosa propriamente dita.

Outras medidas previstas na Lei 12.850/13 são bastante atacadas pela ala dos que enxergam a presença de um direito penal/processual penal do inimigo no ordenamento pátrio, medidas, como: colaboração premiada (art. 4º); infiltração de agentes (artigos 10 a 14); acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações (artigos 15 a 17).

Para tais críticos, seriam medidas de rebaixamento do Estado num combate ao crime organizado. Críticas estas que transitam mais intensamente pelo campo da ética do que no da legalidade, debate o qual preferimos abstermo-nos.

3.4.2 Lei nº. 11.343/11 – Lei de drogas

A lei de drogas possui algumas peculiaridades, principalmente, no que tange à instrução criminal. Na referida lei, o tratamento dispensado ao usuário de drogas e ao traficante são bem distintos. Para o usuário as penas previstas são diversas da prisão, podendo ser: (i) advertência sobre os efeitos das drogas, (ii) prestação de serviços à comunidade, (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, todas previstas no art. 27 da Lei de drogas, podendo, ainda, o juiz, para cumprimento das medidas educativas, submeter o usuário à: admoestação verbal ou multa. A Lei, quanto ao usuário, não se preocupa em puni-lo, mas em ressocializá-lo. Tanto é assim que as penas nada mais são que medidas sócio-educativas.

Em sentido oposto, segue o tratamento dispensado pelo legislador ao identificado como traficante. Para este, as penas são de extremo rigor, como é o caso da pena prevista no art. 36 da Lei em comento, sendo de 8 (oito) a 20 (vinte) anos de reclusão, mais multa, podendo ser aumentadas de um sexto a dois terço, no arrimo do art. 40.

Além das penas excessivas previstas para aqueles que cometam os delitos consignados entre os artigos 33 a 37, da Lei nº. 11.343/11, há ainda, diferenciações na investigação e na instrução criminal. Na investigação criminal, o prazo para conclusão do inquérito, quando o indiciado estiver preso, será de 30 (trinta) dias, podendo ser duplicado – art. 51 da Lei de drogas. Prazo este, superior ao previsto no art. 10, do CPP, que é de 10 (dez) dias para o indiciado preso. Outra medida de polêmica exacerbada é a permissão, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, de procedimentos investigatórios, conforme previsto no art. 53, vejamos:

Art. 53, Lei 11.343/11. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Muitas são as críticas, principalmente no que toca à infiltração, de agentes da polícia, na rotina criminosa das organizações, a fim de facilitar o desmantelamento da mesma. Entendem os críticos ser medida de reconhecimento da própria incapacidade do Estado em prevenir e combater a prática de crimes, sem, contudo, valer-se de meios sorrateiros.

3.4.3 Lei nº. 7.960/89 – Lei que trata da prisão temporária

Não há uma convergência na doutrina da classificação de prisão, todavia, preferimos a adotada por Renato Brasileiro²⁹, que divide o gênero *prisão* em três espécies, quais sejam: (i) prisão extrapenal, (ii) prisão penal, conhecida como prisão pena e, (iii) prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena.

A prisão temporária está inserida na terceira espécie, sendo uma prisão que não decorre de uma pena, mas como um instrumento assecuratório das investigações ou do processo penal. Ou seja, é prisão que ocorre antes do trânsito e julgado de sentença penal condenatória.

A crítica sobre a prisão temporária repousa numa possível incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, onde o indiciado ou acusado não poderá ser declarado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Para a decretação da prisão temporária, pelo menos dois requisitos devem se fazer presentes. Requisitos estes consignados no art. 1º da Lei nº. 7.960/89, *in verbis*:

Art. 1º, Lei nº. 7.960/89. Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p.1175.

- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Como bem esclarece o texto legal acima exposto, os requisitos para a decretação da prisão temporária são a soma do inciso III com o inciso I ou II.

Dependendo da fundamentação para a decretação da prisão temporária, poderá inexistir o caráter excepcional exigido para a restrição temporária de um dos bens mais importantes para um indivíduo: a liberdade.

Nessa linha, caso um indivíduo pratique uma conduta que se subsuma ao tipo previsto no art. 157, do CP (roubo) e, que não forneça elementos necessários à sua identificação, poderá ter sua liberdade suprimida por um lapso temporal. Daí pergunta-se: qual a excepcionalidade presente para a decretação da prisão do indivíduo na situação hipotética? O receio de que o mesmo empreenda em fuga após sua liberação, sem que tenha havido sua real identificação? Esses são alguns dos questionamentos levantados em face da prisão temporária.

