

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA PERSECUÇÃO CRIMINAL¹

FLORESTON DUARTE DE SALES

Graduando em Direito. Universidade Potiguar.

E-mail: sales.jus@hotmail.com

Envio em: Agosto de 2016

Aceite em: Setembro de 2016

Resumo

O presente artigo consiste em uma pesquisa de cunho bibliográfico e documental, realizado através de uma análise qualitativa acerca da crescente relativização de direitos e garantias fundamentais na persecução criminal face ao desenvolvimento da criminalidade, como a evolução e o fortalecimento das organizações criminosas e o avanço de determinadas condutas típicas que se apresentam como verdadeiras ameaças ao Estado e a Ordem Jurídica Nacional, tendo por base a Teoria do “Direito Penal do Inimigo” desenvolvida por Günther Jakobs. Porém, sob o prisma do sistema constitucional vigente, o qual assegura diversos direitos àqueles que se encontram no polo passivo da lide penal, buscou-se identificar até que ponto é viável e segura a relativização de direitos e garantias pelo Estado através do seu *ius puniendi*. Concluindo-se pela necessidade de um Direito Penal forte e ativo, apto a combater a atual criminalidade globalizada, contudo, respeitando um patamar mínimo de direitos e garantias fundamentais que constituem um núcleo intangível de direitos e garantias, cláusulas pétreas em nossa Constituição Federal, ou seja, pela razoabilidade entre persecução penal e os direitos e garantias individuais.

Palavras-chaves: Direito e Processo Penal. Direito Penal do inimigo. Princípios, direitos e garantias fundamentais. Relativização. Persecução criminal.

THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND THE RELATIVIZATION OF RIGHTS AND GUARANTEES IN CRIMINAL PROSECUTION

Abstract

This article consists on a research of a bibliographic and documentary nature, performed by a qualitative analysis about the growing relativization of fundamental rights and guarantees in criminal prosecution in front of the development of crime, such as the evolution and strengthening of criminal organizations and the advancement of certain typical behaviors which appears as real threats to the State and the National Legal Order, based on the “Criminal Law of the Enemy” theory developed by Günther Jakobs. However, in the eyes of the current constitutional system, which guarantees various rights to those who are defendant's in criminal proceedings, we sought to identify how far it is feasible and safe the relativization of rights and guarantees by the State through its *ius puniendi*. Concluding by the need of a criminal law strong and active, able to fight the current globalized crime, however, respecting a minimum level of fundamental rights and guarantees that constitute an intangible core of rights and guarantees, immutable clauses in our Constitution, which means, the reasonableness between the criminal prosecution and the rights and individual guarantees.

Keywords: Law and Criminal Procedure. Criminal Law of the Enemy. Principles, rights and guarantees. Relativization. Criminal prosecution.

¹ Este artigo teve a orientação de Vinícius Silva de Araújo, Especialista em Ciências Criminais. Professor da Universidade Potiguar. E-mail: viniciusaraujo0411@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Temos vivenciado a era do Direito, mais precisamente, do Direito Penal, das prisões, das conduções coercitivas, das grandes operações e de uma farta sensação de impunidade experimentada por grande parcela da sociedade frente aos altos índices de criminalidade e da lentidão do tramitar processual, muitas vezes decorrente da observância dos direitos fundamentais assegurados ao investigado ou ao réu em uma ação penal, os quais, apesar de em sua grande maioria serem desrespeitados, acabam postergando a imposição de uma sanção penal definitiva.

Dessa forma, muitos acabam influenciados pela mídia sensacionalista, clamando pela criminalização de novas condutas, pela majoração das penas, pela relativização de direitos e garantias, ou seja, pela expansão do Direito Penal, por um Direito Penal máximo, do Inimigo, um Direito Penal do autor, ou seja, seletivo, rigoroso, e ainda mais protecionista.

