

À EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA O DIREITO JUDICIAL DO INIMIGO ANALISADA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA MINIMALISTA-GARANTISTA¹

Manoel Francisco do Nascimento Júnior

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE;
Especialista em Ciências Penais pela Rede LFG, em parceria com a Universidade
Anhanguera para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal
(UNIDERP) e com o Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN);
Analista Judiciário da Justiça Federal em Pernambuco.

RESUMO: O Direito Penal do Inimigo, por consubstanciar um conjunto de regras esparsas que busca a segregação jurídica de indivíduos, é fortemente criticado por supostamente contrariar bens e valores fundamentais. Por isso, costuma-se apontar, como substituto mais adequado, o Direito da normalidade. Todavia, mesmo o Direito da normalidade pode, episodicamente, produzir resultado punitivo semelhante, nas hipóteses de flexibilização de direitos e garantias fundamentais implementada mediante operações hermenêuticas. Com o fito de debater a legitimidade dessa operação, pretende-se, por meio do presente trabalho, realizar um estudo crítico, à luz de premissas minimalistas-garantistas, daquilo que aqui é sugerido como possível evolução do Direito Penal do Inimigo: o Direito Judicial do Inimigo.

¹ Tese inicialmente esboçada em: NASCIMENTO JR., Manoel Francisco do. **A adoção do direito penal do inimigo no combate à criminalidade organizada brasileira:** uma ameaça ao Estado Democrático e Humanitário de Direito? Monografia final de curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Ciências Penais, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, em parceria com a Universidade Anhanguera para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e com o Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN), Recife, 2010.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs e o Direito Penal do Inimigo; 3. Principais reflexos do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Críticas postas e supostas; 5. O surgimento do Direito Judicial do Inimigo a partir de operações hermenêuticas; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Evolução. Direito Judicial do Inimigo.

1. INTRODUÇÃO

O senso comum parece ir ao encontro do posicionamento segundo o qual é preciso prestigiar a expansão punitiva – por intermédio da proposição de leis mais duras que visam a uma maior repressão e, até mesmo, a uma punição diferenciada – caso se queira atacar eficientemente a criminalidade contumaz.

De sua parte, a atual tendência político-criminal tem seguido essa coordenada, ao tratar o Direito Penal como o instrumento idôneo para a contenção da delinquência e ao promover um aumento quantitativo e qualitativo da intervenção penal, mediante a produção maciça de leis puramente simbólicas.

Isso pode ser visto claramente nos discursos dos políticos e nos debates sobre segurança pública. Também se revela na hora da aprovação de novas leis penais imbuídas de caráter repressivo com supressão de garantias ou ampliação de condutas típicas. [...] Assim, se de um lado aparecem cada vez mais leis penais no sentido de “frear” a crescente criminalidade, de outro aparecem leis simbólicas, que visam mais a uma resposta social ou cultural a determinados problemas do que propriamente à solução deles. A política criminal se “rearma”: o Direito Penal e as penas se expandem. O Direito Processual Penal está se adaptando as elevadas exigências que resultam disso. A execução da pena favorece cada dia mais a mera custódia e a “custódia de segurança” que havia quase sido esquecida, experimentando um inesperado renascimento. Repressão e punitivismo são os nomes

das idéias diretrizes da nova política criminal.²

O ordenamento jurídico brasileiro, como é de se esperar, não tem destoado dessa linha.

Com exceção das Leis 9.099/95 (juizados especiais), 9.072/98 (penas alternativas), 9.271/96 (Lei da revelia), 11.106/05 (descriminalização do adultério) e de normas esparsas encontradas nas Leis 10.343/06, 11.719/08, 11.689/08 e 11.690/08, praticamente todas as demais normas penais editadas após a Constituição Federal carregam tal concepção ideológica.³

De fato, o substrato teórico dessa resposta penal exacerbada parece estar concentrada na doutrina de movimentos punitivistas, notadamente na daquele que, liderado por Günther Jakobs, atribui ao Direito Penal o papel de instrumento de estabilização de expectativas sociais.

É nessa esteira que se inserem as proposições de um conjunto de regras que busca legitimar a segregação jurídica de indivíduos os quais não ofereçam garantias de comportamento fiel ao ordenamento. Contra eles é lançado um estatuto excepcional, com o fito de eliminação de perigos por meio da supressão de direitos e garantias individuais. Trata-se do Direito Penal do Inimigo, nitidamente distinto daquele aplicado aos cidadãos comuns.

É verdade que essa distinção encontra justificativa nos ideais de garantia da ordem pública e do interesse da maioria. Entretanto, por contrariar princípios e valores fundamentais, a adoção de um tratamento penal e processual penal diferenciado tem sido fortemente criticada, costumando-se apontar o Direito da normalidade como o mais adequado às bases

² CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. In: CALLEGARI, André Luís (coord.). **Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 12.

³ BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos de política criminal na atualidade: movimento de lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo**. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- UNIDERP|REDE LFG.

princípios do garantismo e aos princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da Política Criminal.⁴

Ocorre que mesmo o Direito da normalidade, no momento aplicativo da lei, pode converter-se em algo semelhante ao Direito Penal do Inimigo, a partir da adoção da nova dogmática de interpretação constitucional, que, por sua vez, admite a flexibilização de direitos e garantias em caso de conflito normativo.⁵

Em virtude da forte possibilidade da legitimação casuística daquilo que condena-se em sede legislativa – a segregação jurídica de inimigos –, seria plausível, em sede de ordenamento jurídico brasileiro, restringir direitos fundamentais em nome do combate à criminalidade? Em caso positivo, quais seriam os limites dessa restrição?