Outra forte crítica reside no fato da impossibilidade de uma análise mais apurada por parte do magistrado para o deferimento do pedido de prisão temporária, tendo em vista o curto prazo, de 24 (vinte e quatro) horas, que dispõe para fundamentar sua decisão.

O prazo da prisão temporária é de cinco dias, podendo, em caso de extrema e comprovada necessidade, ser prorrogado por igual período. Contudo, quando se tratar de crimes considerados hediondos, nos termos da Lei nº. 8.72/90, a prisão temporária terá o prazo de 30 (trinta) dias. Esse tratamento diferenciado para os crimes considerados hediondos tem dado ensejo para uma tentativa de caracteriza-

ção de um processo penal do inimigo, sob o fundamento de uma exacerbação indevida do prazo da prisão temporária.

3.4.4 Lei nº. 8.072/90 – Lei dos crimes hediondos

A Lei dos crimes hediondos, como o nome já traduz, trata de crimes com grau de reprovabilidade maior, ou seja, crimes que causam repulsa por parte da sociedade. Para tais crimes, o legislador entendeu por estabelecer tratamento mais rígido na seara penal e processual penal, insuscetíveis de graça, anistia e indulto (art. 2º, I), insuscetível, ainda, de fiança (art. 2º, II), com penas cumpridas inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 1º), além de prisão temporária com prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, §4º).

A Lei dos crimes hediondos caracteriza-se pelo tratamento de extremo rigor às condutas subsumidas aos tipos nela previstos. Tanto é assim que a lei nasceu com previsões destituídas de constitucionalidade, como era o caso da exigência prevista no §1º, do art. 2º, o de cumprimento de pena em regime integralmente fechado. Previsão esta declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959-7, oriundo do estado de São Paulo, que teve como relator o Min. Marco Aurélio. O entendimento foi no sentido de que o cumprimento de pena em regime integralmente fechado conflitava com a garantia da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, da CF/88.

Para a corrente que enxerga parcialmente um direito penal/processual penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei dos crimes hediondos apresenta-se como um flagrante exemplo de tal ocorrência, mormente pela exacerbação das penas, como também, pelo maior rigor para a progressão de regime - 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente – além de um prazo elástico para a prisão temporária.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL CARACTERIZA PROCESSO PENAL DO INIMIGO?

A tese do professor alemão Günther Jacobs e seus respectivos desdobramentos, assim como a flexibilização de direitos e garantias individuais, foram assuntos minuciosamente tratados no presente trabalho. Não por acaso. Mas com uma questão bem definida: a flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal caracterizaria um direito processual penal do inimigo?

Já abordamos e comprovamos a importância dos direitos e garantias individuais frente ao poder/dever de punir do Estado. Trata-se de conquistas conseguidas com demasiado esforço da sociedade e, inclusive, com a vida de mártires. Porém, ressalte-se, não são direitos e garantias absolutos. O ordenamento jurídico é um todo sistematicamente harmonizado com uma finalidade: o de possibilitar a vida em sociedade, impondo direitos e deveres aos cidadãos. Os direitos e garantias individuais não se elevam em importância em face do direito coletivo, possuindo ambos a mesma importância.

Os direitos e garantias, sejam individuais, sejam coletivos, devem coexistir, podendo haver uma ponderação dos bens jurídicos, de modo que não haja um total sacrifício de um ou de outro.

Os direitos e garantias individuais possuem suma importância, sobretudo para aquele que se encontra encarcerado. Porém, tais direitos e garantias encontram limites em outros direitos e garantias de mesma importância. Nesse momento, oportuno se faz as lúcidas lições de Alexandre de Moraes, contida na sua obra já mencionada no presente trabalho. Vejamos os ensinamentos do eminente doutrinador, *in verbis*:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se de princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.³⁰

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 24. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. pp. 32 e 33.

A flexibilização de um direito ou garantia individual não caracteriza necessariamente um retrocesso, deve-se analisar o contexto social em que se dá tal flexibilização. Já foi exposto alhures, o direito evolui acompanhando a evolução da sociedade. Não foram poucas as vezes em que a humanidade experimentou momentos de instabilidade político-social, que geraram repercussões na forma de agir dos cidadãos. O direito penal, como ramo do direito que possui sanções mais drásticas a um indivíduo, tem atuação em última alternativa, quando outros ramos não são suficientes para dirimir os conflitos que se apresentam.