É possível se observar que tem prevalecido para a grande massa o ideal de desnecessidade do devido processo legal na formação da culpa, defendendo em sua maioria que o investigado, diga-se, o suspeito de um ilícito criminal, deve ser imediatamente lançado ao cárcere para cumprir pena, a qual por sua vez deve ser a mais grotesca possível, sem qualquer cunho educativo, mas sim, unicamente retributivo, fugindo ao verdadeiro papel do Direito Penal.

Desse modo, não raro tomamos conhecimento de casos de “in”justiça cometida com as próprias mãos, onde vítima e cidadãos, sem tamanha consciência, acabam de modo inquisitivo fazendo o papel da autoridade policial, do Ministério Público e do Magistrado, proferindo uma sentença imediata, sem direito à contraditório ou qualquer defesa, cometendo ilícitos muito mais graves do que o suposto criminoso, agora vítima.

O referido cenário é fértil aos nossos governantes, os quais acabam por inflacionar o sistema jurídico-penal com normas obsoletas, dando ensejo ao denominado simbolismo penal, e a uma tendente flexibilização de direitos e garantias constitucionalmente asseguradas ao sujeito passivo na *persecutio criminis*.

Por outro lado, têm-se observado um crescente e veloz fortalecimento das organizações criminosas, as quais em determinadas regiões assemelham-se a verdadeiros Estados paralelos, bem como o surgimento de novos ilícitos que merecem muita atenção e cuidados.

Frente a tal fato, é possível se observar um recrudescimento de determinadas legislações específicas, havendo uma crescente tendência à relativização de de-

terminados direitos e garantias constitucionais em busca de dismantelar as referidas organizações e combater fortemente determinados ilícitos que ameaçam gravemente e de forma corriqueira a sociedade.

É nesse contexto que se propõe uma análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo trabalhada por Günther Jakobs, a qual, em síntese, defende a existência de dois direitos penais, um para os indivíduos considerados cidadãos e outro para aqueles considerados verdadeiros inimigos do Estado, frente a determinadas características.

Propõe-se ainda, enfrentar os mais importantes princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados em nosso ordenamento jurídico àqueles que venham a incorrer em um ilícito criminal, os quais dão conformidade a todo o sistema Jurídico-Penal, tais como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência ou não culpabilidade etc.

É frente à referida problemática que o presente artigo se propõe a analisar até que ponto se deve respeitar os direitos e garantias fundamentais na persecução criminal e no poder de punir do Estado e quais os riscos de sua relativização.

O presente artigo possui cunho bibliográfico e documental, baseando-se no entendimento de doutrinadores e estudiosos acerca do tema, bem como da análise de institutos legais.

2 O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

O Direito Penal constitui-se no ramo jurídico que tem por objeto proteger os bens jurídicos considerados mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, e consequentemente à sobrevivência humana.

Dessa forma, o referido conjunto de normas possui caráter fragmentário e subsidiário, pois, uma vez que em regra traz como sanção ao seu transgressor a restrição de um dos seus bens jurídicos mais importantes, qual seja, a liberdade, não se atêm a regulamentar toda e qualquer conduta, mas apenas aquelas que os demais ramos do Direito, frente tamanha importância, não conseguem resguardar.

Assim, pode-se dizer “que o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.)” (FABBRINI; MIRABETE, 2007, p. 03).

Nesse contexto, acerca do conceito do Direito Penal, assevera Bitencourt:

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça (BITENCOURT, 2011, p. 32).

Dessa forma, o Direito Penal na busca pela manutenção da ordem e da paz social, visando resguardar os bens mais valiosos ao convívio social, trata-se da *última ratio*, ou seja, do último recurso encontrado pelo Estado para regular determinadas condutas que podem atingir os referidos bens, e que as demais áreas do Direito não são capazes de tutelar.

Nesse contexto, observa-se que o referido ramo do Direito não tem função unicamente punitiva, sancionatória, mas sim, principalmente educativa, preventiva, visando coibir as referidas condutas lesivas, as quais uma vez praticadas, ainda assim, a pena imposta visa demonstrar ao infrator o erro cometido, a fazer com que o mesmo ao retornar ao seio social não incorra novamente em um ilícito.

