

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PENAL E PROCESSO
PENAL**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO CRIME
ORGANIZADO**

Olivia Zanfolin Consoli

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PENAL E PROCESSO
PENAL**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO CRIME
ORGANIZADO**

Olivia Zanfolin Consoli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2016

DIREITO PENAL DO INIMIGO EM COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Trabalho de monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRI

WELLINGTON BOIGUES CORBALAN TEBAR

Presidente Prudente, 18 de novembro de 2016.

Entrega o teu caminho ao Senhor; confia n'Ele, e o mais ele fará.

Salmo 37, versículo 5.

*Dedico este trabalho a minha amada avó
Maria, pelos exemplos de amor, humildade,
sabedoria e fé!*

Minha eterna saudade!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder inteligência e discernimento para a realização e conclusão de mais um trabalho, sem ele eu nada seria.

A minha amada avó Maria, que há pouco foi morar ao lado do pai deixando uma imensa saudade aqui na terra, meu maior exemplo de sabedoria, bondade, amor e fé

Aos meus pais Delézio Consoli e Rosanete Maria Zanfolin Consoli, que inúmeras vezes deixaram de realizar seus próprios sonhos para que eu pudesse realizar os meus. Por depositarem confiança em minhas conquistas e por se orgulharem delas.

A minha irmã Érika, por despertar em mim o amor mais puro e verdadeiro do mundo.

Ao meu noivo Henrique pelo amor e cuidado que sempre dispensou a mim.

Ao meu orientador, professor Rodrigo Lemos Arteiro, homem de profundo conhecimento jurídico, pela sabedoria, atenção e humildade com que me auxiliou na execução deste trabalho.

Aos meus examinadores, Doutor Wellington e Doutora Fernanda, por terem aceitado o convite de compor minha banca examinadora, me honrando com sua presença.

Que tenhamos coragem para lutar pela justiça, e que alcancemos o conhecimento de que a justiça divina paira acima do nosso humilde conhecimento.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise das Organizações Criminosas, as quais se consubstanciam em nítido poder paralelo inserido em meio ao Estado Democrático de Direito, desafiando-o. Almeja-se estabelecer como o Estado, através da persecução penal e de novos métodos de prevenção e repressão a crimes, pode e deve agir, sobretudo com a finalidade de coibir o “crime organizado”, face ao veemente crescimento organizado da criminalidade, o que fere diretamente as bases do Estado Democrático de Direito, deixando a sociedade desprotegida e desacreditada. A luz de tais considerações, insta trazer a baila possíveis soluções acerca de tal problema, tendo como base a teoria capitaneada pelo alemão Gunther Jakobs, denominada “Direito Penal do Inimigo”. Referida teoria almeja traçar uma nova “visão” do Direito Penal e deve sempre ser analisada juntamente com o princípio da proporcionalidade. Assim sendo, de um lado tem-se o Direito Penal do cidadão, repressivo e garantista, que se baseia nos princípios que são inerentes ao Estado Democrático de Direito. De outro lado tem-se o Direito Penal do Inimigo, no qual algumas garantias processuais são suprimidas ou relativizadas em benefício do bem da sociedade, estribando-se na prevenção de delitos praticados não por cidadãos, mas por inimigos do Estado.

Palavras-chave: Organização Criminosa. Lei nº 12.850/2013. Poder Paralelo. Direito Penal do Inimigo. Direitos e Garantias Fundamentais. Proporcionalidade. Legalidade.

ABSTRACT

This work has as object the analysis of criminal organizations, which are embodied in sharp parallel power inserted amid the democratic rule of law, challenging him. Aims to establish how the state, through criminal prosecution and new methods of prevention and repression of crimes, can and must act, especially in order to curb the "organized crime" against the vehement organized growth of crime, which it strikes directly at the foundation of the rule of democratic rule, leaving unprotected and discredited society. The light of such considerations, calls bring baila possible solutions about this problem, based on the theory championed by German Gunther Jakobs, called "Criminal Law of the Enemy." This theory aims to chart a new "vision" of criminal law and should always be considered along with the principle of proportionality. Thus, on one side there is the Criminal Law of the citizen, repressive and garantista, which is based on principles that are inherent to the democratic rule of law. On the other hand there is the Criminal Law of the Enemy, in which some procedural guarantees are abolished or relativized in favor of the good of society, estribando on the prevention of crimes committed not by citizens but by enemies of the state.

Keywords: Organization Criminal. Law No. 12.850/2013. Parallel power. Criminal Law of the Enemy. Fundamental Rights and Guarantees. Proportionality. Legality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PREMISSAS	13
2.1 Princípios	13
2.2 Regras	15
2.3 Postulados normativos	16
2.4 Eficácia dos direitos fundamentais	18
2.4.1 Teoria interna	19
2.4.2 Teoria externa	20
3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	22
3.1 Princípio da individualização da pena	23
3.2 Princípio da legalidade ou da reserva legal	25
3.3 Princípio da proporcionalidade	26
3.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa	28
3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana	29
3.6 Princípio contramajoritário	31
4 FINALIDADE DA PENA NO BRASIL SUAS PRINCIPAIS TEORIAS, BEM COMO A ADOTADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	34
5 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA	37
5.1 Direito penal simbólico	41
5.2 Considerações sobre o Regime Disciplinar Diferenciado	43
5.2.1 A constitucionalidade do RDD	45
5.2.2 Progressão e Regressão no RDD	46
5.3. Poder Paralelo	48

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE AO ESTADO DE DIREITO E DISCUSSÃO EM TORNO DA SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	50
6.1 Características	51
6.3 Direito Processual Penal do Inimigo frente a Prova Ilícita	53
6.4 Combate as Organização Criminosas	56
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem como objeto de estudo o Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime Organizado. O tema justifica-se pela relevância jurídica e social na sociedade moderna, uma vez que o veemente crescimento da criminalidade organizada fere diretamente as diretrizes estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito deixando a sociedade desprotegida e insegura.

Tal fato não se dá à criminalidade pura e simplesmente, e sim às Organizações Criminosas que atuam como um poder paralelo ao Estado que ora parece ter-se intimidado, assumindo uma posição omissa perante as destemidas ações e ataques diretos de tais grupos, ora corrompe-se e torna-se um de seus integrantes.

Diante de tal problemática, objetivou-se analisar o Direito Penal do Inimigo como possível solução ou pelo menos amenização do fenômeno intitulado crime organizado, sobretudo com o advento da Lei 12.850/2013, que dispõe sobre organizações criminosas ao redor do mundo e no Brasil, abordando as principais características dessas organizações, bem como enfatizando os fatores que contribuem para criação pelos membros das facções criminosas.

Idealizada pelo alemão Gunther Jakobs, a teoria do Direito Penal do Inimigo nomeia o indivíduo que na visão do alemão é perigoso para o Estado, como “inimigo”, dando a este tratamento penal diferenciado em relação ao indivíduo que pratica crimes tidos como comuns, já que no segundo caso, além de não ser um criminoso habitual, o indivíduo não oferece risco ao Estado.

Essa teoria busca traçar uma nova “visão” do Direito Penal, ou seja, de um lado tem-se o direito penal do cidadão, repressivo e garantista, que se baseia nos direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. De outro lado tem-se o direito penal do inimigo, no qual algumas garantias processuais são relativizadas ou suprimidas, tendo em vista a prevenção de delitos praticados não por cidadãos, mas por inimigos do Estado. Importante ressaltar que a aplicação da teoria sempre terá como base o princípio da proporcionalidade, com o intuito de evitar que injustiças ocorram.

Destarte, o direito penal do inimigo seria uma espécie de mitigação de garantias processuais aplicadas aos criminosos contumazes, integrantes de grandes organizações criminosas que atentem diretamente contra o Estado Democrático de Direito.

O “inimigo”, para o alemão, é o indivíduo que não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social, daí porque a necessidade de um direito penal excepcional, pautado na flexibilização de direitos e garantias fundamentais. O direito penal do inimigo é tido como um novo tratamento imposto pela sociedade contra àquele que se comporta como seu inimigo.

Para afirmar sua teoria, Jakobs defende a ideia de que existe um contrato social entre os indivíduos e o Estado, no qual aquele que infringe tal contrato não participa mais dos benefícios deste. Assim sendo, há dois tipos de criminosos: os que cometeram um erro e ainda são considerados cidadãos e os que tentam destruir o ordenamento jurídico, vistos como inimigos.

Ressalte-se que as características dessa teoria estão espalhadas inclusive em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, na Lei do Abate (9.614/1998) e na Lei de Execuções Penais (7.210/1984), mais precisamente no artigo 52 da LEP, que prevê a constitucionalidade do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, disciplinando que:

A finalidade precípua do direito penal do inimigo é combater com mais rigor criminosos de alta periculosidade, integrantes de organizações criminosas, prevenindo delitos mesmo antes de ocorrerem, uma vez que para esses indivíduos as diversas formas de punição previstas no código penal são ineficazes ou insuficientes.

Para tanto, a lei n^o 12.850/2013, em seu artigo 3^o, trouxe novas formas de investigação e colaboração entre os agentes estatais, visando facilitar a captura e a punição destes indivíduos, possibilitando entre outras: a colaboração premiada; a ação controlada; o acesso a registros de ligações; interceptações telefônicas; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; a infiltração, por policiais em atividades de investigação, a cooperação entre instituições e órgãos federais, estaduais e municipais, entre outras.

Por fim, o presente trabalho almeja realizar a construção de um modelo teórico que possa solucionar a questão do avanço desenfreado da criminalidade organizada, além de trazer à colação as características do direito penal do inimigo e

sua possível aplicação por meio do princípio da proporcionalidade, como forma de prevenção e combate ao crime organizado, conforme nova redação dada pela lei 12.850/13, em que pese a necessidade de relativizar normas consagradas constitucionalmente, dando ao “inimigo” um tratamento que não se amolda ao direito penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente.

O método principal adotado para abordagem do assunto foi o dedutivo. Utilizaram-se como métodos acessórios o histórico e o comparativo. Como técnicas de pesquisa foram utilizadas bibliografias (livros, doutrinas, jurisprudências e internet) e documentos (leis em geral).

2 PREMISSAS EM TORNO DO DIREITO

Até pouco tempo atrás, o estudo das premissas em torno do direito era quase que ignorada por grande parte dos estudiosos desta ciência, entretanto, atualmente se tornou um tema de extrema relevância na doutrina e na jurisprudência brasileira, em razão das constantes mudanças ocorridas em torno da teoria do direito, e a conseqüente adaptação do processo na busca pela aplicação do direito justo e proporcional, conforme prega a Constituição Federal.

Antes de ingressar no tema propriamente dito, se faz necessário o esclarecimento de pontos relevantes para o estudo, como, por exemplo, a importância em distinguir a norma princípio da norma regra e como analisar em face do caso concreto a questão do sopesamento e da proporcionalidade, almejando obter uma visão ampla e ao mesmo tempo utilitária para todas as normas.