2. O FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Denomina-se ‘funcionalismo sistêmico’ o estudo que pressupõe a organização normativa de determinada sociedade a partir de sua configuração *in concreto*, baseado em mera descrição do sistema social, e isento de qualquer juízo normativo sobre a sua validade. A função do Direito Penal, aí, é de instrumento de estabilização de expectativas sociais, para o que a pena assumiria o propósito de uma prevenção geral positiva, qual seja, coação e resposta ao fato criminoso.

Com essa orientação, Günther Jakobs sustenta que o Direito Penal é subdividido em dois tipos ideais, que, como tais, não existem em suas formas puras, vale dizer, não compõem esferas isoladas. São, em verdade, duas tendências opostas de um mesmo contexto, que, em algum momento, podem se sobrepor. Trata-se do Direito Penal do Cidadão (*bürgerstrafrecht*) e do Direito Penal do Inimigo (*feindstrafrecht*).

⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O seu trabalho, inegavelmente engenhoso, parte da idéia de perda do *status* de pessoa para justificar a transição entre tais esferas, sugerindo que o Direito Penal do Inimigo seja aplicado ao criminoso contumaz, isto é, àquele que, ao se desviar do ordenamento jurídico por princípio, não oferece garantia de comportamento fiel à norma.

Nesse sentido,

[...] quando a expectativa do comportamento pessoal é frustrada de modo duradouro, desvanece a disposição para tratar o criminoso como pessoa. Destarte, o legislador [...] passa para uma legislação de combate – assim chamada abertamente – como no caso da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, dos “crimes sexuais e outras infrações penais perigosas”, bem como, de forma geral, no caso de “crimes”, sendo que, em cada caso, pretende-se combater indivíduos que [...] desviaram-se do Direito de modo supostamente duradouro, ou, pelo menos, decisivo, i. e., que não fornecem a garantia cognitiva mínima necessária para que sejam tratados como pessoas.⁶

E, ainda mais diretamente:

Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.⁷

A relação do Estado com o delinquente erigido à categoria de não-pessoa, aí, não é determinada pelo direito, mas pela coação. O sujeito despersonalizado é legalmente desprovido de alguns de seus direitos e passa a ser tratado como inimigo de Estado. Contra ele é autorizada verdadeira guerra em nome do

⁶ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12.

⁷ *Ibid.*, p. 17.

direito à segurança dos cidadãos; guerra na qual se observa: a) uma ampla antecipação da punibilidade para o âmbito da preparação; b) a inexistência de redução da pena proporcionalmente à antecipação; c) a transição da legislação penal para uma legislação de combate; e d) a supressão de garantias processuais, a exemplo do isolamento total do preso.⁸

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, à vista desse raciocínio, sintetizam as principais características desse fenômeno:

(a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais e fundamentais; (h) infiltração descontrolada de agentes policiais; (i) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (j) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).⁹

A distinção entre pessoa e não-pessoa, no contexto dessa diferenciação punitiva, está atrelada a idéia de contrafaticidade, pois, “da mesma forma que a vigência da norma não se pode sustentar de maneira totalmente contrafática, a personalidade também não”.¹⁰ É que a delinquência contumaz, por ser atitude anti-social, implica agressão ao conceito de personalidade, e não é possível conceber a noção de pessoa sem sociedade. Daí porque esse *status* é excluído do inimigo. Em termos mais claros, trata-se de pessoa

⁸ JAKOBS, Günther. A autocompreensão da Ciência Penal diante dos desafios da atualidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 103-104.

⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “**Direito penal**” do inimigo e os inimigos do direito penal. Revista *Ultima Ratio*. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, ano 1, p. 329-356. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

¹⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão...*, op. cit., p 10.

cometendo atos de não-pessoa de maneira constante, de sorte que a sua personalidade é excluída graças à crise conceitual.

Em uma sociedade liberal, na verdade, essa exclusão seria auto-exclusão, haja vista que a quebra da promessa de lealdade jurídica representaria o descumprimento de uma dívida portável.

O que fundamenta a suposição de um comportamento jurídico futuro é uma dívida portável elementar de todos os cidadãos, pois a convivência livre e sem receios somente é possível se for fundada nessa suposição, o que somente pode ser fornecida pelos próprios cidadãos. Não é possível alcançar a personalidade real, diretora da orientação, como se fosse um mero postulado; ao contrário, para ser pessoa, é preciso “participar”, e isso significa que o indivíduo precisa fazer sua parte, ou seja, garantir a lealdade jurídica suficiente. Assim, pois, o princípio mencionado deve ser complementado: todo aquele que promete fidelidade jurídica de forma ao menos relativamente confiável tem o direito de ser tratado como sujeito de Direito. Quem não faz essa promessa de forma credível será, tendencialmente, gerido por outrem; seus direitos serão subtraídos. Seus deveres permanecem ilimitados (ainda que, cognitivamente, não se conte mais com o cumprimento de deveres), caso contrário ele não seria criminoso por não existir uma violação de dever.¹¹

Contudo, para haver uma diferenciação punitiva, Jakobs afirma que determinados limites precisam ser respeitados. A lei não deve restringir todos os direitos do inimigo, e o Estado não deve obstruir a possibilidade de um acordo de paz posterior.¹² Além disso,

[...] o Direito Penal do Inimigo deve ser limitado ao necessário, independentemente do sempre existente mandamento da prudência, segundo o qual a violência deve ser mantida em seus limites mínimos, em virtude de seus efeitos colaterais corruptores.¹³

¹¹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo? Uma análise acerca das condições de legalidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 39-40.

¹² JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão..., op. cit., p. 8.