No entanto, seja pela sede de vingança, seja pela conhecida e notória falência do sistema prisional nacional, a sociedade não reconhece as funções preventiva e repressiva, rechaçando o seu cunho educativo, e almejando penas que atinjam a pessoa do indivíduo.

Quanto ao conceito de Direito Processual Penal, ensina Nestor Távora ao citar a lição de Frederico Marques:

[...] o direito processual penal 'é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares' (TÁVORA, 2014, p. 39).

Isto posto, constata-se que o Direito Penal não possui um fim em si mesmo, bem como não tem uma aplicação desmedida, mas sim, preordenada através de um conjunto de atos denominado Processo Penal, através do qual em estrito respeito à ordem constitucional vigente em nosso Estado Democrático de Direito, e princípios, direitos fundamentais basilares, se torna possível a formação da culpa, e a decisão pela imposição ou não de uma sanção definitiva.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo idealizado por Jakobs encontra suas raízes em grandes filósofos, tais como

Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant, conforme se pode extrair dos ensinamentos postos na obra *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*:

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de per si, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é. Kant, quem fez uso do modelo contratual como idéia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema, na passagem do estado de natureza (fictício) ao estatal.

[...] na posição de Kant não se trata como pessoa quem <<me ameaça...constantemente>>, quem não se deixa entrar em um estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois bem este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. [...] o Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 28, 29).

Nessa esteira, ao discorrer acerca do Direito Penal do Inimigo trabalhado por Jakobs, Sánchez aduz que é considerado como inimigo aquele indivíduo que, “mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental” (SÁNCHEZ, 2002, p. 149).

Assim, seriam considerados como inimigos aqueles que não garantissem a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal, manifestando o referido déficit através de sua conduta (SÁNCHEZ, 2002, p. 149).

Por sua vez, ao discorrer acerca das características do Direito Penal de inimigos, Silva Sánchez afirma, segundo Jakobs, que seriam:

[...] a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um por vir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais (SÁNCHEZ, 2002, p. 149).

Nessa esteira, conforme os ensinamentos de Jakobs e Meliá, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos, constatando-se em primeiro lugar um

amplo adiantamento da punibilidade, considerando-se o fato cometido; em segundo lugar, a previsão de penas desproporcionalmente altas, com ênfase na antecipação da punição; em terceiro lugar a relativização ou inclusive supressão de determinadas garantias processuais (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 67).

Assim, dispõe Bonho:

Como o inimigo é uma não-pessoa, a qual o Estado visa combater e neutralizar, a ele não são previstos os direitos e garantias processuais a que os cidadãos têm direito. Dessa forma, o inimigo não pode ser tratado como sujeito processual, pois 'com seus instintos e medos põem em perigo a tramitação ordenada do processo' (BONHO, 2006).

Por sua vez, acerca do Inimigo no Direito Penal, sábio o ensinamento de Zaffaroni ao afirmar que a essência do tratamento que diferencia àqueles que são considerados como inimigos decorre do fato de que a estes se nega sua condição de pessoa, sendo apenas considerado sob o aspecto de ente daninho, ou seja, estabelece-se uma distinção entre cidadãos, considerados como pessoas, e inimigos, não pessoas, privando-lhes determinados direitos individuais, ressaltando o autor sua incompatibilidade com o Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Desses ensinamentos extrai-se que a Teoria do Direito Penal do Inimigo defende a existência de dois direitos penais, porém, dentro de um só contexto jurídico-penal, quais sejam o Direito Penal dos cidadãos, ou seja, daqueles que eventualmente venham a incorrer em um ilícito criminal, mas que, no entanto, demonstrem capacidade de conviver conforme as regras do trato social, e outro Direito Penal para os inimigos, entendidos como aqueles que por características específicas são considerados verdadeiros inimigos do Estado, diga-se "não cidadãos", prevalecendo neste último à relativização de direitos e garantias fundamentais, a desproporcionalidade das penas e o avanço da punibilidade.