Inicialmente, tem-se que o direito é o que disciplina a vida em sociedade, ou seja, desde que preservado este preserva a sociedade, todavia, se corrompido, também a corrompe. A contrário senso, a ciência do direito é obtida através do estudo do direito, podemos extrair a teoria da norma, que nada mais é que o resultado obtido através da interpretação de um texto, fazendo com que este se torne um dispositivo legal, um sinônimo de lei.

Somente a partir do século XX a teoria das normas jurídicas passou a ter grande importância para o ordenamento. No Brasil os autores Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva foram os que mais exploraram essa teoria, por tal motivo, abordaremos algumas situações na visão destes autores, com o intuito de estabelecer linhas gerais sobre as questões mais relevantes em torno desta.

2.1 Princípios

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a questão dos princípios não possuía nenhuma influência nas decisões judiciais, já que estes não possuíam carga normativa. Somente após a segunda guerra mundial e mais

precisamente com o advento da Constituição, os princípios adquiriram força normativa, favorecendo de forma considerável a aplicação da lei, que na grande maioria das vezes acabava sendo aplicada de maneira absoluta, quase que inflexível.

Contudo, embora a palavra princípios traga a ideia de Justiça, ela deve ser vista e aplicada com cautela, pois, contrapondo este ideal buscado pelo ordenamento, temos a insegurança jurídica tão temida por aqueles que de alguma maneira tiveram seus bens jurídicos atingidos por criminosos.

Os princípios possuem basicamente duas finalidades. A finalidade direta nada mais é do que apontar para um estado ideal a ser perseguido, sem descrever condutas, por tal razão, extraímos essa finalidade da Constituição Federal e de Tratados Internacionais. Já a finalidade indireta dos princípios, se refere ao fato de que eles servem para que seus destinatários adotem uma conduta a ser perseguida, na busca pelo estado ideal.

Os princípios têm a função de orientar o legislador, com o objetivo de limitar o poder punitivo estatal, mediante a imposição de garantias previstas ou não expressamente na Constituição Federal e na Legislação Penal. Nesse sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 807/808):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão em inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Assim sendo, por possuírem uma relação de abrangência, diante de um conflito entre princípios, este se resolverá por meio da ponderação, contrário ao que ocorre com a questão do conflito entre regras. Os princípios convivem conflituosamente, de forma que um completa o outro, portanto, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, ainda que um seja prevalente, não aniquilará o outro, como ocorre com o conflito entre regras.

Por fim, no que diz respeito aos princípios, como a palavra passou a ser de certa forma deturpada pelo aplicador do direito, que passou a utilizá-la de maneira desregrada e para todo e qualquer caso, perdeu-se de vista que a palavra

princípio por vezes está no ordenamento como uma norma fundamental dispositiva e não como uma norma que aponta para um estado ideal a ser perseguido, a exemplo do que ocorre com o denominado princípio da proibição da prova ilícita que na sua essência nada mais é que uma regra estabelecida pela Constituição, como veremos nos próximos tópicos.

2.2 Regras

As regras indicam condutas a serem seguidas por seus destinatários, sendo está a sua finalidade direta, enquanto que a finalidade indireta é cumpri-las para concretizar o princípio subjacente.

O conflito entre regras segue a lógica do “tudo ou nada” e sua aplicação se dá por meio da subsunção, que nada mais é que o enquadramento da conduta praticada a norma pré-estabelecida, de forma que a ponderação de regras ocorre em situações excepcionais, já que estas prezam pela segurança jurídica.

Diante de um conflito entre princípios e regras, desde que em um mesmo patamar de hierarquia, podemos concluir que prevalecerá a regra, tendo em vista que estas possuem o condão de oferecer uma solução para o litígio já conhecida e pré-estabelecida, ao passo que os princípios oferecem apenas razões complementares para solucioná-lo.

Neste sentido, o livro “Teoria dos Princípios”, do respeitado autor Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 91):

Como há consequências expressivas com relação à aplicação das normas, tanto a conceituação equivocada (indicação de que o conceito de *princípio* conota propriedades que a linguagem normativa não pode conotar) quando da denominação inapropriada de uma norma (qualificação de uma norma como princípio sem que tenha as propriedades conotadas pelo conceito de *princípio*) provocam um resultado normativo indesejado: a flexibilização da aplicação de uma norma que deveria ser aplicada com maior rigidez. O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo, sem indicar

critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo, com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função das razões contrárias, lança bases para que o próprio conservadorismo seja legitimado.

Em resumo, depois de analisar ainda que de forma sucinta os pontos mais relevantes em torno dos princípios e das regras dentro da teoria das normas jurídicas, podemos concluir que a aplicação isolada de um princípio causaria insegurança jurídica, enquanto que a pura aplicação das regras, acarretaria enormes injustiças. Daí a importância da proporcionalidade na decisão de cada caso concreto, na busca pelo equilíbrio entre os direitos tutelados.

2.3 Postulados Normativos

Ainda dentro da teoria da norma, alguns autores defendem a existência de postulados normativos, que nada mais são que normas metódicas que viabilizam a aplicação dos princípios e das regras, a exemplo do que ocorre com o denominado princípio da proporcionalidade ou “postulado por excelência”, o qual deve nortear todas as decisões judiciais na busca pelo direito justo e adequado.

Os postulados também se subdividem em dois tipos: postulados hermenêuticos e aplicativos, sendo certo que o primeiro se incumbe de orientar a melhor compreensão e aplicação das normas previstas no ordenamento, enquanto que o segundo é tido como um método de aplicação dos princípios e das regras no caso específico.

No presente estudo nos atentaremos a análise dos postulados normativos aplicativos, já que para alguns autores, estes não passam de regras especiais e, segundo esta concepção, os postulados hermenêuticos sequer existem, pois defendem que assim como ocorre com os princípios, uma regra nunca aniquilará a outra, apenas irá se sobrepor quando analisado o caso concreto.

No que tange ao tema, o doutrinador Virgílio Afonso da Silva, no livro “Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia” (2009, p. 169), defende que:

Para aqueles que pensam que não chamar uma regra de “regra” apenas porque ela não é uma regra de conduta ou de competência pode facilitar a compreensão das coisas, o recurso a outras denominações, como a de “postulado normativo aplicativo” pode ser uma saída. Desde que se tenha em mente, claro, que também *esses postulados têm a estrutura de regra*.

Dentre os vários e não menos importantes postulados existentes no ordenamento brasileiro, como o da Igualdade e da Razoabilidade, nos atentaremos apenas ao postulado da proporcionalidade, tido como postulado por excelência, em face da íntima ligação com tema em apreço, o qual se subdivide em três submáximas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como veremos abaixo:

A submáxima da adequação visa ponderar se a restrição imposta ao direito é apta para atingir o fim a que se destina. Criticada em face da difícil constatação no caso concreto.

Na submáxima da necessidade, analisaremos se a restrição imposta é a menos onerosa com a mesma eficácia, desde que ambas estejam em um mesmo patamar de igualdade, acrescentando-se, que a necessidade nos termos da proporcionalidade como regra ou postulado, não quer fazer menção a uma situação de urgência ou risco, pois, ainda que necessária, esta pode surgir a partir de uma oportunidade, conveniência política ou mesmo de um ato estatal.

A submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é que uma espécie de sopesamento entre os valores discutidos, que devem sempre ser fundamentados e baseados em critérios justos, visando o bem comum.

No que tange ao tema, o autor Luiz Roberto Barroso, no livro “Curso de direito Constitucional Contemporâneo” (2010, p. 261), estabeleceu que:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do aquilo que se ganha.

Por fim, acerca das premissas podemos concluir que independente da maneira como o intérprete enxerga o postulado ou a regra da proporcionalidade, o fato é que quando um direito fundamental é restringido, essa restrição decorre na sua maioria de um texto normativo infraconstitucional, e diante de tal situação devemos analisar as três submáximas estudadas acima, para se alcançar um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização de outro, utilizando-se sempre da proporcionalidade.

2.4 Eficácia dos Direitos Fundamentais

É visível diante da leitura dos textos constitucionais e infraconstitucionais que o legislador brasileiro primou pelos direitos fundamentais básicos de todo e qualquer cidadão, contudo, é também visível que a efetivação destes direitos envolve estruturas gigantescas como a atividade estatal e a ordem jurídica em face da liberdade individual, de maneira que brevemente explanaremos sobre o assunto, com o intuito de fixar limites aos limites de interpretação em relação a estes direitos, dando mais ênfase a questão do combate ao crime organizado, na busca pelos ideais tutelados pela Constituição Federal e pelo Código Penal, ainda que para alcançar a referida eficácia, alguns destes direitos tenham que ser restringidos ou relativizados.

Sobre o tema, ensina o professor Ingo Wolfgang Sarlet, no livro “A Eficácia dos Direitos Fundamentais” (2009, p. 386):

A relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que “estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações”.

Considerando que nenhuma ordem jurídica pode ser vista de forma ilimitada e absoluta, ainda que o constituinte brasileiro tenha optado por não estabelecer um regime expresso em matéria de limites no que concerne aos direitos fundamentais, necessário se faz o estudo das teorias interna e externa, sendo certo que a preferência por uma delas, acabará por repercutir na aplicação do próprio

direito, ou seja, na sua maior ou menor amplitude, com reflexos diretos na esfera de suas limitações.

2.4.1 Teoria Interna

A teoria interna defende uma unicidade entre o direito e seus limites, ou seja, os adeptos dessa teoria entendem que quando o direito nasce, juntamente com ele nasce os seus limites, razão pela qual não se admite nenhum tipo de ampliação ou restrição que não adveio com o direito, daí porque alguns autores sustentam que essa teoria possui a estrutura de uma regra. Quando tratou do tema, o autor Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 128) defendeu que:

Assim, de acordo com a teoria interna, “existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanescentes”. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos.

Referida teoria ainda tratou dos limites imanescentes, estabelecendo que para ser tutelado, o direito deve estar implícito ou explicitamente salvaguardado na Constituição Federal, de forma que não se trata de uma colisão ou restrição a direitos, mais sim de uma previsão pré-estabelecida.

O problema está em definir qual o âmbito de proteção destes limites, em razão da sua incompatibilidade com a ideia de sopesamento, que é o que fundamenta e limita o caráter inicial de todos os princípios.

Um último ponto a ser analisado a respeito da teoria interna, versa sobre a teoria institucional dos direitos fundamentais, para a qual, mais importante que a liberdade individual, é a liberdade coletiva e, sob essa visão, por ser algo interno ao direito, a liberdade se cria e se desenvolve a partir deste, não é algo natural, daí porque defender que a liberdade é delimitada pelo direito, mas não restringida.

2.4.2 Teoria Externa

A teoria externa, contrária a anterior, defende que o objeto é dividido em duas partes, ou seja, de um lado existe o direito em si e de outro as suas restrições e, embora tal divisão inicialmente pareça insignificante, a partir desta é possível sopesar a questão dos direitos fundamentais, em face da regra da proporcionalidade.