A legislação em matéria penal/processual penal requer uma reflexão por parte do legislador de intensa dedicação, sob pena de se agravar uma situação existente.

O direito penal/processual penal está longe de ser a solução eficaz frente aos delitos que são praticados diariamente, mas sim, um “mal” necessário. “Mal”, pelo fato de inexistir sentimento de alegria em encarcerar um indivíduo pela prática de um delito. A restrição de liberdade de um indivíduo que pratica um crime gera consequências para a própria sociedade. Pois, na maioria dos casos, se trata de um cidadão ou cidadã que possui uma família. Família que sofre o abalo com a prisão de um de seus membros, o que pode gerar verdadeiro desequilíbrio familiar. Lembrando que uma sociedade é composta por famílias.

O direito penal/processual penal brasileiro tem experimentado possibilidades de sanções diversas da prisão, sobretudo com a edição da Lei n°. 9.099/95 (lei dos juizados especiais), reservando o encarceramento, seja a prisão pena, seja a prisão cautelar/processual, para casos excepcionais.

O sonho de uma sociedade justa, igualitária e com baixo grau de criminalidade sempre será buscado pela coletividade. Todavia, a realidade, mormente a brasileira, mostra-se bem distante da sociedade que desejamos. A nação brasileira tem vivenciado crescente aumento da criminalidade nas últimas décadas, que evolui a cada dia, desafiando os governantes e parlamentares. Aqueles em planos de segurança e combate efetivo, os últimos em elaborar tipos penais e agravar penas. Medidas que nem sempre surtem o efeito esperado, continuando a sociedade amedrontada, fazendo de suas residências verdadeiros refúgios, cercados por grades e demais instrumentos de proteção contra a forte atuação criminosas.

No apogeu da criminalidade estão as organizações criminosas, que se estruturam com base numa hierarquia própria, trilhando uma realidade paralela da qual está inserida a sociedade. As organizações criminosas de maior destaque no cená-

rio nacional e geradoras de maior preocupação para os governos em âmbito nacional e estadual são o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho. A primeira de origem paulista e a segunda, carioca. Tais organizações cresceram de tal forma que suas atuações ultrapassaram as fronteiras dos respectivos estados de origem.

No caso do estado do Rio de Janeiro, o Comando Vermelho é quem dita as regras em determinadas localidades, ficando o Estado sem atuação, sobretudo, quando se trata de segurança pública. São verdadeiros territórios dominados pelo crime, onde a circulação de armas e drogas é fato ordinário e as sanções por condutas contrárias à vontade imposta pela organização criminosa, resumem-se a execuções sumárias.

Numa tentativa de mudar tal realidade, principalmente pelos eventos como copa do mundo e olimpíadas, que o Brasil sediará em 2014 e 2016, respectivamente, o Estado do Rio de Janeiro tem adotado medidas de segurança pública de recuperação de territórios, até então dominados por organização criminosa. Medidas estas que tem como maior destaque as famigeradas Unidades de Polícia Pacificadora – UPP.

No Estado de São Paulo, a realidade da atuação do crime não é diferente. Com a atuação da maior organização criminosa do país, o PCC, o Estado tem encontrado, há décadas, dificuldades extremas de controle da atuação da referida organização. Não poucas vezes, o Estado tem “ficado de joelhos” frente às ações da organização. No ano de 2006, o PCC gerou uma sensação de descontrole e terror no estado de São Paulo. Conforme dados do jornal *O Estado de São Paulo*³¹ - *O Estadão* -, baseados num relatório desenvolvido pelo Laboratório de Análise da Violência da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, entre 12 e 21 de maio, cerca de 564 pessoas foram mortas por armas de fogo. No mesmo ano, inúmeros ataques foram registrados, cujos principais alvos eram ônibus, delegacias, agentes de segurança pública e prédios públicos. Quiçá, o ano de 2006, tenha sido o de maior afronta do PCC em face do Estado. A força da referida organização criminosa tem sido mostrada com certa frequência, bastando para sua aparição, uma intensificação do combate por parte das forças de segurança pública. No ano de 2012, segundo notí-

³¹ SOUZA, Bárbara. JOZINO, Josmar. Dos 564 mortos durante os ataques do PCC em maio de 2006, 505 eram civis. *O Estado de S.Paulo*, São Paulo, 27/06/2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,dos-564-mortos-durante-os-ataques-do-pcc-em-maio-de-2006-505-eram-civis,393894,0.htm>>. Acesso em: 01/01/2014.

cias do jornal *O Estado de São Paulo*³², em 11 (onze) meses, 106 (cento e seis) policiais foram mortos, supostamente, a maioria por ordens da cúpula do PCC.