4 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Direitos e garantias fundamentais tratam-se de proteções basilares intimamente ligadas aos direitos humanos, constituindo-se verdadeiras limitações ao poder estatal, visando coibir sua atuação arbitrária e desmedida, havendo, pois, um patamar mínimo e intangível de direitos a ser observado.

Nesse sentido, Bonavides apud Hesse, afirma que

os direitos fundamentais objetivam criar e manter os pressupostos basilares de uma vida na liberdade e na dignidade humana (BONAVIDES, 2011, p. 560).

Por sua vez, José Afonso da Silva apud Maurice Hauriou, afirma que "não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado" (SILVA, 2011, p. 186).

Nesse contexto, José Afonso da Silva apud Ruy Barbosa e Sampaio Dória, ensina que:

Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, "no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito". Não são nítidas, porém as linhas divisórias entre direitos e garantias, como observa Sampaio Dória, para quem "os direitos são garantias, e as garantias são direitos", ainda que se procure distingui-los. Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória (SILVA, 2011, p. 186).

Acerca do assunto, Bonavides orienta que "de nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos" (BONAVIDES, 2011, p. 532).

Explica o referido autor que a garantia constitucional é a mais alta garantia de um ordenamento jurídico, encontrando-se acima das garantias legais e ordinárias, face a superioridade hierárquica da Constituição Federal, condicionando tanto o legislador comum, como os titulares dos Poderes, os quais encontram-se obrigados a respeitar os direitos resguardados pela Norma Suprema (BONAVIDES, 2011).

Sobre o tema, leciona Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 116):

Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são *prima facie* direitos contra o Estado, então parece correto concluir que Todos os poderes e exercentes de função pú-

blicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Gomes e Bianchini esclarecem que no Estado Constitucional e Democrático de Direito a Constituição contém um núcleo intangível relacionado a direitos fundamentais, de tal forma que o conteúdo das normas que compõem o ordenamento jurídico encontra-se afetadas por aquela norma básica (GOMES; BIANCHINI, 2002).

Desse modo, afirma-se que “o Direito, compreendido desse modo como um sistema de garantias, não somente é condicionante, senão também condicionado, especialmente em sua “substância” (em seu conteúdo)” (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 62).

No entanto, em que pese o referido patamar dos direitos fundamentais, os mesmos são passíveis de restrições, as quais, se ressalte, são limitadas, e seus limites decorrem da própria Constituição, havendo em nosso texto constitucional expressa vedação a qualquer proposta tendente a abolir direitos e garantias individuais (MENDES, 2012).

4.1 PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Cumpra aqui brevemente se destacar os mais relevantes princípios, direitos e garantias fundamentais aplicados à persecução criminal, os quais são considerados em nosso ordenamento jurídico como um patamar mínimo de direitos a serem respeitados, e informam todo sistema jurídico penal e processual penal.

Concebido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III, da nossa Constituição Federal, o qual serve de embasamento e dá conformidade a uma gama de direitos existentes em nosso sistema jurídico-constitucional democrático, e nas demais normas ordinárias.

Em conformidade com a lição de Marcelo Novelino:

Dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a DPH é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais (NOVELINO, 2009, p.347).

Por sua vez, o princípio do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, inciso LIV, de nossa Lei Maior, assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ao lecionar acerca do referido princípio, Paulo Rangel (2011):

O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens. [...] A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que os seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.

Quanto ao direito a contraditório, assegurado no artigo 5º, LV, da Constituição de 1988, Paulo Rangel ensina que o referido princípio não foi consagrado somente na Constituição da República, encontrando-se também previsto na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992 (RAGEL, 2011).

Desse modo, o referido princípio “impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a manifestação sobre os atos que constituam a evolução processual” (TÁVORA, 2014, p. 64).