¹³ JAKOBS, Günther. Terroristas como sujeitos de direito. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio

É à luz do “mandamento da prudência” que o professor emérito da Universidade de Bonn parece fazer uma crítica à banalização de disposições próprias de um Direito Penal do Inimigo, consistente na introdução de uma quantidade incalculável de variantes e partículas que lhes são inerentes dentro do Direito Penal geral. Para tanto, menciona determinado dispositivo da legislação alemã, vigente desde a época do Terceiro *Reich*, que prevê a punição de atos preparatórios com a mesma pena do crime consumado (qualquer que seja a sua modalidade), o que permite a aplicação do Direito Penal do Inimigo em desfavor de não-inimigos, inclusive. Conclui, assim, ser isto uma ameaça ao Estado de Direito.¹⁴

O correto, *in casu*, para o teórico alemão, seria delinear o Direito Penal do Inimigo, ao invés de contaminar o Direito Penal do Cidadão com fragmentos que não lhes dizem respeito.¹⁵ De forma profética, o autor defende que, porque a sociedade inevitavelmente continuará tendo inimigos, à Ciência Penal competirá essa tarefa, sob pena de sucumbência do próprio Direito Penal.

Assim,

Se ela [Ciência Penal] não quiser reconhecer a necessidade deste último [Direito Penal do Inimigo], será marginalizada pela sociedade economicamente dominante por falta de efetividade. Se ela tratar da mesma forma tudo que se reúne sob o nome de “Direito Penal”, capitulará, com sua capacidade de distinção, diante da Política, abandonando-se, pois, a si mesma. Assim, resta à Ciência Penal, que não pode determinar o destino da viagem da sociedade, a tarefa de, ainda assim, dar nome às direções tomadas.¹⁶

Indagado acerca da legitimidade de sua teoria, o catedrático germânico sustenta que renunciar a um Direito Penal do Inimigo implicaria esvaziar o direito do cidadão à segurança. Ao Estado de Direito, então, restaria a

Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 63-64.

¹⁴ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão..., op. cit., pp. 17-18.

¹⁵ JAKOBS, Günther. Terroristas como sujeitos..., op. cit., p. 68.

¹⁶ JAKOBS, Günther. A autocompreensão..., op. cit., p. 106.

possibilidade de retroceder ou sucumbir para evitar que os cidadãos se afoguem no sangue dos inimigos.¹⁷

Em face dos polêmicos conceitos utilizados e da ousadia com que cuida dos autores de delitos mais contundentes, os escritos de Günther Jakobs compõem aquilo que mais atenção tem despertado nos estudiosos, no que atine à exacerbação punitiva. O Brasil - como se verá no ponto seguinte -, não destoando da atual tendência político-criminal, tem seguido à risca essa linha.

3. PRINCIPAIS REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A despeito da incumbência dada por Jakobs à Ciência Penal, inexistem, nos ordenamentos jurídico-penais, um conjunto normativo ordenado e lógico a que se possa denominar Direito Penal do Inimigo. Existem, sim, em seu lugar, manifestações avulsas, introduzidas com frequência por meio de legislação especial.¹⁸

No Brasil, a situação não é diferente.

O primeiro exemplo que costuma ser lembrado é o do antigo §1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90,¹⁹ que, por estabelecer o cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os autores de crimes hediondos, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de violação da garantia da individualização da pena, insculpida no inc. XLVI do art. 5.º, CFRB.²⁰

A mesma lei, no entanto, ainda prevê que os condenados pelos crimes ali descritos não terão direito à anistia, à graça e ao indulto (art. 2.º, inc. I), passagem essa considerada válida por parte do Pretório Excelso, à vista do mandamento contido no inc. XLIII do art. 5.º, CFRB.²¹ Tal restrição

¹⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo...*, op. cit., p. 50.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “**Direito penal**” do inimigo e os inimigos... Op. cit.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Vide STF, HC 82.959, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795.

²¹ Vide STF, HC 77.528, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1999, DJ 22-02-1999 PP-00058 EMENT VOL-01968-02 PP-00285; STF, HC 80.886, Relator Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 22/05/2001, DJ 14-06-2002 PP-00157 EMENT VOL-02073-02 PP-00368; e STF, HC 81.564, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em

normativa é, ainda, repetida no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), para os que pratiquem os crimes relacionados à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 33, *caput* e §1.º, 34 e 37).

Igualmente digna de menção é a vedação legal à liberdade provisória, contida não apenas na Lei de Crimes Hediondos (art. 2.º, inc. II), mas, também, nas Leis n.º 9.034/95 (art. 7.º), n.º 9.613/98 (art. 3.º, *caput*), n.º 10.826/2003 (art. 21) e n.º 11.343/2006 (art. 44).

Contra essa proibição, é possível vislumbrar uma mudança de postura no âmbito do Supremo Tribunal Federal: trata-se de julgado que, em sede de controle concentrado – e à luz dos princípios da presunção de inocência, da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal – reconheceu a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei de n.º 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).²²

Em julgamento recente, o Ministro Celso de Mello defendeu a extensão dessa orientação para fulminar dispositivos semelhantes, ao duvidar da constitucionalidade do art. 7.º da Lei de n.º 9.034/95, *in verbis*:

[...] A interdição legal “*in abstracto*”, vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do “*due process of law*”, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar. [...] ²³

19/02/2002, DJ 05-04-2002 PP-00038 EMENT VOL-02063-02 PP-00251.

²² Vide STF, ADI 3112, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

²³ Vide STF, HC 94404, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008,

Também recentemente, o Guardião da Constituição entendeu haver repercussão geral no que tange à controvérsia sobre a impossibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas (art. 44 da Lei 11.343/2006).²⁴

À vista dessas manifestações pretorianas, é de se acreditar que a declaração generalizada da inconstitucionalidade da prisão *ex lege* é tendência inexorável, o que é algo merecedor de encômios, na medida em que a vedação legal absoluta “retira do magistrado a atividade que lhe é peculiar na gestão da medida”²⁵ e conduz “a persecução penal às cegas, fazendo pouco uso da presunção de inocência”.²⁶

É possível, ainda, ver traços de Direito Penal do Inimigo na exclusão do direito de apelar em liberdade para os condenados por ações praticadas por organizações criminosas (art. 9.º da Lei 9.034/95), bem como para os apenados por produção não autorizada ou por tráfico ilícito de entorpecentes (art. 59 da Lei 11.343/2006).