Por esta teoria, as restrições impostas a determinadas condutas não influenciam no conteúdo do direito, podendo somente diante do caso concreto restringir seu exercício. Assim, não existem direitos internos, já que estes não são passíveis de serem aferidos senão diante do caso concreto, seja por meio da aplicação da regra da proporcionalidade ou através do sopesamento.

Desta forma, as restrições impostas a direitos e garantias fundamentais, na maioria das vezes serão decididas por meio de regras e sempre proferidas por órgão judicial, dada a ausência de previsão legal, todavia, não raras vezes, um princípio constitucional terá que ceder em relação a outro, o que não deixa de ser uma forma de restrição.

Sobre a questão, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, (2009, p. 389) que:

Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado. Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima-facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado. Esta distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrições, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos.

Assim sendo, verifica-se que a teoria externa deve prevalecer sobre a interna, pois, caso contrário, ao estabelecer que um direito já nasce com suas limitações pré-estabelecidas, o juiz sequer seria obrigado a fundamentar suas decisões, o que é totalmente contrário as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal e pelo Estado Democrático de Direito.

Portanto, a discussão em torno da eficácia dos direitos fundamentais, constantemente debatida em todo o mundo e principalmente no Brasil, dada a sua complexidade e importância nos dias atuais, visa além de evitar a prática de

excessos muitas vezes cometidos pelo poder judiciário quando da fixação e execução de algumas penas, também almeja evitar a proteção deficiente da sociedade e, principalmente, da vítima que teve sua esfera de direitos atingida pela conduta de outro e necessita da proteção estatal.

Nesse sentido, a ideia de que todo direito fundamental pode em algum momento ser restringido, coloca em dúvida a famosa e tradicional distinção entre as normas de eficácia plena, contida e limitada, tendo em vista que a distinção entre as duas primeiras deixaria de existir, prevalecendo apenas às normas de eficácia plena e limitada, nos dizeres de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 254):

De eficácia plena seriam as normas que desde a promulgação da Constituição já reúnem todos os elementos necessários para a produção de todos os efeitos desejados. De eficácia limitada, ao contrário, seriam aquelas normas que dependem de alguma regulamentação posterior que lhes complemente a eficácia.

Em resumo, podemos concluir que todas as normas que tratam de direitos e garantias fundamentais, ainda que previstas expressamente no texto constitucional possuem limitações no seu plano de eficácia, sendo certo que quanto mais mitigada a ideia de que nenhum direito é totalmente pleno, maior será o ganho no campo da eficácia e efetividade destes direitos.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala em princípio, o que primeiro vem à mente é a noção de começo, do ponto onde se inicia alguma coisa. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso (2001. p. 10) manifestou-se acerca do conceito de princípio, estabelecendo que:

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade.

Por serem normas disciplinadoras da aplicação do direito, os princípios e, principalmente, a análise delicada do significado de cada um diante do caso concreto, bem como a forma de aplicá-los diante da criminalidade moderna é que disciplinam a atividade jurisdicional do Estado. Um claro exemplo da função dos princípios trazida pelo positivismo encontra-se no artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942, também conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), cuja lei determina que deparando-se o magistrado com uma omissão legal, deve ele supri-la utilizando-se, dentre outros mecanismos, de princípios gerais do Direito.

Tal visão dos princípios como integrantes do núcleo constitucional essencial é trazida por Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 53), para quem:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Portanto, temos que com o advento da Constituição Federal, vários princípios foram introduzidos no ordenamento, com o intuito de efetivarem a aplicabilidade das normas constitucionais e infraconstitucionais, no entanto, antes de adentrarmos no tema propriamente dito, é necessário estabelecermos uma distinção entre princípios constitucionais e princípios penais constitucionais, uma vez que o primeiro é observado pelo legislador quando da criação da norma penal, ao passo

que o segundo apresenta um conteúdo típico, ou seja, versa sobre os limites que devem ser observados pelo Estado quando da fixação e aplicada pena.

Importante salientar que quando falamos em direito penal, estamos falando de uma ciência independente, que almeja a construção de uma ponte entre a teoria penal e a realidade, com o único objetivo de fazer justiça.

Assim sendo, em que pese a análise ainda que superficial de todos os princípios abaixo, como veremos no decorrer do presente estudo, a efetiva aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo não raras vezes acarretará o suprimento ou a relativização de alguns desses direitos previstos constitucionalmente, sempre amparado pelo postulado da proporcionalidade, uma vez que nenhum direito é absoluto.

Nota-se, assim, que o Direito Penal do Inimigo equivale a um novo método de combate, repressão e proliferação de crimes praticados por organizações criminosas, ademais, tal aplicação decorre de um momento emergencial em que vive a população brasileira, sendo certo que sua aplicação dentro de determinados limites se apresenta como um mal necessário.

3.1 Princípio da Individualização da Pena

Expressamente previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 59 do Código Penal, o princípio da individualização da pena estabelece que:

Art. 5º.

XLVI – A lei regulamentará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) Multa;
- d) prestação social alternativa.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Por este princípio, tem-se que o processo irá retribuir o mal concreto do crime, com o mal efetivo da pena, de acordo com a culpabilidade e o mérito de cada condenado de forma isolada, visando aplicar uma pena justa e proporcional, levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, especialmente aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Em suma, verifica-se que o princípio da individualização da pena se encontra em perfeita harmonia com a teoria do Direito Penal do Inimigo, que será abordada oportunamente, já que devidamente individualizada a pena, as características e as consequências do delito praticado pelo “inimigo”, a este será aplicada uma pena diferenciada.

Importante frisar que referido princípio se faz presente em todas as fases de aplicação da pena, ou seja, nas fases legislativa, judiciária e executória, as quais são intimamente ligadas, uma vez que juntas materializam o verdadeiro conteúdo do princípio em questão.

Neste sentido, o constitucionalista Luisi (2003, p. 52) expressa que:

O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judiciário e o executório.

Na primeira etapa através da lei, que fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Não se trata de penas com quantitativos certos e fixos. Trazendo também as espécies de penas e muitas vezes, as prevê de forma alternativa, e em outras ocasiões, dispõe sobre a sua aplicação de forma cumulada. Todavia, a lei penal não se limita às previsões normativas mencionadas mas, também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações.

O segundo momento é o da individualização judiciária. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificadamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. Embora as regras que devem orientar a execução judiciária estejam na lei, enseja o juiz uma indiscutível discricionariedade.

Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução, sendo esse o momento em que a sanção penal começa atuar verdadeiramente sobre o delinquentes, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação. Esta fase da individualização da pena denomina-se individualização executória.

Basicamente, o princípio em tela impõe ao magistrado o dever de aplicar ao autor do fato criminoso uma pena individual e particularizada, ponderando no caso concreto a necessidade da aplicação da pena, principalmente no que tange a pena privativa de liberdade, pois ao fixar essa modalidade de regime (fechado), todos os acusados acabam sendo iguados em um mesmo patamar, dada a ausência de estrutura para separá-los de forma justa e legal conforme prevê a lei.

No que diz respeito ao tema, é imprescindível à análise de alguns princípios que também estão previstos no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, da CF/88), razão pela qual guardam estreita ligação com o princípio acima citado.

3.2 Princípio da Legalidade ou Reserva Legal (*nullum crimensine lege*)

O princípio da legalidade constitui uma limitação ao poder punitivo estatal e um imperativo que não admite desvios nem exceções. (BITENCOURT, 2002, p. 04).

Referido princípio, encontra regulamentação no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1º do Código Penal, os quais dispõem que, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Assim como o anterior, o princípio da legalidade visa aplicar ao infrator um direito penal equilibrado, e o faz limitando os excessos cometidos pelo estado, para que haja no processo uma maior segurança jurídica. Na visão do doutrinador José Carlos Daumas Santos (2005, p. 17), o princípio da legalidade:

Determina que nenhum fato pode ser considerado crime, bem como nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes o tipo penal e a sanção correspondente tenham sido instituídas por lei. Tal princípio significa uma limitação real ao *jus puniendi estatal*.

[...]

Trata-se, indiscutivelmente, de limitação real sobre o poder estatal de interferir na esfera individual.

Desta feita, o princípio em tela visa garantir ao condenado a aplicação e a execução da pena imposta pelo magistrado sem excessos, com o objetivo de alcançar a verdadeira finalidade da sanção penal. Vale ressaltar que o princípio da legalidade deve ser analisado juntamente com seus quatro postulados, quais sejam: “*Lex previa*”, vinculado ao princípio da anterioridade penal; “*lex scripta*”, que proíbe que o costume incriminador crie crimes e comine penas; “*lex stricta*”, a lei estrita proíbe a analogia *in mallan partem* e por fim o postulado da “*lex certa*”, ligada ao princípio da taxatividade.

3.3 Princípio da Proporcionalidade da Pena

Como já abordado em outra oportunidade, o princípio da proporcionalidade, também denominado por alguns de postulado e por outros de regra da proporcionalidade, talvez seja atualmente um dos princípios mais importantes do ordenamento brasileiro, uma vez que a proporcionalidade deve estar presente em todas as decisões e etapas do processo, visando não só salvaguardar os direitos do condenado, mas também a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito.

A ausência de previsão expressa da proporcionalidade pela atual Constituição brasileira foi observada por Fernando Capez (2008, p. 20), para quem esta máxima é obtida através da análise conjunta de vários dispositivos constitucionais que não se revelam diretamente voltados à proporcionalidade como princípio ou postulado normativo, vejamos:

Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade da pessoa humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art.5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para os casos de maior gravidade (art. 5º, XXLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício.

De fato, há na atual legislação brasileira apenas dispositivos esparsos que permitem ao operador do Direito concluir pela adoção, por parte do legislador,

do referido princípio, principalmente exteriorizadores da vertente proibitiva do excesso na atuação do Estado

Em sendo assim, referido princípio se firmou como verdadeiro pressuposto constitucional e penal somente a partir do iluminismo, ao estabelecer que quando da criação das normas penais e das penas cominadas às infrações, o legislador deveria adequar a gravidade do crime a sanção imposta, prestigiando a segurança jurídica e a punição justa, busca que se faz incessante até os dias atuais.

A respeito do tema, ensina o professor Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 60) que:

Aduz-se, contudo, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios.

O postulado da proporcionalidade almeja estabelecer um ponto de equilíbrio entre o direito de punir do Estado e os direitos do criminoso, ou seja, visa aplicar de forma harmônica os princípios constitucionais e infraconstitucionais, funcionando como uma forte barreira impositiva de limites ao legislador, utilizando-se das suas três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por tais motivos, o princípio da proporcionalidade é previsto em todo o ordenamento jurídico atual, e em que pese não possuir previsão legal expressa, pode ser facilmente extraído mediante a interpretação do artigo 5º, incisos XLVI e XLVII da Constituição Federal de 1988.