Por sua vez, quanto à ampla defesa, o Prof. Renato Brasileiro ensina que o referido direito encontra-se diretamente ligado ao princípio do contraditório, afirmando que a defesa garante o contraditório e através dele se manifesta (LIMA, 2014, p. 57).

Assim, quanto à igualdade de tratamento na defesa, esclarece Renato Brasileiro:

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio favor rei (LIMA, 2014, p. 58).

Acerca do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, Paulo Rangel informa que o mes-

mo tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, frente à necessidade de se insurgir ao sistema processual penal inquisitório, vigente desde o século XII, desprovido de toda e qualquer garantia (RANGEL, 2011).

Quanto à dimensão do princípio em exame, Nestor Távora apud George Sarmento, informa:

[...] a necessidade de 'cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento'. Cria-se assim 'um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal', porém, 'sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei', assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade (TÁVORA, 2014, p. 61).

Assim, constata-se que "qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado somente deve ser adotada se revestida de caráter cautelar e, portanto, se extremamente necessária" (RANGEL, 2011).

No que tange ao princípio *nemo tenetur se detegere*, também conhecido por princípio da autodefesa, ou da inexigibilidade de autoincriminação, Renato Brasileiro apud Maria Elizabeth Queijo, ensina que:

[...] como direito fundamental, o princípio do *nemo tenetur se detegere* 'objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações' (LIMA, 2014, p. 76).

Noutro giro, Nestor Távora ressalta que, em que pese os Tribunais reconhecerem o princípio da autodefesa, têm lhe imposto limites, como no caso da tipicidade da conduta do conduzido que apresenta a autoridade policial documentos falsos visando burlar sua identificação (TÁVORA, 2014, p. 85).

Acerca do princípio da proporcionalidade, Renato Brasileiro aduz que em sede processual penal trata-se de uma limitação do Poder Público em se agir, tratando-se de uma condicionante à atividade estatal, conforme o princípio da razoabilidade (LIMA, 2014, p. 91).

Por sua vez, Nestor Távora destaca que "o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado para se

sobrepôr a garantias e direitos individuais do acusado, especialmente no Brasil (país com histórico peculiar de violações aos direitos humanos) [...]" (TÁVORA, 2014, p. 83).

Por fim, quanto ao princípio da humanidade, leciona Bitencourt (2011, p. 47):

Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscricção de penas cruéis e infames, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *des-socialização* dos condenados são corolários do princípio da humanidade.

Contudo, o mesmo doutrinador ensina que "o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à *Justiça distributiva*, responsabilizando o delinquente pela violação da ordem jurídica" (BITENCOURT, 2011, p. 47).

Dessa forma, observa-se a presença de inúmeros direitos e garantias asseguradas em nosso sistema constitucional vigente àqueles que venham a incorrer em um ilícito criminal, os quais, ressalte-se, foram adquiridos secularmente mediante inúmeras lutas, passando-se a respeitar o homem como tal, e não como um mero objeto.

5 PERSECUÇÃO CRIMINAL: A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS

Como visto, a ciência penal vive um constante dilema, qual seja o de cumprir o seu papel na proteção dos bens jurídicos a que lhes são atribuídos competência, contudo, respeitando o ser humano como tal.

Assim, cumpre iniciar o presente tópico com uma metáfora trazida por Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini, quanto à atuação do Direito Penal frente a atual criminalidade globalizada:

Valendo-nos da imagem do elefante e dos ratos, dá para dar uma ideia (bastante aproximada) do que vem ocorrendo com o tradicional Direito penal, que é, em termos de velocidade, um verdadeiro *elefante* (tendo em conta que se funda na pena de prisão e exige, conseqüentemente, o devido processo legal clássico: investigação burocratizada, denúncia provas, instrução demorada, contraditório, ampla de-

fesa, sentença, recursos, tribunais lentos e abarrotados etc.). A criminalidade da era pós-industrial e, agora, da globalização, por seu turno, é velocíssima (tanto quanto os ratos). [...] Logo percebeu-se que a velocidade do elefante, mesmo já deformado, ainda assim, era incompatível com a rapidez da criminalidade. O processo de motorização e, depois, de turbinação de suas patas deu-se nas três últimas décadas do século XX: amplo processo de criminalização, modificação constante do Código Penal, aprovação massiva de leis especiais, incremento dos tipos de perigo abstrato, agravamento de penas, novos tipos penais, flexibilização de praticamente todas as garantias processuais e penais, corte de direitos e garantias fundamentais, flexibilização da prisão cautelar, proibição do direito de apelar, tutela prioritária de bens jurídicos supraindividuais (saúde pública, consumidor, segurança viária etc.), antecipação da tutela penal, admissão da transação penal, prêmios para o colaborador da Justiça, *plea bargaining* etc. Consequência: o elefante (o Direito penal tradicional) tornou-se irreconhecível (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 34).

Nessa seara, ao discorrer acerca do autoritarismo cool no século XXI, Zaffaroni esclarece que se estimulou uma legislação inquisitória, com a presença de elementos provenientes da Idade Média, tais como espões, delatores, procedimentos secretos e etc., aplicadas a um conjunto de infrações designadas como crime organizado, afirmando tratar-se de “hipóteses conflitivas heterogêneas que, como fica óbvio, não podem ser neutralizadas com medidas idênticas [...]”. (ZAFFARONI, 2007, p. 62).

Por sua vez, ao discorrer acerca do aparecimento de novos riscos, Silva Sánchez expõe o surgimento de novas técnicas capazes de produzir resultados especialmente lesivos, e o surgimento de modalidades de novo cunho que se projetam sobre espaços da tecnologia, chamada de *ciber-delinquência*, ressaltando “a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento de formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados)” (SÁNCHEZ, 2002, p. 29).

Nesse contexto, resta evidenciado o crescente e veloz fortalecimento de determinados grupos criminosos, de determinadas práticas ilícitas repugnantes e extremamente maléficas a toda a sociedade, e assim, uma forte tendência inquisitiva do Estado em seu *ius puniendi* na busca por desmantelar as referidas organizações criminosas e conter o seu avanço, bem como no combate a tais crimes, dando ensejo à relativização de direi-

tos e garantias fundamentais na persecução criminal.

Com a referida tendência inquisitória, têm-se observado um Direito Penal cada vez mais seletivo, preventivo e do autor, caminhando, mesmo que timidamente a um Direito Penal do inimigo, frente à caracterização de certos tipos penais que autorizam uma ação mais enérgica do Poder estatal em sua prevenção e repressão, e a imposição de determinadas medidas de segurança ao invés de uma sanção definitiva.

Nessa seara, cumpre aqui trazer os ensinamentos de Silva Sánchez quanto às velocidades do Direito Penal, destacando-se na primeira, a prisão, na qual se deve observar rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais, e uma segunda velocidade, nos casos em que se haveria de aplicar penas restritivas de direitos ou pecuniárias, se admitindo uma flexibilização proporcional daqueles princípios e regras, e uma terceira velocidade do Direito Penal, na qual concorre uma ampla relativização de garantias, regras de imputação e critérios processuais (SÁNCHEZ, 2002).

Destarte, ao discorrer acerca da terceira velocidade do Direito Penal, Silva Sánchez ensina que:

[...] o âmbito dos “inimigos”, caracterizado até agora pela ausência da “segurança cognitiva” das condutas, mostre ainda em alguns casos uma dimensão adicional, complementar, de negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômicos básicos de nosso modelo de convivência. Da mesma forma, em casos dessa natureza (criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidade organizada) surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Daí por que, nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais. Porém, em todo caso convém ressaltar que o direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação (SÁNCHEZ, 2002, p. 150).