Tais regras, caso não sejam aniquiladas por violarem os mesmos postulados constitucionais antes ditos, devem ser vistas como desprovidas de eficácia, *ex vi* do art. 8.º, 2, “h”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que impõe que a todo réu, no âmbito criminal, seja dado o direito de apelar a uma outra instância, sem que a prisão seja erigida a condição para o conhecimento do recurso.²⁷

Não obstante, mesmo sem pronunciamento expresso sobre a validade de previsões normativas deste jaez, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possuem orientações bastantes conservadoras e incisivas a respeito dessa exclusão,²⁸ as quais, ao

DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364.

²⁴ Vide STF, RE 601384 RG, Relator Min. MIN. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/09/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-08 PP-01662 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 506-508.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 528.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada e atraso legislativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13347>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

²⁸ Vide STF, HC 75583, Relator Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09/09/1997, DJ 10-10-1997 PP-50886 EMENT VOL-01886-01 PP-00178; STJ, HC 133.287/SP, Rel. Ministro

desprestigiar o princípio da presunção da inocência, são coniventes com decretos prisionais descurados quanto à necessidade casuística da medida.

É possível, ainda, enxergar uma diferenciação punitiva na Lei do Abate (Lei 9.614/98), que, de sua parte, autoriza medidas de destruição de aeronave civil suspeita de estar a serviço do narcotráfico, em pleno ar quando classificada como “hostil”.²⁹

Todavia, os exemplos mais contundentes de Direito Penal do Inimigo estão positivados no Brasil por meio do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, introduzido na Lei de Execuções Penais por meio da Lei 10.792/2003.

Tal regime, de caráter nitidamente neutralizador, autoriza o isolamento individual do preso por 22 (vinte e duas) horas diárias, em uma duração de até 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada (art. 52, inc. I, II e IV), bem como permite a restrição das visitas semanais a apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (art. 52, inc. III).

A medida, nesses termos, é destinada aos presos – provisórios ou condenados – que tenham cometido crime doloso considerado falta grave, que ocasione a subversão da ordem ou da disciplina interna do presídio (art. 52, *caput*).

Numa clara demonstração de punição com base na mera periculosidade, o RDD pode ser aplicado, ainda, aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, §1.º), assim como ao preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos (art. 52, §2.º).

Em que pese precedente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que tal instituto atende ao princípio da proporcionalidade,³⁰ é possível perceber, facilmente, que o instituto não resiste a uma breve leitura

FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 03/05/2010; STJ, HC 137.663/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/03/2010.

²⁹ ALFERES, Eduardo Henrique. Abolicionismo e terceira velocidade do Direito Penal. Conclusões à vista das posições básicas de uma e outra corrente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2448, 15 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14518>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

³⁰ Vide STJ, HC 40300/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 312.

constitucional, uma vez que, além de ferir a presunção de inocência, atenta contra a integridade moral do preso (art. 5.º, XLIX), o submete a tratamento desumano e degradante mediante a imposição de penas cruéis (art. 5.º, III e XLVII), e, em última escala, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.³¹

Por todos esses exemplos, parece evidente a linha punitivista que vem sendo adotada pelo legislador brasileiro, no mais das vezes fazendo do Direito Penal um instrumento simbólico. Basta que se lembre que o RDD foi estabelecido num momento em que a sociedade clamava por justiça, em face do assassinato do juiz Antônio José Machado Dias, corregedor da Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente/SP.³²

Mas, felizmente, não é só isso.

Percebe-se, igualmente, que normas desse tipo, ainda que timidamente, têm sido atacadas pelo Poder Judiciário e/ou invalidadas por instrumentos internacionais, o que desvela uma certa postura crítica frente à punição exacerbada. Quais seriam, então, os fundamentos para tanto? Seriam eles procedentes?

4. CRÍTICAS POSTAS E SUPOSTAS

Conquanto a teoria de Günter Jakobs seja bastante sedutora, principalmente em contextos nos quais o problema da segurança pública assume contornos mais tenebrosos, os seus escritos não estão livres de críticas, notadamente das que partem do pressuposto de que não pode haver Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, embora admita que esse estudo tenha o mérito da clareza e da sinceridade com que trata o problema da delinquência contumaz – já que adota conceitos polêmicos até então evitados pela doutrina jurídico-penal – Eugênio Raul Zaffaroni entende que a noção de inimigo – enquanto sujeito despersonalizado e privado de alguns de seus direitos – representa, na verdade, uma fissura absolutista no Estado Constitucional

³¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., pp. 460-461.

³² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional?** O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora. Disponível em <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2010.

de Direito. Assim, no afã de priorizar a segurança, não apenas o inimigo, mas também toda a sociedade estaria sujeita à despersonalização, a ponto de ser submetida a uma ação estatal incontrolável e sem limites.³³

Manuel Cancio Meliá, por seu turno, entende que o Direito Penal do Inimigo, enquanto direito positivo, integra o sistema jurídico-penal real apenas nominalmente: ao passo que o Direito Penal do Cidadão seria um pleonasma, o Direito Penal do Inimigo seria uma contradição em seus termos. Isso porque, o Direito Penal do Inimigo é uma reação internamente disfuncional – de acordo com o conceito de Direito Penal –, fruto de uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal, o que traduz, em última análise, uma incompatibilidade com a teoria da prevenção geral positiva da pena.³⁴

Não bastassem essas considerações, a defesa de um Direito Penal do Inimigo é problemática quando confrontada com as bases principiológicas do garantismo, bem como com os princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da Política Criminal, porquanto se desvia de princípios, direitos e garantias penais de natureza constitucional, componentes de um sistema penal minimalista-garantista.