Entende o escritor Luiz Régis Prado (2005, p. 30) que:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, gradual, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso.

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal [...] e a pena cominada ou imposta.

A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representado pela direito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

Por este princípio, o indivíduo deve ser punido dentro dos limites de sua culpa, sendo certo que preenchidos os requisitos legais (lapso temporal e bom comportamento), a grande maioria dos condenados tem direito à progressão de regime, contudo, essa questão da proporcionalidade também deve ser analisada do ponto de vista social, ou seja, deve-se ponderar e argumentar os valores em tensão, pois embora garantidos *prima facie*, os direitos fundamentais não são absolutos e, portanto, devem ser restringidos pelo aplicador do direito, quando insuficientes para alcançarem seus próprios fins.

Vale salientar que, atualmente, o postulado da proporcionalidade deve ser analisado sobre duas faces. Inicialmente, constitui-se em proibição do excesso, no sentido de evitar a aplicação de penas exageradas e desnecessárias, é o que se conhece por garantismo negativo. Num segundo plano, atua para impedir a proteção deficiente de bens jurídicos, o que se conhece por garantismo positivo.

No que tange a questão da proporcionalidade, esta será abordada durante todo o decorrer da pesquisa, porém, ela será analisada também sob o enfoque da vítima do delito, com o objetivo de assegurar os direitos e garantias constitucionais daquele que teve seus bens jurídicos atingidos pela prática de terceiros, tendo em vista que não somente de direitos se faz uma constituição, mas também de deveres que deveram ser cumpridos por toda a sociedade. Ademais, o princípio da proibição da proteção deficiente é a base do ordenamento brasileiro atual e deve ser observado pelo Estado quando da criação e aplicação das leis penais, dessa forma, a proporcionalidade será analisada em conjunto, diante do caso concreto, realizando um sopesamento entre os direitos do infrator e da vítima, na busca pelo equilíbrio entre os direitos tutelados pela lei e a efetiva aplicação da justiça.

3.4 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, o princípio em questão dispõe que, “Aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Sobre o assunto, bem esclarece o penalista Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 21):

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.

Em suma, esse princípio assegura, sempre que possível, uma igualdade entre as partes litigantes, ou seja, prevê que o acusado tem o direito de se defender de todos os fatos que lhe foram imputados, em todas as fases do procedimento.

Porém, como será abordado oportunamente, o princípio em tela também poderá sofrer relativizações em face da teoria do Direito Penal do Inimigo, já que outro entendimento que não uma análise crítica dos direitos fundamentais faria com que a própria atividade persecutória do Estado ficasse prejudicada, o que é fundamental para a segurança e a paz pública. Outrossim, não é este o objetivo da lei e do princípio da proporcionalidade.

3.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, diz que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, [...], constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana;
[...].

O princípio em questão, guarda estreita ligação com o princípio da humanidade, retratado no artigo 5º, incisos II, XLVII e XLIX, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais estabelecem que o indivíduo não será obrigado a fazer ou

deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, cujos artigos, proíbem a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, a prisão perpétua e os trabalhos forçados, além de assegurarem não só a integridade física mas também a moral do preso. Para Luiz Roberto Barroso (2010, p. 254):

A dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física quanto moral.

Esse princípio que sempre foi motivo de grande discussão no ordenamento jurídico, visa garantir aos condenados um mínimo de direitos e, o faz evitando a promulgação de leis discriminatórias que estabeleçam por exemplo crimes com penas indeterminadas, desumanas, entre outras, pois, em que pese a monstruosidade de alguns delitos, que na sua maioria são praticados contra crianças ou pessoas indefesas, é sabido que pagar a violência com a própria violência, não é o objetivo buscado pelo ordenamento.

Neste sentido, ensina José Carlos Daumas Santos (2005, p. 11) que:

A dignidade da pessoa humana é a principal sustentação da estrutura jurídica, porque confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos pertinentes aos direitos fundamentais, como também deve ser interpretado como referente a cada indivíduo, a todas as pessoas, sem discriminações, e a cada ser humano livre.

Tal princípio, portanto, é a base dos direitos consagrados constitucionalmente, com reflexos inegáveis na execução da pena.

Importante citar que muitos são os institutos previstos no ordenamento para preservar a dignidade do sujeito ativo do crime. A contrário sensu, no Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana não tem potencial legislativo criminal para estabelecer normas direcionadas a enfrentar o sofrimento causado a vítima do delito, portanto, o que se pode observar é um total abandono por parte do Estado as vítimas de crimes graves, cruéis e desumanos, já que o doutrinamento dos direitos humanos direcionasse para a proteção integral do criminoso, como se fosse apenas ele a vítima dos crimes por ele cometidos.

3.6 Princípio Contramajoritário

A República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e adota um sistema de tripartição dos poderes, onde os representantes do Legislativo e Executivo são eleitos pelos votos da maioria da população, daí porque alguns afirmam que a democracia é o “governo da maioria”, pois, é sabido que os representantes do Poder Judiciário, ao contrário dos anteriores, são via de regra concursados, aos quais incumbe realizar o controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos, agindo de forma contramajoritária.

Antes de ingressarmos no estudo do princípio propriamente dito, é necessário estabelecermos algumas distinções entre os conceitos de constitucionalismo e democracia, pois, longe de serem antagônicos, são fenômenos que se completam.

Para o mestre Luiz Roberto Barroso (2010. p. 88/89): “*Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of Law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria”.

A democracia é, portanto, marcada por conquistas e por perspectivas a serem alcançadas. Para o professor José Afonso da Silva (2011, p. 131):

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) da participação, direta ou indireta do povo no poder para que esta seja efetiva expressão da vontade popular, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação [...].

Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. (grifado no original).

Em face do Estado Democrático de Direito, é fácil percebermos que o princípio majoritário, não raras vezes prevalecerá em detrimento das minorias, embora também seja limitado pela lei e pelo postulado normativo da proporcionalidade, com o intuito de evitar injustiças, sob o simples argumento de que assim decidiu a maioria por meio da eleição de seus candidatos. Assim, compete ao

Poder Judiciário, conciliar o “governo da maioria”, em face da supremacia da Constituição e da defesa dos direitos por ela tutelados.

Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 449) ensina que:

Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contramajoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento. Como demonstrou Alexandre Bickel, ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo norte-americano, “a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contramajoritária em nosso sistema”.

O contramajoritarismo, atuará buscando a participação das minorias, para evitar que estas sejam sufocadas pelos valores democráticos impostos pela “maioria do governo”, visando apenas e tão somente o benefício próprio, ou seja, ainda que o controle judicial de constitucionalidade seja contramajoritário, ele consiste em elemento essencial para o Estado, uma vez que os juízes e tribunais atuaram em defesa dos direitos fundamentais.

Compete ressaltar que os membros do poder judiciário atuam na contramão dos interesses da coletividade porque exercem jurisdição autônoma e independente. Neste sentido, Luiz Guilherme Marioni (2010, p. 440) destaca:

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal

Essa atuação contramajoritária do Poder Judiciário, não se justifica apenas pelo maior preparo de seus membros, em relação aos demais poderes políticos majoritários, o que possibilita que o juiz atue com total imparcialidade, mas acima de tudo, em razão do respeito deste órgão para com o cumprimento das normas trazidas pela Constituição, sendo necessária a atuação do primeiro quando do uso abusivo do princípio majoritário.

O sistema contramajoritário guarda estreita ligação com a teoria do direito penal do inimigo, já que o poder judiciário poderá, usando de sua autonomia e

independência, decidir de forma contrária a lei, relativizando alguns direitos e garantias previstos na Constituição Federal com fundamento no princípio da proporcionalidade, atuando contra a vontade da maioria, com o exclusivo objetivo de proteger os interesses de uma minoria quase sempre esquecida pelos poderes políticos, sempre em defesa da ordem e da paz social.

4 FINALIDADE DA PENA NO BRASIL

Inicialmente, tem-se que a função primordial do Direito Penal é solucionar os problemas cada vez mais crescentes e avassaladores da criminalidade moderna, com o intuito de evitar a prática de novos crimes por parte do sujeito ativo, no entanto, além da proteção exclusiva de bens jurídicos, o Direito Penal tem como papel fundamental a proteção da sociedade e, para tanto, utiliza-se de algumas teorias, visando alcançar essa prevenção trazida pela lei.

Nestes termos, preleciona José Carlos Dauma Santos (2005, p. 24) que: “a missão do Direito Penal é defender a sociedade (protegendo bens, valores ou interesses), garantir a segurança jurídica ou a sua confiabilidade e confirmar a validade das normas”. O que está intimamente ligado à teoria do Direito Penal do Inimigo em combate ao Crime Organizado.

Dentre as principais teorias que versam sobre a finalidade da pena, podemos destacar a teoria retributiva (ou absoluta), a teoria preventiva (ou relativa), sendo certo que essa segunda modalidade ainda se divide em prevenção geral e prevenção especial e, ato contínuo, se subdivide em positiva e negativa, e por fim a teoria mista (ecclética ou unificadora).

A seguir, analisaremos de maneira sucinta o que se entende por cada uma dessas teorias.

A teoria da retribuição da pena, embora já ultrapassada, defendia que como o indivíduo se utilizou do livre arbítrio para infringir uma norma penal estabelecida, o mal do crime seria compensado com o mal da pena. Também denominada de absoluta, essa teoria era bastante criticada, pois, além de ofender princípios constitucionais, não levava em consideração os aspectos subjetivos do condenado, ou seja, não visava com a privação da liberdade obter nenhum fim social, sendo totalmente avessa aos ideais propostos pelo Estado Democrático de Direito.

A respeito do tema, explica o professor Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 70) que:

No esquema retribucionista, a imposição da pena tem a exclusiva tarefa de ‘realizar justiça’, devendo a culpabilidade do autor ser compensada com a imposição de um mal proporcional, a pena, como consequência jurídico-

penal do delito, encontrando fundamento no livre arbítrio como capacidade do homem de decidir entre o justo e o injusto.

Os maiores defensores dessa teoria foram Kant e Hegel, no entanto, Kant defendia que a pena serviria como uma espécie de castigo, ou seja, retribuiria o mal causado, como forma de se fazer justiça (MIRABETE, 2003, p. 244). Enquanto que Hegel defendia que a finalidade principal da pena era restabelecer a ordem jurídica, de maneira que não atribuía a esta apenas o caráter vingativo (BITTENCOURT, 2002, p. 90).

A contrário senso, a teoria da prevenção, também denominada de relativa, pregava que a justa aplicação da pena serviria para ressocializar o condenado e, por consequência, impediria a prática de novos delitos. Referida teoria era voltada para o futuro e buscava dar um fim utilitário a pena. Essa teoria ainda se subdivide em outras duas, quais sejam: prevenção geral e prevenção especial.