Como se percebe, tais organizações criminosas recusam qualquer submissão à ordem constitucional, reagindo com extrema violência às tentativas do Estado em combater o crime organizado. Segundo a tese de Jacobs, seria o caso de aplicação de um direito penal/processual penal específico para os integrantes de tais organizações, já que se tratam de indivíduos que não aceitam as regras legais impostas pelo Estado e impõem uma realidade diversa da legalmente constituída, além de atacarem a própria existência do Estado.

Contudo, a sistemática jurídica pátria, que tem como lei maior a Constituição Federal, não permite a adoção de um direito penal/processual penal do inimigo, o que não significa, registre-se, a impossibilidade de medidas legislativas mais rígidas no combate ao crime organizado. Medidas como as que já foram analisadas, a exemplo das leis de números 12.850/13 (lei trata do crime organizado), 11.343/11 (lei de drogas), 7.960/89 (prisão temporária), 8.072/90 (crimes hediondos), dentre outras.

Um tratamento mais rígido, como o adotado pelas leis acima mencionadas, não significa a adoção de um direito penal/processual penal do inimigo. Este é um direito mais evidente, significa a existência de um ordenamento repressivo diferenciado para os intitulados como inimigos.

Um prazo mais dilatado para a prisão temporária de um indivíduo que pratica uma conduta, por exemplo, prevista no art. 33 da Lei de drogas, não pode ser inserido como exemplo de resquício da tese de Jacobs, até porque, qualquer indivíduo que cometa a conduta prevista no art. 33, da lei de drogas, estará sujeito a uma prisão temporária de 30 (trinta) dias.

A flexibilização de um direito ou garantia individual no processo penal, por meio de uma lei editada pelo órgão competente – o que, na realidade brasileira seria o poder legislativo federal -, é medida possível e legal à luz da Constituição Federal, não podendo haver, sob pena de violação à clausula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF/88), a supressão de um direito ou garantia individual. Flexibilização, como já foi objeto de análise neste trabalho, não se confunde com supressão. Significa uma res-

³² O ESTADO DE S.PAULO, São Paulo, 28/12/2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,em-11-meses-106-policiais-foram-mortos-por-bandidos-no-estado,-978309,0.htm>>. Acesso em: 08/01/2014.

trição de um direito ou garantia pré-existente em favor de um direito maior, preponderante.

Um direito ou garantia individual encontra limite num outro direito ou garantia.

Um exemplo de flexibilização de um direito individual que poderia existir sem que houvesse afronta à Constituição Federal seria a possibilidade de ocultação da identidade física e de dados pessoais daquelas pessoas que sejam arroladas como testemunhas contra organizações criminosas. O art. 217 do CPP prevê a possibilidade da retirada do réu da presença da testemunha, durante a inquirição desta, quando a presença daquele, causar humilhação, temor, ou sério constrangimento, desde que não seja possível a inquirição por vídeo conferência. Vejamos o dispositivo, *ipsis litteris*:

Art. 217, CPP. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.
[...]

Quando os réus forem membros de organizações criminosas, fato constatado ao longo da persecução penal, a periculosidade é presumida. Não há dúvidas do risco de morte que pessoas são submetidas quando arroladas como testemunhas contra tais organizações. Não é incomum a “queima de arquivo”, que nada mais é que a destruição de tudo que sirva como meio de prova, inclusive a vida de pessoas. Exigir a identificação de tais testemunhas gera duas situações: (i) a testemunha, revestida de coragem excepcional, depõe o que sabe, mesmo sob efetivo risco de morte ou (ii) omite a verdade por compreender as consequências que lhe esperam caso deponha o que sabe. Na maioria dos casos a segunda situação se apresenta.

Não seria nenhuma supressão de garantia ou direito individual a ocultação da identidade daquele que é arrolado como testemunha em tal situação, como é o caso daquele que depõe contra membros de organizações criminosas. De um lado está o direito à ampla defesa e ao contraditório (o conhecimento da identidade física e de dados pessoais da testemunha), do outro, o direito à segurança individual (a ocultação da identidade física e de dados pessoais da testemunha), que em última análise é o próprio direito à vida.

Apesar do art. 217, do CPP, prever a possibilidade da retirada do réu, desde que observados os requisitos ali presentes, a inquirição da testemunha será presenciada em qualquer caso pelo o defensor do acusado, o que em termos práticos, expõe a testemunha aos mesmos perigos.