Segundo Luiz Flávio Gomes, para ser coerente com o modelo de Estado adotado em nosso país, e a fim de cumprir com a sua missão primária de proteção de bens jurídicos, o Direito Penal deve obedecer a todos os limites decorrentes da Constituição, limites esses revelados por meio de princípios. Para o mencionado professor, doze seriam os mais importantes, os quais – integrantes do *corpus juris* do movimento político-criminal minimalista – convergem para o postulado síntese de um Estado Constitucional e Humanitário de Direito, a saber, a dignidade da pessoa humana. São eles:

- (a) princípios relacionados com a missão fundamental do Direito penal: (1) princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e (2) princípio da intervenção mínima;
- (b) princípios relacionados com o fato do agente: (3) princípio da exteriorização ou materialização do fato, (4) princípio da legalidade do fato e (5) princípio da ofensividade do fato;
- (c) princípios relacionados com o agente do fato: (6) princípio da responsabilidade

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 118.

³⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., pp. 102-107.

peçoal, (7) princípio da responsabilidade subjetiva, (8) princípio da culpabilidade e (9) princípio da igualdade; (d) princípios relacionados com a pena: (10) princípio da proibição da pena indigna, (11) princípio da humanização das penas e (12) princípio da proporcionalidade, sendo certo que este último possui várias dimensões: princípio da necessidade concreta da pena, princípio da individualização da pena, princípio da personalidade da pena, princípio da suficiência da pena alternativa e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.³⁵

Cumpra registrar que o minimalismo é indissociável do garantismo penal, embora com ele não se confunda. Garantismo, conforme Alice Bianchini, é concepção decorrente de Estado de Direito, e significa “a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificador do Direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito, também, de sua verdade”.³⁶ De sua parte, está fundado em dez axiomas, sequenciais e lógicos, a seguir elencados:

- (a) Nulla poena sine crimine (não há pena sem crime);
- (b) Nullum crimen sine lege (não há crime sem lei); (c) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade); (d) Nulla necessitas sine iniuria (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico); (e) Nulla iniuria sine actione (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta); (f) Nulla actio sine culpa (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa); (g) Nulla culpa sine iudicio (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal); (h) Nullum iudicium sine accusatione (não há processo

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “Ius Puniendi” e Bases Principiológicas do Garantismo Penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - UNIDERP – IPAN – REDE LFG.

³⁶ BIANCHINI, Alice. **Política Criminal, Direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG..

sem acusação; nemo iudex sine actori); (i) Nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas); (j) Nulla probatio sine defensione (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).³⁷

A junção dos princípios do minimalismo com os axiomas do garantismo, formam, segundo Luiz Flávio Gomes, o sistema penal minimalista-garantista, essencial para que o Direito Penal se transforme em um mecanismo de contenção ou redução do poder punitivo do Estado – qualitativamente drástico e quantitativamente intenso –, mediante o incremento do Estado Constitucional e Humanitário de Direito.

Não é preciso muito esforço para concluir que as premissas de Günther Jakobs não se coadunam com um sistema penal dito minimalista-garantista.

É que o Direito Penal do Inimigo refere-se a um conjunto especial de normas que diz respeito a uma modalidade especial de Direito Penal do autor, visto que promove uma repressão baseada na mera periculosidade do agente e não conforme um fato praticado. Com a antecipação da punibilidade para o âmbito da preparação, o Direito Penal torna-se prospectivo, circunstância que implica violação direta ao princípio da exteriorização ou materialização do fato criminoso.

Por sua vez, a distinção entre cidadãos e inimigos – pessoas e não-pessoas, respectivamente –, a despeito do pretexto da segurança da coletividade, não é razoável, porquanto fundada em critérios arbitrários, contrariando, assim, o princípio da igualdade e, em última análise, ferindo a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a inexistência de qualquer redução da pena – que deveria ser proporcional à antecipação alcançada –, atenta contra o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por implicar punição exagerada e desarrazoada.

A idéia de flexibilização de direitos fundamentais, por seu turno, é igualmente incômoda, na medida em que é sugerida a partir de argumentos puramente funcionais, mais preocupados com a eficácia da medida de contenção do perigo do que com a sua validade. Esbarra-se, assim, no

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “Ius Puniendi”**..., op. cit.

crivo da coerência normativa, algo imprescindível dentro de um Estado de Direito.³⁸

Por tudo isso, em sede de ordenamento jurídico brasileiro, afigura-se flagrante a inconstitucionalidade de uma expansão punitiva assentada em um Direito Penal do Inimigo, o que, para alguns, pode soar frustrante em matéria de combate à criminalidade contumaz. Os que se enquadrarem nesta situação devem ter em mente que “nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência, salvo se a solução definitiva seja confundida com a final (genocídio)”.³⁹ Em razão disso, a resposta do Direito Penal não deve ser tão violenta quanto à violência a ser reprimida, mormente porque o atingimento dos ditames constitucionais depende de o Estado só afetar o mínimo possível da liberdade individual da que é garante.⁴⁰

Não se trata de prestigiar a impunidade. Pelo contrário, a conduta dos “inimigos” merece alta reprovação penal, mas é com o Direito Penal da normalidade que deve ser atacada, sob pena de configurar “visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso país”.⁴¹ Medidas excepcionais só podem ser tomadas em tempos anormais, nos estreitos limites do sistema constitucional das crises (arts. 136 a 141, CRFB).