A teoria da prevenção geral era voltada para a sociedade como um todo, ou seja, dirigia-se a aquelas pessoas que estavam mais propensas a praticar delitos, como forma de coibi-los, pois, entendia-se, que no momento em que se fixava uma pena, o mal da pena impediria a ocorrência de novos crimes, servindo o autor de exemplo para a sociedade. Criticada porque não primava pela ressocialização do criminoso, de forma que a imposição da pena era vista apenas como uma obrigação do Estado, no intuito de impedir novos delitos. Referida teoria ainda se subdivide em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

Em seu aspecto negativo, a teoria da prevenção geral consistia na ameaça como forma de atribuir à pena uma função preventiva. Criticada por não observar os princípios constitucionais e por violar direitos básicos, já que para servir de exemplo o delinquente era muitas vezes submetido a sanções desnecessárias.

Em seu aspecto positivo, a teoria da prevenção geral expressava que o descumprimento das normas penais acarretaria a justa aplicação da pena, com o intuito de fazer justiça, restabelecer a ordem jurídica violada, a confiança, a convivência pacífica e a prevenção de novos delitos.

No que tange a esse assunto, dispõe o penalista Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 78) que:

Essa teoria centra-se, basicamente, na ideia de *afirmação simbólica da validade das normas pela pena*, ou realização da *eficácia estabilizadora* da

norma por meio da sua aplicação, que favoreceria o processo de integração social, restabelecendo a confiança institucional quebrada pelo desvio, porquanto, se a violação das leis penais provoca abalo na consciência jurídica dos indivíduos, esta cessaria com a reafirmação da validade da norma infringida, por meio da aplicação e execução da pena.

Assim como as demais, também foi bastante criticada por haver resquícios da teoria retributiva, uma vez que a teoria da prevenção geral positiva nem intimidava e nem prevenia a prática de novos delitos.

Contrariando-a, a teoria da prevenção especial se preocupava com o autor do delito, ou seja, visava com a aplicação da pena fazer com que delinquente desistisse de praticar novas infrações. Foi bastante criticada por se preocupar apenas com a ressocialização do criminoso, deixando desprotegida a sociedade. Referida teoria também se subdividiu em negativa e positiva.

Em sua forma negativa, a teoria da prevenção especial buscava intimidar o autor do fato para que ele não voltasse a praticar crimes, para tanto, defendia que este deveria ser afastado do convívio social e inserido nas penitenciárias. Todavia, seu aspecto positivo consistia na ressocialização, reeducação e readaptação do infrator, o que guarda estreita ligação com o Estado Democrático de Direito. Criticada porque na prática é sabido que essa ressocialização ou correção não ocorre efetivamente, diante de um sistema carcerário ineficaz para o que se propõe.

Por fim, a teoria mista ou eclética, mais atual e dinâmica atribui à pena tanto o caráter retributivo quanto o preventivo, na busca por um ordenamento eficaz, voltado tanto para o condenado quanto para a sociedade. Seus adeptos defendem que a pena só pode ser considerada legítima se ao mesmo tempo for eficaz e justa. Entretanto, também recebeu críticas, porque ao combinar as duas anteriores (retributiva e preventiva), que eram totalmente opostas, a teoria não suprimiu às suas falhas, já que a primeira determina que a pena tenha um caráter retributivo e a segunda enxerga está como um fim preventivo.

Em que pese às falhas existentes na teoria mista ou eclética, firmou no Brasil o entendimento de que esta foi a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico, diante da redação prevista no artigo 59 do Código Penal.

5 CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

As Organizações Criminosas existentes no Brasil são denominadas de organizações de modelo tradicional, já que são mais frequentes em determinados setores, tais como: tráfico de drogas, extorsão mediante sequestro, furto ou roubo de veículos e de cargas, lavagem de dinheiro, bem como o famoso jogo do bicho, ainda que sem ter um crime como objetivo principal.

No Brasil o Primeiro Comando da Capital (PCC), que teve origem paulista, surgiu durante a década de 1990, no presídio de Taubaté, cuja organização é sem dúvida a mais fortalecida dentro do sistema penitenciário brasileiro, a qual tem como características essenciais: a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e uma engenhosa organização.

No que tange as características não essenciais do crime organizado, mas que influenciam diretamente nas causas especiais de aumento de pena, temos que estas organizações utilizam a violência, a corrupção, a divisão do trabalho, a utilização de meios tecnológicos, o embaraço do curso processual e a hierarquia dentro da organização, tendo inclusive uma espécie de batismo, onde é realizado um juramento de lealdade ao comando.

Essas atividades criminosas são, em regra, graves e cometidas de forma profissional, reiterada e eficiente, as quais representam um perigo concreto não apenas para a segurança de uma pessoa em particular, mas para a segurança do Estado, que tem o dever de utilizar seus meios de prevenção e repressão para coibir essas práticas, ainda que para efetivá-los, tenha que suprimir alguns direitos e garantias destes indivíduos, caso contrário deixaria de punir poderosos e destemidos criminosos, o que acarretaria injustiças e uma total descrença no sistema judicial, além de ferir o princípio constitucional da proibição de insuficiência.

Assim, visando combater com mais rigor, segurança e de maneira sigilosa o crime organizado, foi criada a Lei 12.694 de 24 de julho de 2012, a qual não só estabeleceu em seu artigo 1º que: “Em processo ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual”, como

também definiu no artigo 2º o conceito de crime organizado o que até então não existia.

Todavia, quando promulgada a lei federal nº 12.850 de 13 que revogou a lei nº 9.034 de 1995, esta regulamentou a investigação criminal em relação às Organizações Criminosas, definindo e conceituando em seu artigo 1º, parágrafo 1º que:

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

Ao passo que se faz necessário uma definição legal para concretizar a segurança jurídica no ordenamento, também é preciso que essa definição não se torne engessada, limitando seu alcance. Assim observa Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p. 9):

[...] não se pode engessar este conceito, restringindo-se a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade -, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente.

O ilustre doutrinador ainda acrescenta (2007. p. 10):

Não se pode definir para atribuir características rígidas, com formas preestabelecidas. Aliás, tolice é a definição legal, pois, como dito, em um país como o Brasil existirão diferentes organizações criminosas com distintos *modus operandi* conforme a deficiência estatal da região que adotem para operar.

Como se pode observar, o ponto principal para definir esse grupo de pessoas que se unem com a finalidade de abalar estruturalmente o Estado, impondo sua força, está na palavra organização.

Ademais, em sua obra Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p.5) destaca que a delinquência organizada é aquela que:

[...] infiltra-se sorrateiramente no subterrâneo estatal ou, revestindo-se de sereia fora d'água, que esconde a cauda de escorpião e golpeia violentamente a inocência popular, ou, travestida de 'colarinhos brancos', apresenta-se como idônea, quando carrega no sue interior inigualável tumor maligno.

O estudo do crime nos remete aos tempos antigos, em que sempre se buscou encontrar as causas da delinquência, com o objetivo de compreender a personalidade do criminoso e tentar ressocializá-lo. Todavia, como explanado acima, com o passar dos anos e com o crescimento desenfreado e aperfeiçoado das Organizações Criminosas, essas práticas criminosas superaram os conceitos estabelecidos pela criminologia convencional, o que fez com que o Estado se tornasse de certa forma omissos com seu povo, deixando-os desprotegidos face a uma modalidade organizada e cruel de práticas ilícitas.

Ressalte-se que a Lei nº 12.850 de 2013 ainda trouxe algumas inovações para o nosso ordenamento jurídico, dentre as quais podemos destacar o acesso pelo Ministério Público e pelo Delegado de Polícia a dados cadastrais contidos em bancos de dados de diversas instituições públicas ou privadas, sem que seja necessária a autorização judicial. Ainda, disciplinou condutas nas ações controladas e infiltração de agentes, bem como inseriu a figura do Delegado de Polícia como sendo o protagonista no combate às organizações criminosas, por ser este o primeiro a ter contato direto com o crime.

Referido tema, possui íntima ligação com o princípio da proibição da insuficiência, que surgiu na Alemanha em meados do século XX, o qual é amplamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, e está intimamente ligado a questão do crime organizado. O princípio da proibição da insuficiência dispõe sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e os cidadãos, não apenas em relação ao Estado e o cidadão, entendida como teoria vertical dos direitos fundamentais, isso porque nos dias atuais é sabido que a prática de atos arbitrários não é característica exclusiva do Estado.

Neste sentido, ensina o professor José Paulo Baltazar Junior (2011, p. 49/50):

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provêm exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta

adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Sendo assim, os direitos fundamentais, passaram a desempenhar, ao lado de suas funções tradicionais, também uma função de defesa contra ameaças e agressões aos direitos fundamentais com origem em outros centros de poder, não estatais.

A teoria da eficácia horizontal surgiu em face das violações aos direitos fundamentais ocorrerem tanto por parte do Estado como dos agentes privados, diante do poder incontrolável que estas organizações criminosas exercem em determinados lugares, as quais não raras vezes, não apenas equiparam-se ao Estado, mas o superam, já que os cidadãos de determinadas localidades são obrigados a cumprir tanto as regras estabelecidas pelas organizações quanto os ditames previstos pelo poder público.

Assim sendo, quando da violação de direitos fundamentais, seja por parte do estado ou de agentes privados, o juiz deve realizar uma ponderação de interesses, tomando por base sempre a regra da proporcionalidade para aplicar uma pena efetiva e justa.

Em outras palavras, o Estado está proibido de prestar uma proteção insuficiente para com a sociedade que vive assolada com a audácia e a prepotência dos membros de Organizações Criminosas.

É nesta seara, de que o Estado deve cumprir com êxito seu dever de proteção, que se encaixa a possibilidade de socorrer-se ao Direito Penal do Inimigo para combater o “Estado Paralelo” exercido pelas Organizações Criminosas. Note-se, que face ao postulado da proporcionalidade, favorável à proteção integral da coletividade, necessário se mostra a adoção do direito penal do inimigo para guarnecer a segurança da população, uma vez que os meios convencionais do direito penal e processual penal garantista revelam-se insuficientes ao combate do crime organizado.

Para tanto, deve-se imaginar uma balança, na qual de um lado temos os direitos e garantias fundamentais individuais como o devido processo legal, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, ao passo que do outro lado temos direitos fundamentais coletivos, como a segurança pública e a proteção integral. Diante do caso concreto, o lado que mais “pesar” deverá prevalecer quando houver conflito de interesses.

Nesse sentido, Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005. p. 195/196) dispõe que:

[...] a ponderação, ou o sopesamento, entre o interesse sacrificado pela medida estatal e o interesse público adotado pela mesma, realizado no bojo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve atender aos objetivos estampados no Texto Constitucional, de forma que a busca de uma finalidade de interesse público seja maior do que o prejuízo decorrente dessa limitação.

Por tais razões, parece razoável fazer prevalecer os interesses da sociedade em detrimento do suprimento ou relativização dos interesses e direitos individuais dos membros de Organizações Criminosas, em busca da efetiva proteção da coletividade, da paz e do bem comum.