No processo penal, o réu se defende dos fatos a si imputados, de forma que, mesmo diante do não conhecimento da identidade física, nem de dados pessoais da testemunha que depõe em seu desfavor, o réu tem todo o direito de se defender das informações prestadas pela testemunha, já que o processo se desenvolve sob o princípio do contraditório – art. 5º, LV, da CF/88.

A privação do réu e de seu respectivo defensor de conhecerem a identidade física e de dados pessoais da testemunha, restaria por destituí-lo do poder de contraditar esta, direito previsto no art. 214 do diploma processual penal, vejamos:

Art. 214, CPP. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

O afastamento do direito de contraditar a testemunha seria um alibi para aqueles que enxergam em qualquer flexibilização de direitos e garantias individuais a presença do direito penal do inimigo. Todavia, consigne-se que não se estaria privando o réu da ampla defesa e do contraditório, mas apenas mitigando o direito do acusado de ter o conhecimento de dados da testemunha, porém, disponibilizando-o todo o interrogatório, reduzido a termo ou por gravação sonora.

Tal flexibilização - privação do acusado e do seu respectivo defensor do conhecimento da identidade física e de dados pessoais da testemunha – não guarda relação com o direito processual penal do inimigo, apenas medida adotada diante de situações de grande complexidade, como é o caso de um processo penal no qual figuram como réus membros de organizações criminosas. Lembrando sempre que tal flexibilização não pode se dar de forma casuística, puramente discricionária do magistrado, mas, mediante lei.

Diante do exposto, entendemos ser possível uma flexibilização de direitos e garantias individuais no âmbito do processo penal, sem que isto caracterize a presença de um direito processual penal do inimigo.

A flexibilização de um direito ou garantia individual pode ser aceita, quando importe violação de outro direito ou garantia de mesmo patamar. Interessante notar que não se trata de uma flexibilização sem fundamento, mas, em respeito a todo um conjunto normativo.

Na situação hipotética exemplificada alhures, a testemunha que é arrolada para depor sobre fatos que envolvam membros de organizações criminosas, possui o direito individual à segurança pessoal, à preservação de sua integridade física e, em último desdobramento, o direito à vida. Este último, que estaria em sério comprometimento no caso hipotético. Por outro lado, está o direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurado ao acusado. Diante do conflito de direitos, o que há é ponderação de valores, de modo que um não suprima totalmente o outro. No caso da testemunha, a exposição de sua identidade significa verdadeira sentença de morte, ou seja, a supressão total do direito à vida. Já o não conhecimento por parte do acusado e de seu respectivo defensor da identidade física e de dados pessoais da testemunha não significa a supressão total do direito à ampla defesa e ao contraditório, mas apenas uma flexibilização de tal direito.

No direito processual penal do inimigo os direitos e garantias são suprimidos, sendo o acusado submetido a um conjunto de regras distinto do qual são submetidos os cidadãos comuns.

No processo penal brasileiro não há regras distintas para cidadãos e inimigos, havendo, sim, flexibilizações em face de acusados que pratiquem determinadas condutas, como são os casos (i) da prisão temporária com prazo elastecido (30 dias), para aqueles que pratiquem condutas previstas na Lei de drogas, (ii) para a progressão de regime para os condenados em crimes hediondos (dois quintos da pena, quando primário e três quintos, quando reincidente), dentre outros.

O que há no âmbito do processo penal pátrio são flexibilizações legais, com base em condutas consideradas de maior reprovabilidade, não importando a origem, classe social, ou modo de vida do acusado.

Desta forma, entendemos existir flexibilizações de direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, sem, contudo, a presença das características da tese do professor alemão Günther Jacobs, relativa ao direito processual penal do inimigo.

CONCLUSÃO

A má interpretação feita entre a *flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal* e o *direito processual penal do inimigo* gera uma consequência indesejada, que é a cristalização de tais direitos e garantias. Como exposto ao neste trabalho, os direitos e as garantias individuais são conquistas oriundas de muita luta e resistência e, por tal razão, devem ser preservados. O que não significa que são absolutos, podendo, por meio de uma ponderação de valores, ser mitigados em prol de outros direitos ou garantias de mesmo valor.