Por sua vez, acerca de quem será considerado o inimigo, ou seja, receberá um tratamento diferenciado pelo Direito Penal, diga-se, será o sujeito passivo, frente determinadas características, de uma atuação mais fe-

roz na persecução criminal e no cumprimento das penas, Zaffaroni aduz que no exercício do poder punitivo foram sempre aqueles que exerceram o poder que individualizaram o dito inimigo, o fazendo da forma que melhor lhes conviesse, conforme seus interesses, dependendo das circunstâncias políticas e econômicas, aplicando tal etiqueta aos que lhes enfrentavam ou incomodavam, seja de forma real ou potencial (ZAFFARONI, 2007, p. 82).

Nessa conjuntura, Zaffaroni alerta quanto aos perigos de quem o Estado, detentor do *ius puniendi*, irá taxar como inimigo e direcionar seu autoritarismo inquisitorial, discorrendo acerca dos inimigos considerados ao longo do tempo, conforme o contexto sociopolítico e econômico vivenciado, quais sejam, o terrorismo, os imigrantes, os diferentes, aqueles que de certo modo são considerados uma ameaça aos interesses do poder (ZAFFARONI, 2007).

No entanto, não se pode olvidar que o conjunto de direitos e garantias fundamentais assegurados ao investigado, ou réu em uma ação penal, acaba por dificultar a persecução penal, tornando o processo, um conjunto de formalismos, dando ensejo a sua morosidade e sujeição a inúmeras nulidades, bem como acaba por dificultar a atuação da autoridade policial, que agindo em conformidade com os ditames legais, tem sua atividade limitada, o que de certo modo favorece a crescente onda de criminalidade.

Por outro lado, a história nos mostra as atrocidades cometidas quando se concentra grande parcela de poder ao Estado e a suas Instituições, conferindo-se poucas garantias aos cidadãos, sem a necessidade de se tecer maiores comentários.

Dessa forma, é notória a colisão entre direitos fundamentais, se tendo de um lado o Estado Democrático de Direito somado a um conjunto de garantias individuais, e de outro, a paz social, ou seja, o dever/poder de punir do Estado e de garantir a segurança da coletividade, face ao dever de se respeitar e resguardar os direitos e garantias individuais.

A respeito, Bitencourt:

[...] o Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade (BITENCOURT, 2014, p. 42).

Assim, o referido autor ao tomar por base o sistema

político instituído em nossa Constituição de 1988, afirma que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos em nossa Carta Magna, ou seja, o *ius puniendi* deve se submeter às regras democráticas para o alcance de uma justiça equitativa (BITENCOURT, 2014).

Quanto ao tema, Gomes e Bianchini apud Carrara, ensinam que:

[...] o processo penal 'deve observar estritamente o direito dos honestos que queiram a repressão; e também o direito dos processados, que desejam não ser condenados senão quando seja evidenciada sua culpa [...]'; porque o magistério penal deve ser protetor e não violador do direito; o rito processual serve aos honestos não só quando os ajuda a descobrir o delinqüente, senão também quando os preserva da possibilidade de ser vítima de erro judicial; assim como ajuda ao acusado quando impede que se imponha um castigo que, excedendo a devida media, seria antijurídico, todos os preceitos relativos ao procedimento penal, à competência, à forma, à defesa, à liberdade e à amplitude do debate, e assim também a regularidade da prova e da decisão pertencem à ordem pública, porque interessam a todos os cidadãos e são instrumentos da proteção do direito, e nisso reside a razão de ser da autoridade social e a legitimidade do governo que alguns poucos exercitam sobre muitos' (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 144).

Destarte, correto o ensinamento do Prof. Eugênio Pacelli, ao afirmar que "o devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os ligantes" (PACELLI, 2011, p. 08).

Dessa forma, observa-se que "se a lógica que governa o *ius puniendi* é a da prevenção (da violência), a que alimenta o *ius poenale* é das garantias (para evitar a violência estatal)" (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 62).