Nesse sentido, Manuel Cancio Meliá é bastante incisivo:

[...] se é certo que a característica especial das condutas frente às quais existe ou se reclama o Direito Penal do Inimigo está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídico-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigma que supõe o Direito Penal do Inimigo. Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal normal.⁴²

³⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O Direito Penal do Inimigo e o Constitucionalismo: mise-en-scène de uma proposta funcionalista. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 136-137.

³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit., p. 17.

⁴⁰ BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos...**, op. cit.

⁴¹ Vide HC 85531, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/03/2005, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00067 EMENT VOL-02299-01 PP-00198.

⁴² MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 104.

E a justificativa para tanto, segundo o professor espanhol, estaria no fato de que

Os fenômenos, frente aos quais reage o Direito Penal do Inimigo, não têm essa especial periculosidade terminal (para a sociedade) como se apregoa deles [...]. Ao menos entre os candidatos a inimigos das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum – nem a criminalidade organizada, nem as máfias de drogas, e tampouco o ETA – que realmente possa pôr em xeque – nos termos militares que se afirmam – os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível.⁴³

E, ao concluir o seu raciocínio, expõe:

[...] não há no horizonte do Direito Penal do Inimigo, em nenhum dos setores, riscos que realmente mereçam o estado de exceção. Por outra parte, no plano da prevenção fática, é sabido que em numerosos casos, são muito mais efetivos e adequados instrumentos políticos e policiais (sem contar com as possibilidades – legais – de uns serviços de inteligência bem orientados) que a resposta jurídico-penal.⁴⁴

Porém, calha salientar que mesmo o Direito da normalidade, no momento aplicativo da lei, pode converter-se em algo semelhante ao Direito Penal do Inimigo, a partir da adoção da nova dogmática de interpretação constitucional, que admite a flexibilização de direitos e garantias em caso de conflito normativo. Retomando-se o questionamento introdutório, seria plausível, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, restringir direitos fundamentais em nome do combate à criminalidade, considerando-se a forte possibilidade de legitimação casuística da segregação jurídica de indivíduos. Em caso positivo, quais seriam os limites dessa restrição?

⁴³ Ibid., p. 102.

⁴⁴ Ibid., pp. 117-118.

5. O SURGIMENTO DO DIREITO JUDICIAL DO INIMIGO A PARTIR DE OPERAÇÕES HERMENÊUTICAS

O presente item tem por objetivo tecer uma breve crítica acerca da possibilidade de se empreender restrições aos direitos fundamentais por meio de operações hermenêuticas, haja vista o risco de produção de resultados punitivos semelhantes aos propostos por Jakobs, caso determinados limites não sejam observados quando da resolução de conflitos normativos.

De início, contudo, convém ponderar que o estudo pormenorizado da teoria geral da restrição dos direitos fundamentais, em virtude de sua amplitude, escapa aos limites do objetivo perseguido no presente trabalho, razão pela qual far-se-á uma exposição bastante sucinta de suas principais noções, remetendo-se o leitor à análise de obras especializadas no tema.

Pois bem, a idéia de restrição dos direitos fundamentais pode soar, para os mais desavisados, como medida totalitária, que em nada se coaduna com o moderno Estado Democrático e Constitucional de Direito. Entretanto, na linha do pressuposto de que não existem direitos absolutos, a razão de ser de sua existência é exatamente a manutenção da ordem pública e da democracia, mediante a eliminação de riscos à integridade do catálogo do aludidos direitos em caso de conflito normativo.

De acordo com o magistério de Jane Reis Gonçalves Pereira, é possível ao Judiciário implementar as ditas restrições mediante operações hermenêuticas, mesmo nos casos em que os direitos fundamentais não estejam sujeitos à reserva legal. Deve-se, em qualquer caso, fundamentar-se em uma norma oriunda da Constituição.⁴⁵

Nesse sentido:

A restrição poderá ser versada em lei geral ou ser produto da interpretação jurídica levada a efeito pelo Judiciário. Ou seja, ela pode surgir não apenas em abstrato, no ato legislativo, mas pode também aparecer no momento aplicativo. No plano hermenêutico, a restrição será toda interpretação e aplicação do direito “que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”⁴⁶

⁴⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 204.

⁴⁶ Ibid., pp. 194-195.

Para tanto, ainda segundo a mencionada autora, algumas premissas devem ser observadas: a) os direitos fundamentais devem ser entendidos como categorias normativas que veiculam simultaneamente regras e princípios;⁴⁷ b) a ponderação de interesses deve ser utilizada como ferramenta metodológica, a fim de sopesar casuisticamente bens e valores, e fazer prevalecer o mais importante no caso concreto;⁴⁸ e c) essa operação hermenêutica deve ser materialmente limitada pelos mandamentos da proporcionalidade, da razoabilidade e do respeito ao conteúdo essencial dos direitos, os quais, somados às limitações formais – lei e competência –, resultam em um filtro necessário para verificar a legitimidade constitucional de qualquer restrição.⁴⁹

Trazendo essa discussão para o contexto do combate à criminalidade contumaz, percebe-se que aquilo que é condenado em sede legislativa, por não se adequar ao texto constitucional, pode, agora, com base nesse mesmo texto, ser admitido no momento aplicativo da lei, a depender da estratégia argumentativa do interessado.

Esta particularidade não tem passado despercebida por parte de alguns setores da doutrina penalista contemporânea, o que se infere, por exemplo, a partir da crítica de Fabiana Gregghi ao tratamento penal do crime organizado:

[...] diante dos atributos ínsitos ao crime organizado aqui tratados que o diferenciam da criminalidade de massa, urge a adoção de estratégias diferenciadas para que ele possa ser satisfatoriamente combatido. Neste contexto é que surge a relativização de certos direitos fundamentais como único, desafortunadamente, mecanismo jurídico eficaz na repressão da criminalidade organizada, já que não se pode reprimir crimes tão acentuadamente diversos com os mesmos instrumentos jurídicos.⁵⁰

⁴⁷ Ibid., p. 501.