O direito processual penal do inimigo, como desdobramento do direito penal do inimigo, apresenta-se como um direito processual diverso, paralelo, separado de um direito processual penal convencional. Não é uma lei específica, por exemplo, lei que eleva o período de uma prisão temporária, ou condiciona um maior cumprimento de pena para a progressão de um regime prisional, que configura um direito penal/processual penal do inimigo. O agravamento de sanções pode ser uma medida necessária diante de um contexto social.

Uma redução no número de recursos previstos no direito processual penal pode ser entendido como uma mitigação/flexibilização da ampla defesa, porém, não como a sua supressão. Daí pergunta-se: tal flexibilização significa a influência de um direito processual penal do inimigo? Entendemos que não. Talvez a redução no número de recursos, previstos atualmente no processo penal, torne a persecução penal mais efetiva e alinhada com a justiça.

A flexibilização de um direito ou garantia individual não significa, necessariamente, a influência de um direito penal/processual penal do inimigo. Podendo significar um opção de política criminal diante de um contexto social que se apresenta. Uma flexibilização deve ser entendida como um ajuste, algo aberto a mudanças.

Entendemos ser plenamente possível a flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal, desde que mediante lei e por uma ponderação de valores. Que tal flexibilização se dê em observância a um bem jurídico tão importante quanto o que está sendo flexibilizado. Não defendemos flexibilizações temerárias, como o presente no direito penal simbólico³³, mas sim, pautadas por uma atuação

³³ Direito penal simbólico é aquele editado com fama de excessivo rigor, mas que na prática se mostra ineficaz, impraticável. Geralmente é editado como resposta a clamores momentâneos, como, p. ex., um crime brutal praticado por um menor que gera uma repercussão em favor da redução da maioridade de 18 para 15 anos.

legislativa fundamentada, que se apresente como uma melhoria para a situação que se tenta ajustar.

Um direito ou uma garantia fundamental deve servir para favorecer a aplicação da justiça, e não como instrumento de violação de outros tantos direitos e garantias.

A idealização de um Estado onisciente, onipresente e onipotente se apresenta como algo pueril. O Estado, como detentor do poder/dever de punir (*jus puniendi*), possui suas limitações. Determinados crimes devem ser tratados com maior rigor processual penal, o que não representa violação aos direitos e às garantias individuais.

A preservação da identidade e de dados pessoais de uma testemunha, por exemplo, que depõe contra membros de uma organização criminosa, pode ser feita sem que o direito à ampla defesa e o contraditório seja violado. O direito do réu de contraditar tal testemunha seria preterido em face da preservação à integridade física e à vida da testemunha. Ou seja, pode haver uma flexibilização de um direito ou garantia individual sem que haja violação, o que pode ser feito por uma técnica de ponderação de valores.

É nesse sentido que entendemos razoável o tratamento penal/processual penal mais rigoroso de leis, como: a que trata do crime organizado, a lei de drogas e a lei de crimes hediondos, que não representam resquícios de um direito penal/processual penal do inimigo, mas medidas que se alinham à realidade, já que uma visão romântica da atuação criminosa, sobretudo das organizações criminosas, pode levar o direito penal/processual penal à inutilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/11/2013.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08/11/2013.

BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 12/11/2013.

BRASIL. Lei Nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 16/11/2013.

BRASIL. Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. 17/11/2013.

BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 17/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 229340 / SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Relator originário: Min. Carlos Brito, Julgado em: 03/12/2008, DJe nº 104, Divulgado em: 04/06/2009, Publicado em: 05/06/2009.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José de Costa Rica, em 22/11/1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10/01/2014.

EUA Patriot Act. Disponível em <http://www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/>. Acesso em: 02/10/2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7399>>. Acesso em: 21/12/2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 15/10/2013.

JACOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Gaicomolli. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>> Acesso em: 20/12/2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 24. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

O Estado de S.Paulo, São Paulo, 28/12/2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,em-11-meses-106-policiais-foram-mortos-por-bandidos-no-estado-,978309,0.htm>>. Acesso em: 08/01/2014.

ONU BR. Disponível em <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/a-historia-da-organizacao/>>. Acesso em: 20/10/2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal. Aspectos de La política criminal en las sociedades postindustriales**. Segunda edición. – Madrid: Civitas Ediciones, S. L. 2001.

SOUZA, Bárbara. JOZINO, Josmar. Dos 564 mortos durante os ataques do PCC em maio de 2006, 505 eram civis. **O Estado de S.Paulo**, São Paulo, 27/06/2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,dos-564-mortos-durante-os-ataques-do-pcc-em-maio-de-2006-505-eram-civis,393894,0.htm>>. Acesso em: 01/01/2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.