Por fim, pertinente o ensinamento de Carnelutti ao afirmar que "o homem não tem outro modo para resolver o problema do futuro a não ser o de olhar o passado; somente a contemplação do passado pode permitir-lhe captar, como em um espelho, o segredo do futuro" (CARNELUTTI, 2009, fl. 83).

6 CONCLUSÃO

Frente à problemática aqui sucintamente apresentada, chega-se à conclusão de que face a atual criminalidade, a qual se encontra amplamente fortalecida e,

caminha, infelizmente, sempre à frente de nossa legislação criminal, faz-se necessário um Direito Penal mais forte, rígido, e enérgico, apto a cumprir o seu papel preventivo, resguardando os bens mais importantes ao convívio em sociedade.

Por sua vez, claro é o atentado à dignidade da pessoa humana, ainda mais em um Estado Democrático de Direito, se considerar suspeitos de um ilícito criminal como não cidadãos, ou seja, como verdadeiros inimigos do Estado, impondo-lhes sanções de guerra, sem observância a um devido processo legal na formação da culpa.

Outro fator a ser levado em consideração é a atual e sem precedentes crise no sistema prisional vivenciada em nosso país, onde a maior parte da população carcerária é composta por presos provisórios, ou seja, em prisão cautelar, caracterizando o aspecto protecionista e generalizado do nosso Direito Penal, bem como as precárias condições dos centros prisionais, considerados verdadeiras “escolas do crime”, os quais não cumprem o seu papel ressocializador, e ainda, a seletividade econômica infelizmente impregnada em nosso sistema jurídico-penal, onde acabam encarcerados, de fato, apenas os hipossuficientes economicamente, em que pese os crimes mais danosos serem praticados por aqueles que possuem mais recursos.

Logo, conclui-se pela necessidade de um meio termo, pela razoabilidade entre a persecução penal e os direitos e garantias individuais, sob pena de um retrocesso ao estado de barbárie, de se eliminar inúmeros direitos adquiridos mediante lutas seculares, de se considerar o ser humano uma coisa, dando ferramentas ao Estado para agir conforme seus interesses.

Um dos grandes riscos observados quanto à rela-

tivização de direitos e garantias fundamentais na persecução criminal, mais precisamente na configuração do inimigo, foi o fato de o inimigo ser quem o Estado, detentor do poder, considerar como tal, ou seja, quem o soberano entender como uma ameaça à ordem pública, e aos seus interesses.

Desse modo, observou-se que a cada momento histórico se têm novos inimigos de acordo com determinados fatores daquela época, residindo aí o perigo, como demonstrado. Hoje podem ser considerados como inimigos os criminosos em massa, os corruptos etc., e amanhã, o diferente (seja pela cor de sua pele, seu idioma, pela origem geográfica de sua terra natal etc.), os simpatizantes de determinados partidos políticos ou determinados grupos sociais, legitimando-se, assim, as atrocidades, conforme o interesse das classes dominantes.

Deve-se ressaltar ainda, o período de turbulência política e econômica que enfrenta nossa singela República, chegando-se ao ponto de determinados grupos sociais clamarem pelo retorno de um regime autoritário, ditatorial, marcado por inúmeras atrocidades.

Assim, em que pese à efetiva necessidade de um Direito Penal mais forte, não se pode olvidar os riscos de sua tendência inquisitória, dos perigos de sua relativização de direitos e garantias, de se concentrar muito poder nas mãos do Estado, e de se considerar supostos criminosos como inimigos, entendendo, pois, pela necessidade de um Direito Penal equilibrado, baseado na razoabilidade, em observância ao princípio da igualdade material, tratando-se os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, contudo, se respeitando, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana, e um patamar mínimo de direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas em nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo. **Revista Jus Navigandi**. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8439/nocoes-introductorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo/1>>. Acesso em: 05 out. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin Millan. 3 triagem. São Paulo: Pillares, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e Trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otavio de oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.