⁴⁸ Ibid., p. 505.

⁴⁹ Ibid., p. 214.

⁵⁰ GREGHI, Fabiana. **A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma criminal imposto pela criminalidade organizada**. Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao_de_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 05/01/2010. Material da 1ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais Universidade Anhanguera – Uniderp/REDE LFG.

Esse ponto de vista é justificado a partir da tese da falha do Direito Penal clássico no que diz respeito à contenção do fenômeno criminoso em estudo. Em virtude disso, um tratamento punitivo diferenciado é proposto, a ser efetivado, entre outras medidas, por meio da quebra do sigilo bancário e fiscal, bem como da interceptação de comunicações telefônicas, tudo em nome de uma maior “eficiência penal”.

[...] a flexibilização de direitos fundamentais dos envolvidos na criminalidade organizada tem o poder de minimizar a ignominiosa impunidade, já que é capaz de atingir criminosos que provavelmente escapariam à punição da lei penal por se acobertarem no manto da “lei do silêncio” das organizações criminosas e geralmente serem detentores de elevado poder aquisitivo. E não é só. Por tudo o que foi tratado, aduz-se que, tal estratégia fortifica o fim do Direito Penal de possibilitar o *jus puniendi* do Estado toda vez que os bens jurídicos erigidos como mais importantes forem lesados ou ameaçados de lesão.⁵¹

Em verdade, não se pode negar, à luz da moderna hermenêutica constitucional, que a restrição de direitos fundamentais, implementada no momento aplicativo da lei, é medida legítima, desde que seja material e formalmente limitada.

É bastante discutível, no entanto, a persistência dessa legitimidade quando se trata de *persecutio criminis*, uma vez que a operação interpretativa, nos termos apontados, não se coaduna com um ideal de segurança jurídica necessário para a admissão da violência institucionalizada, por desfavorecer a uniformidade de tratamento judicial.

Basta que se lembre que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem logrado êxito em diferenciar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, usando-os, no mais das vezes, como sinônimos. Isso que permite, e até mesmo autoriza, que as instâncias inferiores os utilizem como argumentos “em branco”, para fins de justificação de posicionamentos os mais diversos possíveis, ainda que em contextos idênticos, circunstância que, se não prejudicar a homogeneidade do direito, ao menos pode conferir ao Estado de Polícia o conveniente aval do Poder Judiciário.

⁵¹ Ibid.

Desse entendimento não destoa Aury Lopes Jr.:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação), a partir da prevalência do interesse público [...].⁵²

Assim, deve o operador do direito ter em mente que a restrição dos direitos fundamentais deve ser implementada apenas em hipóteses excepcionabilíssimas. E mesmo nessas situações, é importante que se investiguem soluções igualmente válidas, a fim de que seja eleita a mais compatível com as regras, princípios e valores constitucionais e humanitários internacionais.

O juiz não tem sempre que acolher as reivindicações sociais ou atender à maioria da população, que reclama, por exemplo, pela pena de morte. O juiz não pode atender os extremos: nem legalismo nem comunitarismo. A legitimação da sua decisão decorre da estrita observância da lei, da Constituição e dos Tratados internacionais de direitos humanos (o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais). O juiz, destarte, já não pode ser concebido (somente) como a boca da lei (*la bouche de la loi*), nem tampouco (exclusivamente) como a boca do Direito, sim, como a boca dos direitos e garantias fundamentais (do indivíduo) positivados na lei, na Constituição e no Direito humanitário internacional.⁵³

Convém anotar que, caso se conclua pela persistência da legitimidade em sede de persecução penal, é preciso que sejam respeitados não apenas

⁵² LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 565.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “Ius Puniendi”...**, op. cit.

os limites propostos pela nova dogmática de interpretação constitucional, mas, também, e, sobretudo, todo o complexo estruturador de um sistema penal minimalista-garantista, sem o que, em última escala, o princípio da dignidade da pessoa humana pode estar seriamente ameaçado.

Alguns exemplos são necessários para aclarar a explanação.

Imagine-se um decreto de prisão preventiva, fundamentado na mera possibilidade de o acusado vir a coagir testemunhas, ou mesmo de se evadir do distrito da culpa. Nessa hipótese, os limites previstos pela doutrina constitucionalista são insuficientes para informar ao aplicador da lei que a prisão preventiva exige a presença de elementos concretos que demonstrem o *periculum libertatis*.

A menos que sejam perfilhados, o princípio da exteriorização ou materialização do fato criminoso, a liberdade do acusado pode, aí, ser restrita a partir de uma mera presunção de periculosidade, sob um obscuro pretexto de garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal e/ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal.

Imagine-se, ainda, a prisão em flagrante por crime habitual.

É sabido que o crime habitual, por materializar um modo de vida, exige a reiteração de condutas para caracterizar a infração. Vale dizer, a prática isolada de um único ato configura, em tese, fato atípico, peculiaridade que resulta no descabimento do flagrante nesta hipótese.

Pela dificuldade no caso concreto de aferir a reiteração de atos, somos partidários do entendimento de que não cabe flagrante nas infrações habituais, afinal, colocando-se como expectador, objetivamente o delegado não teria como precisar, no momento em que surpreende o infrator, se existe ou não a habitualidade. Lembremos que o crime habitual só existe pela reiteração de condutas, e a prática isolada de um ato é em regra fato atípico. A prisão em flagrante retrataria o ato isolado, que em si não representa infração penal.⁵⁴

O tema, no entanto, é controverso, havendo quem entenda cabível o flagrante caso, no ato, seja possível presumir a habitualidade,⁵⁵ tese que,

⁵⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 468.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 469.

certamente, seria de todo conveniente para os partidários da expansão punitiva.