5. 1 Direito Penal Simbólico

O Direito Penal Simbólico tem sua origem na cultura da emergência, e é conhecido por ser extremamente rigoroso e ao mesmo tempo ineficaz. Tal modelo trás consigo símbolos de rigor excessivo que, efetivamente, caem no vazio, diante de sua não aplicação, portanto, tal característica não é exclusiva do modelo preconizado por Jakobs.

É inquestionável, tanto no Brasil quanto no mundo que a resposta do poder legislativo à onda de criminalidade por meio da elaboração de leis irracionais traduz o caráter meramente simbólico que vem se atribuindo ao direito penal, já que cada vez mais as leis trazem uma forte carga emocional, revelando uma manifesta intenção de manipulação da opinião pública, criando uma falsa ideia de segurança e de justiça.

O direito penal simbólico utiliza-se da sensação de medo e de insegurança da sociedade para criar uma falsa ideia de segurança com a elaboração desenfreada de normas penais “em tese” mais severas, quando da prática de algum crime grave que ganha grande repercussão na mídia, isso porque criam crimes e cominam penas, incluem causas de aumento de pena, entre outras, contudo, diante da sua não efetivação, faz com que tudo caia no desuso, maculando assim a função

primordial do direito penal, já que a proteção de bens jurídicos acaba ficando em segundo plano.

Assim é o entendimento da doutrinadora Alice Bianchini (2002, p. 24):

O que importa para a função simbólica é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, fundada na impressão de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações da sociedade. Criam-se assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa.

Intimamente ligada ao tema, a teoria do Abolicionismo Penal que desenvolveu-se principalmente na Europa, revelou-se como o meio mais radical de enfrentar a realidade do Direito Penal, sua doutrina prega a substituição do Direito Penal por outras formas não punitivas de solução dos delitos praticados. Tal doutrina preconiza que o Direito Penal não é o único meio de repressão a violência, pois que apenas impõe punição. Embora fracassada, referida teoria demonstra a total falência do direito de punir do Estado, que se mostrou incompetente para o fim a que se destina.

Atualmente, o direito penal simbólico é visto apenas como sendo um conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, em regra suscitadas após o cometimento de crimes graves, com grande repercussão na mídia, com o objetivo de camuflar as causas sociais e políticas da criminalidade, sugerindo como resposta para a segurança pública a criação de novos e mais severos comandos normativos.

Por tais razões, essa função simbólica do direito penal deve ser afastada do ordenamento brasileiro, uma vez que compete ao poder legislativo estudar meios capazes de combater a criminalidade com eficiência, principalmente a criminalidade organizada. Ademais, compete ao Estado investir em educação, saúde, lazer, esporte, moradia, saneamento básico, entre outros meios básicos de vida digna de um Estado que se diz Democrático de Direito, capazes de prevenir a prática de crimes.

5.2 Considerações sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

Criado pela resolução nº 26 de 04 de maio de 2001, da Secretária de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, o regime disciplinar diferenciado surgiu em face do crescimento e do poder desenfreado das grandes organizações criminosas nos interiores das penitenciárias, principalmente dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Muito se discutia sobre a inconstitucionalidade desse instituto, não apenas pelo fato de ter sido criado por meio de uma resolução, mas, sobretudo por ferir princípios tutelados pela Constituição Federal. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decretou a constitucionalidade da aplicação do RDD, e o fez com fundamento no artigo 24, inciso I da CF/88, sob o argumento de que os Estados têm competência para legislar sobre direito penitenciário.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I – direito tributário, penitenciário, econômico e urbanístico;
[...]

Contudo, no dia 01 de dezembro de 2003, entrou em vigor a lei nº 10.792, cuja lei modificou alguns dispositivos da Lei de Execuções Penais, conferindo força de lei ao regime disciplinar diferenciado, em que pese às inúmeras críticas ao redor do instituto, principalmente após a morte do Juiz da Vara das Execuções Penais da cidade de Presidente Prudente, Dr. Antônio José Machado, no dia 14 de março de 2003.

O Regime Disciplinar Diferenciado se aplica a todos os condenados, desde que maiores de idade e no gozo de suas capacidades mentais, independentemente da prisão ser provisória ou definitiva. O referido regime consiste em separar os presos de maior periculosidade, os quais integram organizações criminosas, causando indisciplina, coação e desordem carcerária, do convívio dos demais presos.

Pode ser inserido nesta modalidade de regime: a) o preso que cometer crime doloso dentro do estabelecimento penal, ocasionando subversão da ordem ou da disciplina interna; b) oferecer alto risco para a segurança da unidade penal ou para a sociedade e c) no caso de recair sobre o detento fundadas suspeitas de

envolvimento ou participação, a qualquer título em organizações criminosas. Acrescente-se que por ser uma modalidade de sanção disciplinar, basta que o preso cometa uma falta disciplinar grave, de maneira dolosa, dentro da unidade prisional, para ser submetido ao RDD (artigo 53, V, da LEP).

O RDD possui algumas características próprias, descritas no artigo 52 da Lei de Execuções Penais, conforme ensina o penalista Renato Marcão (2010, p. 74):

1º) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. Em se tratando de preso provisório, *sem pena aplicada*, na falta de expressa previsão legal, leva-se em conta a pena mínima cominada; 2º) recolhimento em cela individual; 3º) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; 4º) o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Nos termos do artigo 54 da Lei de Execuções Penais, tem legitimidade para requerer a inclusão do condenado neste regime, desde que fundamente sua decisão, o diretor do estabelecimento penal, ou qualquer outra autoridade que tenha competência para tanto, como por exemplo, o Secretário de Segurança Pública e da Administração Penitenciária. Tendo autoridade para concedê-la o Juiz da execução, o qual também deverá fundamentar a necessidade da inclusão, após ouvir o Ministério Público e a Defesa.

Ainda, é possível a inclusão do preso ao regime disciplinar diferenciado de forma cautelar, urgente, sem sequer ouvir o Ministério Público e a defesa, cujo prazo não pode exceder a dez dias, desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (art. 60 da LEP). Porém, embora a lei estabeleça um prazo de quinze dias para o juiz decidir sobre a inclusão do RDD, neste caso, o magistrado deve decidir em tempo hábil, de acordo com cada situação.

É importante citar que, em razão da incompatibilidade com os regimes aberto e semiaberto, o regime disciplinar diferenciado, aplica-se tão somente ao regime fechado. Caso contrário, seria necessário que o preso regressasse do regime semiaberto para o regime fechado, para depois poder ser inserido no RDD.

5.2.1 A Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

As críticas em torno desse instituto se pautam na violação de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), da integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX da CF), bem como o da humanidade das penas, uma vez que o preso submetido ao RDD fica isolado por vinte e duas horas diárias, porém, como já visto no início do trabalho, ainda que tutelados pela Constituição, estes princípios não são absolutos e devem quando necessário, ser suprimidos ou relativizados em prol da segurança da população.

O regime disciplinar diferenciado está previsto no artigo 52 da Lei de Execuções Penais e estabelece que:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: [\(Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; [\(Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

II - recolhimento em cela individual; [\(Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; [\(Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. [\(Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. [\(Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. [\(Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

É sabido por todos que o regime disciplinar diferenciado foi criado com o objetivo de combater de maneira rígida, severa e eficaz o crime organizado no interior das penitenciárias brasileiras, visando prevenir que presos poderosos comandem suas organizações do interior dos presídios. Portanto, se ao mesmo

tempo em que o Estado punir de maneira mais severa um condenado, ele tiver que respeitar todos os seus direitos fundamentais, esse instituto jamais seria efetivado, restando apenas uma lei morta, sem nenhuma aplicabilidade.

Outrossim, a discussão em torno da constitucionalidade do RDD se torna ainda mais evidente quando a analisamos em face dos direitos fundamentais das vítimas desses criminosos, que na sua grande maioria são pessoas indefesas, honestas, trabalhadoras, pais e mães de família, que tiveram seus direitos atingidos de maneira fria e cruel, sobretudo quando estas são crianças, as quais por inúmeros motivos, como a pobreza, ausência de estrutura econômica, familiar e educação, são usadas, violentadas e corrompidas por estes bandidos, sem nenhum tipo de compaixão ou amor pelo próximo.

Portanto, podemos concluir que embora contrário a alguns ideais tutelados pela Constituição Federal, o Regime Disciplinar Diferenciado é um instituto constitucional novo e extremamente necessário no combate ao crime organizado, tendo em vista a criminalidade incontrolável que atinge o país de maneira desenfreada e a falida estrutura do sistema penitenciário.

Ademais, embora não esteja expressamente descrito no ordenamento brasileiro, o Direito Penal do Inimigo guarda íntima ligação com o RDD, sendo este o principal instituto capaz de comprovar a aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico atual.

5.2.2 Progressão de Regime no Regime Disciplinar Diferenciado

No que concerne a progressão de regime, ainda que submetido ao RDD, o preso não está impedido de obter o benefício da progressão, desde que preencha os requisitos objetivos e subjetivos, até porque a lei não permite a criação de institutos que prejudiquem ou impeçam a aplicação do direito obtido pelo condenado.

Assim, após o término da sanção disciplinar, se cumprido o tempo previsto pela lei, ou seja, ao menos 1/6 da pena imposta para crimes tidos como não hediondos, e 2/5 se primário ou 3/5 se reincidente para os crimes hediondos, além

do atestado de bom comportamento, emitido pelo diretor do estabelecimento penal, o preso poderá progredir de regime.

Importante salientar que com a evolução dos sistemas penitenciários, o Código Penal de 1.940 acabou adotando o sistema progressivo, o qual vige até hoje no ordenamento brasileiro e nos termos do artigo 33 do referido código, prevê o cumprimento da pena privativa de liberdade em três regimes, de maneira progressiva.

Desta forma podemos concluir que se o condenado iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, preenchidos os requisitos, este irá progredir para o regime semiaberto (intermediário) e, posteriormente para o aberto. Vale ressaltar que a legislação brasileira veda a chamada “progressão por saltos”, salvo em casos excepcionais e devidamente comprovados, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

A regressão de regime de cumprimento de pena, versa sobre a ausência de mérito do condenado, e esta prevista no artigo 118 da LEP, o qual determina que:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).

§1º. O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativa imposta.

§2º. Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Sendo assim, o condenado beneficiado pelo regime aberto retornará ao regime semiaberto e se estiver no regime semiaberto retornará ao regime fechado, encontrando-se no regime fechado, poderá ter o prazo interrompido para efeitos de progressão, bem como sofrer sanção disciplinar.

No que tange ao preso provisório, quando o juiz entender necessário poderá imediatamente determinar a regressão de regime, não ferindo qualquer princípio constitucional, desde que presentes os requisitos do *fumus no iuris* e o *periculum in mora*.