Em exemplos deste jaez, a não ser que o princípio da exteriorização ou materialização e da legalidade do fato criminoso sejam festejados, a liberdade poderia ser facilmente restrita a partir de obscuros critérios *pro societate*, em relação aos quais a proporcionalidade, se não insuficiente, seria exatamente o mais importante fundamento para a manutenção da prisão cautelar.

Ainda mais interessante é o exemplo da admissibilidade de provas ilícitas em desfavor do acusado.

Sabe-se que o Código de Processo Penal determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (art. 157, *caput*). Sabe-se, ainda, que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeira (art. 157, §1.º).

Trata-se, como se vê, da positivação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que, por não ser absoluta, é mitigada não apenas nos limites do mandamento legal, como também em face do princípio da proporcionalidade, para fins de admissão de provas ilícitas que sejam determinantes para a demonstração do *status* de inocência.

Sucedem que o mesmo princípio da proporcionalidade tem sido invocado para tutelar interesses da acusação, sob o argumento de que

[...] em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário.⁵⁶

⁵⁶ PACHECO, Denilson Feitosa apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., pp. 322-323.

Razão, no entanto, assiste a Nestor Távora e a Rosmar Rodrigues Alencar, ao pontificarem que

Aproporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo seu grau de perigosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãs, e portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais.⁵⁷

Partindo-se desse exemplo, verifica-se facilmente que a proporcionalidade, aí, é insuficiente para garantir a legitimidade da *persecutio criminis*, razão pela qual deve ela ser complementada pelo axioma garantista *nulla accusatio sine probatione*, para que, enfim, os sujeitos processuais sejam informados de que a presunção de inocência não pode ser derrubada sem provas válidas.

De acordo com esses exemplos, percebe-se que, sem a observância do corpus iuris do minimalismo-garantismo, uma regra da normalidade pode, a depender da astúcia do intérprete, amparar episodicamente a expansão punitiva descrita por Jakobs, na linha de formação de um Direito Judicial do Inimigo, espécie sui generis que aqui se propõe e, desde já, se rechaça, por ser igualmente inconstitucional.

6. CONCLUSÃO

Por tudo o quanto discutido no presente trabalho, é possível perceber que o Direito Penal do Inimigo e o Direito Judicial do inimigo, conquanto semelhantes no que concerne ao resultado produzido – a segregação jurídica de “inimigos” eleitos –, são fenômenos que diferem quanto ao seu conteúdo. Ao passo que o Direito Penal do Inimigo é positivado pelo legislador em normas esparsas e materialmente inválidas, o Direito Judicial do Inimigo é produto da atuação casuística do Poder Judiciário, ao restringir direitos fundamentais in concreto mediante operações hermenêuticas admitidas pela nova dogmática de interpretação constitucional.

⁵⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 322.

Convém vincar muito bem esse ponto: no Direito Judicial do Inimigo tem-se uma norma legítima, mas que, a depender da estratégia argumentativa do interessado, pode amparar episodicamente um resultado ilegítimo, fruto de uma interpretação incompatível com os postulados informadores do espírito constitucional, democrático e humanitário do ordenamento jurídico brasileiro, materializados nas bases principiológicas do garantismo e nos princípios constitucionais reitores do Direito Penal e da Política Criminal.

Bem por isso, e considerando que a missão precípua do Direito Penal é a proteção de bens e valores imprescindíveis à satisfação do indivíduo e da sociedade, a restrição dos direitos fundamentais operada mediante processos interpretativos deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, e, mesmo aí, deve ser limitada por todo o complexo estruturador de um sistema penal-minimalista garantista. Do contrário, a tutela das liberdades públicas estará seriamente ameaçada exatamente por aqueles que tem a missão de promovê-la: nós, operadores do Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALFERES, Eduardo Henrique. Abolicionismo e terceira velocidade do Direito Penal. Conclusões à vista das posições básicas de uma e outra corrente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2448, 15 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14518>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos de política criminal na atualidade: movimento de lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo**. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- UNIDERP|REDE LFG.

_____. **Política Criminal, Direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

CALLEGARI, André Luís. Controle social e criminalidade organizada. In: CALLEGARI, André Luís (coord.). **Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O Direito Penal do Inimigo e o Constitucionalismo: mise-en-scène de uma proposta funcionalista. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada e atraso legislativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13347>>. Acesso em: 11 ago. 2010.

_____. **Limites do “Ius Puniendi” e Bases Principlológicas do Garantismo Penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - UNIDERP – IPAN – REDE LFG.

_____; BIANCHINI, Alice. **“Direito penal” do inimigo e os inimigos do direito penal**. Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, ano 1, p. 329-356. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

_____; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional?** O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora. Disponível em <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2010.

GREGHI, Fabiana. **A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma criminal imposto pela criminalidade organizada**. Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao_de_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 02/08/2010. Material da 1ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais Universidade Anhanguera – Uniderp/REDE LFG.

JAKOBS, Günther. A autocompreensão da Ciência Penal diante dos desafios da atualidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Direito Penal do Inimigo? Uma análise acerca das condições de

legalidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Personalidade e exclusão no Direito Penal. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Terroristas como sujeitos de direito. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coords.). **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NASCIMENTO JR., Manoel Francisco do. **A adoção do direito penal do inimigo no combate à criminalidade organizada brasileira: uma ameaça ao Estado Democrático e Humanitário de Direito?** Monografia final de curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Ciências Penais, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, em parceria com a Universidade Anhanguera para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e com o Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN), Recife, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.