5.3 Poder Paralelo

Analisando as principais características das Organizações Criminosas, quais sejam: estabilidade, permanência, lucratividade, divisão de tarefas, hierarquia, procedimentos internos rígidos, engenhosamente organizadas, finalidade associativa para cometimento de crimes, metodologia fundada na obediência, na violência e na corrupção, bem como seu modelo de atuação, é facilmente perceptível que estas acabam por concretizar o chamado Poder Paralelo, com o único objetivo de desestabilizar o Estado Democrático de Direito.

Extraí-se que num Estado Democrático de Direito vigora a “lei” criada pelo próprio Estado, através de seus representantes escolhidos pelo povo, tais leis possuem eficácia tanto para a população em geral quanto para o próprio Estado que, inclusive, se limita a elas.

Sendo assim, o “Poder ou Estado Paralelo” atua porque o próprio Governo não respeita as leis e suas funções para com a sociedade. Ao passo que os membros das organizações criminosas aproveitam-se da ausência do Estado em determinadas localidades para obterem força junto às comunidades carentes, além de corromperem agentes estatais, reinando a impunidade.

Como dito, as Organizações Criminosas recebem a denominação de “Poder Paralelo” porque atuam ante a ausência do Estado nas áreas mais básicas da necessidade humana, de forma que estas propiciam aos seus moradores condições básicas de saúde, habitação, higiene e alimentação, que não foram oferecidas por quem está obrigado constitucionalmente, seja em razão do esquecimento ou dos inúmeros abusos praticados pelo governo.

Nesse sentido, discorre Wilson Lavorenti (2000, p. 32/33):

A organização criminosa, por vezes, também se aproveita da ausência do Estado em aspectos sociais fundamentais e assume uma posição paternalista, conseguindo angariar a simpatia de uma determinada camada social desfavorecida que acaba, inclusive, visualizando a violência das organizações através de um enfoque mais compreensivo, dado que isto acaba por ser fator menos alarmante num segmento social sem qualquer tipo de amparo.

Importante ressaltar que as Organizações Criminosas adquirirão cada vez mais poder em razão da crescente corrupção em todas as esferas estatais, se

assim não fosse, seriam facilmente combatidas pelo Estado. No que concerne ao tema, ensina Mendroni (2007, p. 16) que: “As organizações criminosas que atingem certo grau de desenvolvimento já não conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos”.

Em resumo, diante de todo o exposto, talvez seja a corrupção dos agentes estatais a maior barreira a ser vencida para combater o crime organizado.

Aliada, aliada a essa questão de combate ao “poder paralelo”, será analisada no capítulo seguinte a teoria do Direito Penal do Inimigo, como forma de controle mais severo em todas as esferas da administração pública, servindo como forte meio de combate as Organizações Criminosas.

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi idealizada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs na década de 1990, para ele, o direito penal é um sistema autônomo, que possui regras próprias e a elas se submete. Jakobs defende o funcionalismo radical, monista ou sistêmico e, por consequência, o denominado maximalismo penal, de forma que o direito penal está determinado pela sua função social, motivo pelo qual defende a aplicação da teoria do direito penal do inimigo como uma nova visão do direito penal, voltada para aqueles indivíduos que integram organizações criminosas e afrontam normas estatais, colocando em risco com essas práticas a população em geral.

Para Jakobs, de um lado têm-se o direito penal do cidadão, conhecido por ser repressivo e garantista, ou seja, ele prevê uma conduta típica e antijurídica, bem como comina uma sanção penal, de forma que espera-se que o crime ocorra para após punir o seu autor. De outro, têm-se o direito penal do inimigo que, para ele, é o indivíduo que afronta e desestabiliza a estrutura do Estado, razão pela qual justifica-se a aplicação de um direito penal preventivo, com o único fim de assegurar a ordem jurídica e social, ainda que para isso seja necessária a supressão de alguns direitos constitucionais do criminoso.

Nesse sentido, o doutrinador Cleber Masson (2012.p. 93) discorre que inimigo:

É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.

O direito penal do inimigo é conhecido como um direito penal de terceira velocidade, já que é tido como um novo instrumento penal no combate a criminalidade organizada. Esse novo modelo, leva em conta a periculosidade do autor do fato, não o fato em si como é a regra estabelecida pelo nosso ordenamento atual. Nesse sentido, entende Rogério Greco (2011, p. 24/25) que:

A primeira velocidade é a intrínseca ao Direito Penal, que tem por fim a aplicação de uma pena privativa de liberdade, devendo-se observar todas

as regras penais e processuais garantistas, tendo em vista estar em jogo a liberdade do indivíduo. Na segunda velocidade permite-se afastar determinadas garantias, com o intuito de agilizar a aplicação da lei penal, a exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais Criminais, advindos com a Lei 9.099/95. O Direito Penal do Inimigo “seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)”.

Na visão de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 71), o Direito Penal do Inimigo:

Trata-se do advento de um Direito de ‘terceira velocidade’ pautado por flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, concomitantemente com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Estamos assistindo ao despertar das primeiras acepções das políticas criminais voltadas ao combate dos ‘inimigos’.

Logo, embora contrária a teoria acima citada, visto os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal, em certos momentos na história política criminal do país, devido a inúmeros fatores como a pressão popular e a mídia, os governantes e legisladores foram coagidos a tomar decisões, as quais direta ou indiretamente atentam contra direitos e garantias constitucionais de alguns indivíduos, como veremos nos tópicos a seguir.

6.1 Características

A principal finalidade do Direito Penal do Inimigo é combater e prevenir crimes, ou seja, cortar o mal pela raiz, pois, tem-se que de nada adianta punir criminosos tidos como inimigos se estes não estão dispostos a ressocializarem-se e a submeterem-se as normas vigentes.

Por essa teoria busca-se atingir a causa pela qual o delito é cometido, não a punição de fatos futuros praticados por esses criminosos, uma vez que esta não diminuirá a criminalidade, em especial a criminalidade organizada.

Atualmente é adotado pelo ordenamento penal brasileiro, o direito penal do fato, ou seja, aquele que pune o criminoso pela conduta já exteriorizada,

entretanto, esse já não se mostra suficientemente eficaz em relação aos membros de organizações criminosas. Assim sendo, se faz necessário refletir sobre um direito penal do autor, privilegiando-se sua periculosidade ao invés de sua culpabilidade para a fixação da reprimenda penal, punindo-se os indivíduos tidos como criminosos contumazes pelo que são, ou seja, inimigos do Estado.

Neste contexto, trata-se de um direito penal prospectivo, sendo certo que na visão de Manuel Cancio Meliá (2012, p. 90), os três elementos do direito penal do inimigo são o adiantamento da punibilidade, penas desproporcionalmente altas e relativização ou até supressão de determinadas garantias processuais.

Acerca do adiantamento da punibilidade, Gunther Jakobs (2012, p.36) diferencia o tratamento dado ao cidadão e ao inimigo:

[...] o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

No mesmo sentido é o entendimento de Alice Bianchini (2002, p. 73):

A antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como *crimes-obstáculo*, possui caráter excepcional e só se justifica quando se estiver diante de bens de categoria muito elevada e, ainda assim, desde que a descrição realizada na conduta típica seja inequívoca. Este tipo de punição visa a prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição dos atos idôneos para comissão de outros crimes.

Logo, quando o legislador ou o aplicador do direito entenderem estar diante de bens jurídicos fundamentais, poderá, após sopesar valores, adiantar a tutela penal para atingir e prevenir delitos dali advindos, punindo-os com a mesma pena do crime consumado.

Desta forma, em relação ao cidadão comum, é necessário que este pratique o crime para, posteriormente, sofrer reprimenda estatal. Ao passo que em relação ao inimigo, tendo em vista a sua personalidade voltada para o crime, para a manutenção da ordem e da paz social, a mera demonstração de futura e eventual prática impõe que o Estado atue para fazer cessar a ameaça e ao mesmo tempo punir esse indivíduo.

Para viabilizar esse adiantamento da tutela penal, o Estado deve valer-se da ação controlada, com o objetivo de capturar o maior número de inimigos com um único ato, da infiltração de agentes nas organizações criminosas, de interceptações telefônicas, quebras de sigilos bancário e fiscal, entre outras alternativas previstas e autorizadas pela lei.

Outro aspecto importante trazido pela teoria do direito penal do inimigo é a desproporcionalidade das penas privativas de liberdade. Através desta característica as penas previstas em abstrato no tipo penal seriam desproporcionalmente altas e poderiam ser agravadas por circunstâncias específicas do autor, ademais, ainda haveria a possibilidade de incidir a aplicação da mesma pena do crime consumado para meros atos preparatórios.

Nesse sentido é o entendimento do doutrinador Cleber Masson (2012, p. 95) em relação a possibilidade da desproporcionalidade das penas em se tratando da teoria do direito penal do inimigo, vejamos:

Dele decorre também a mitigação do princípio da reserva legal ou estrita legalidade, pois a periculosidade do inimigo impede a previsão de todos os atos que possam ser por ele praticados. Reclama-se, assim, uma narrativa vaga e pouco precisa dos crimes e das penas, que devem variar no caso concreto, dependendo da ameaça representada pelo combatente de guerra. Mesmo nos crimes minuciosamente tipificados, as penas devem ser verdadeiramente majoradas, com o intuito de intimidar o inimigo, mantendo em estado latente todo o perigo que pode ser por ele causado.

Logo, questiona-se a própria presunção de inocência do sujeito ativo do crime, ao passo que a aplicação da teoria permite em casos determinados, a utilização de provas obtidas ilicitamente, a infiltração de agentes nas organizações criminosas, interceptações telefônicas e a quebra de sigilo financeiro para o real combate dos “inimigos” do Estado.

6.2 O Direito Processual Penal do Inimigo frente à Prova Ilícita

As provas ilícitas por previsão constitucional expressa no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e no artigo 157 do Código de Processo Penal não são admitidas como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, como

nenhuma regra é absoluta, o princípio da proibição da prova ilícita também comporta exceções ou relativizações em razão do princípio da proporcionalidade.

Como já citado em tópico anterior, o princípio da proporcionalidade tão utilizado no nosso direito atual é obtido através de uma interpretação conforme a constituição, diante da ausência de previsão legal expressa. Tal princípio consiste no sacrifício de um direito ou garantia fundamental em prol de outro de igual ou maior valia.

Contudo, a fim de evitar abusos por parte do aplicador do direito e por se tratar de exceção a regra, a doutrina estabelece requisitos para fundamentar a admissão e a aplicação das provas ilícitas no direito brasileiro, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Saliente-se que, é pacífico o entendimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de admitir a prova obtida por meio ilícito quando *in dubio pro réu*, justificando tal aplicabilidade em razão da superioridade do direito de liberdade em face do *jus puniendi* do estado; além deste possuir grande aparato na demonstração do fato criminoso em relação ao acusado; e o não interesse do estado em punir alguém que sabe ser inocente.

Entretanto, a grande discussão encontra-se na possibilidade de aplicação da prova ilícita *in dubio pro societate*, já que, em tese, o estado possui meios e aparatos suficientes para utilizar a prova ilícita de forma desenfreada e irregular, o que acarretaria grave ofensa aos direitos e garantias fundamentais tutelados pela Magna Carta.

Desta feita, a questão a ser discutida em face do crescimento e do poder desenfreado das organizações criminosas, não é saber se o estado deve ou não restringir direitos, mas estabelecer em que medida essa restrição deve ocorrer.

Nesse sentido, a admissibilidade da prova ilícita deve se pautar na proporcionalidade e no princípio da proibição da proteção insuficiente, devendo incidir apenas em relação a crimes graves e de relevante interesse estatal no que diz respeito a sua punição, além de praticados por organizações criminosas, vistas como inimigas do Estado.

Em relação aos crimes excluídos do âmbito organizado, ou seja, aqueles praticados por cidadãos comuns, continuaria vigorando a regra da inadmissibilidade da prova ilícita, com o objetivo de assegurar a segurança jurídica.

Outrossim, outro entendimento que não a aplicação do princípio da proporcionalidade nesses casos, além de ofender a própria finalidade do direito que é a proteção de bens jurídicos e a pacificação social, também implicaria em grave estímulo a continuidade delitiva das organizações criminosas, gerando o aumento do descrédito e da insegurança por parte da população em geral.

Discorrendo sobre a exceção da admissibilidade da prova ilícita no ordenamento brasileiro, Carnauba (2000, p. 35) assevera que:

Embora o Ministério Público deva promover a ação penal pública sempre que tiver ciência de indícios de crime e de sua autoria, não poderá fazê-lo se as informações de que dispõe foram obtidas mediante a violação da privacidade do criminoso. Isso se dá mesmo que o crime cometido seja de grande lesividade aos interesses sociais. Uma vez que a sociedade se compõe de indivíduos, a ofensa ao bem-estar comum implica a ofensa a tantos direitos individuais quantos sejam os cidadãos que a integram. Logo, quando o Estado não pode iniciar a ação penal porque as provas de que dispõe para esse fim são ilícitas, está priorizando a individualidade do suspeito em detrimento do direito de todos os outros cidadãos lesados pela ação criminosa.

No mesmo sentido é o entendimento do doutrinador Antônio Scarance Fernandes (2007, p.82):

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

É neste contexto que muitos doutrinadores defendem o entendimento de que, eventualmente, alguns direitos e garantias fundamentais do acusado devem ser suprimidos ou relativizados em face do bem comum.

Em suma, é certo que diante do caso concreto, o aplicador do direito precisa realizar uma ponderação de valores entre os direitos em discussão. Assim sendo, de um lado temos uma população em regra desprotegida e de outro as organizações criminosas, de maneira que visando o bem estar da sociedade em geral e a ordem pública, a prova ainda que obtida por meio ilícito deve prevalecer e ser utilizada nos autos, caso contrário estaríamos priorizando a individualidade do criminoso em detrimento do direito de todos os demais cidadãos.

6.4 Combate às Organizações Criminosas

De todo o exposto, resta analisar na prática se o objeto do presente estudo, ou seja, a aplicação do Direito Penal do Inimigo no direito brasileiro face aos membros de Organizações Criminosas, traria resultados eficientes para o ordenamento.

Em que pese Jakobs ter capitaneado a teoria acima citada, ele não propôs como seria na prática aplicar tal instituto por meio de um “Código Penal do Inimigo”. Portanto, diante da ausência em concreto sobre como seria a “lei do inimigo”, analisaremos algumas marcas inseridas na legislação brasileira.

Inegável é a existência de vestígios, ainda que implícitos, do direito penal do inimigo no atual ordenamento brasileiro, sobretudo na nova lei das organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013).

Sendo assim, o direito penal do inimigo não se apresenta de forma isolada, mas mistura-se com o direito penal do cidadão, mitigando-se entre si. Jakobs (2012. p. 21) assegura que:

[...] Direito Penal do Cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito Penal do Inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe serem concedidos no processo penal os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de *um* só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um* só contexto jurídico-penal.

Referida lei trouxe esperanças concretas com relação ao efetivo combate as Organizações Criminosas, por meio de medidas de emergência, ou ainda, por meio de alguns elementos do Direito Penal do Inimigo como já vistos anteriormente.

Dentre as principais inovações trazidas pela lei, podemos destacar: o adiantamento da punibilidade, já que ao prever como infração penal a mera conduta de integrar uma organização criminosa, o legislador inseriu traços de um direito penal preventivo, no qual não se espera ver abalado um bem jurídico para posteriormente resguardar a ordem pública.

A nova lei ainda previu a infiltração de agentes em organizações criminosas com a finalidade precípua de obter provas, impedir a consumação e até mesmo o início da execução de crimes.

Aliada a infiltração de agentes, a ação controlada permite uma melhor análise e estudo das atividades a serem executadas, não apenas com o objetivo de evitar a prática de crimes, mas também com o intuito de colher provas robustas contra os membros das organizações.

Sobre o tema ação controlada, Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 88), menciona que:

[...] o agente público aguarda o momento oportuno para atuar, a fim de obter, com esse retardamento, resultado mais eficaz em sua diligência. Com essa estratégia, portanto, deixa-se de prender em flagrante o infrator de pronto, para, prorrogando-se a ação policial, se obter uma prova mais robusta e mesmo uma diligência mais bem sucedida.

Importante frisar que com a tipificação foi prevista uma pena de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, o que representa a desproporcionalidade das penas, outra característica da existência do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira. Isso porque, aplicar uma pena mínima de 3 (três) anos ao indivíduo por meramente integrar uma organização criminosa pode ser considerada alta, observando que não houve lesão efetiva a um determinado bem jurídico.

Por tais razões, podemos constatar que essa pena prevista em abstrato manifesta a vontade do legislador em combater com mais rigor o cometimento de outros delitos advindos da audácia criminosa.

Ainda, com o advento da lei 12.850/2013, mais precisamente no artigo 15, verifica-se a relativização de garantias processuais, terceiro elemento do Direito Penal do Inimigo, vejamos:

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Citado dispositivo extirpou a necessidade da autoridade policial representar ao Poder Judiciário para ter acesso a tais informações, dando maior

autonomia e celeridade às investigações. Ademais, os institutos da colaboração premiada, da ação controlada e a infiltração de agentes, foram estruturados com regras específicas, permitindo uma eficácia maior ao combate do crime organizado.

Na visão do doutrinador Ronaldo da Batista Pinto (2013, p. 35), o instituto da colaboração premiada é a “possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei”.

Outrossim, a título de exemplo no sentido de comprovar a existência da aplicação do direito penal do inimigo no ordenamento brasileiro, podemos destacar a lei nº 10.792 de 2003, que teve alguns de seus dispositivos alterados em razão de grandes e descontroladas rebeliões nos interiores das penitenciárias brasileiras, dentre esses dispositivos, foi introduzido na Lei de Execuções Penais o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), tornando-o constitucional, cujo regime por ser mais rigoroso e severo, guarda estreita ligação com o direito penal do inimigo.

Outro exemplo da vigência da teoria na nossa legislação ainda que implicitamente está na lei nº 11.343 de 2006, a qual determina que o indivíduo responda ao processo em regime fechado, desde que o juiz fundamente a manutenção da prisão do indivíduo em razão da sua periculosidade frente a sociedade.

E como se tais exemplos não fossem suficientes para afirmar que o direito penal do inimigo é aplicado no direito brasileiro, a denominada lei do Abate (9.614/98) possibilita a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando armas de fogo ou entorpecentes no espaço aéreo brasileiro, desde que descumprida a ordem de pouso da força aérea.

Por fim, podemos concluir que a lei 12.850 de 2013 trouxe a esperança de um novo começo, de uma nova forma de enxergar o direito penal moderno com fundamento na teoria do direito penal do inimigo, pois, ao mesmo tempo em que a lei realizou importantes alterações legislativas, prevendo uma maior amplitude em relação a formas preventivas de investigação e punição de indivíduos integrantes de organizações criminosas, ela também objetivou combater com mais rigor o crime organizado, dando efetiva proteção a sociedade, punindo de maneira mais severa os membros de organizações criminosas ou evitando que continuem a agir como inimigos, afrontando diretamente o Estado Democrático de Direito e colocando em risco sua própria essência.

CONCLUSÃO

Das considerações acima, extrai-se que teoria do Direito Penal do Inimigo, capitaneada pelo alemão Jakobs, dispõe sobre o maximalismo penal e corresponde a uma nova visão do direito penal, já que a teoria prega a aplicação de um direito penal mais rigoroso em relação a acusados que integram organizações criminosas e, por conseguinte, praticam crimes graves na sociedade.

O fenômeno das chamadas Organizações Criminosas existentes no Brasil e no mundo todo ofendem diretamente o Estado Democrático de Direito, uma vez que essas organizações assumem o lugar do Estado, atuando como um poder paralelo ante a ausência deste em muitas comunidades carentes, impondo suas próprias regras e seus respectivos meios de punição.

Logo, são também denominadas de Poder Paralelo ao Estado, porque atuam de forma cada vez mais organizada, complexa e efetiva em muitas cidades brasileiras, o que dificulta não apenas o seu combate, mas também a punição de seus integrantes por parte do Estado, em que pese todo o aparato estatal no sentido de coibi-las, gerando impunidade e medo na sociedade.

Ora, é certo que a aplicação da teoria sem requisitos pré-estabelecidos, certamente acarretaria afronta a cláusulas pétreas trazidas pela nossa Constituição Federal, todavia, o que se pretende introduzir no direito brasileiro, é aplicação do direito penal do inimigo amparado pelo princípio da proporcionalidade, como forma de combate ao crime organizado.

Ademais, não é possível que um país que preza pela ordem constitucional e jurídica insista em ver a figura de criminosos como vítimas, já que outro entendimento demonstraria a total fraqueza das instituições públicas, bem como a compactuação com o desprezo demonstrado por certos indivíduos para com os direitos fundamentais das vítimas.

Nesse sentido, o direito penal do inimigo justifica-se sempre que utilizado de forma equilibrada e para casos específicos, tendo em vista a insuficiência da política criminal atual e a efetiva aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente.

Como salientado, é visível pela população em geral o crescimento desenfreado e poder que essas organizações criminosas ganham diariamente, o que gera um sentimento de desamparo ente os cidadãos, que ficam obrigados a conviver com indivíduos que, comprovadamente, praticam crimes graves em face da insuficiência legislativa.

Assim sendo, a criminalidade organizada precisa ser tratada com repressão e prevenção da maneira mais severa e eficaz, uma vez que o que está em risco é a estrutura e a segurança do Estado.

A bem da verdade, o efetivo combate a essas organizações criminosas só será possível em havendo uma maior cooperação estadual e internacional, diante da internacionalização do crime organizado, bem como uma completa erradicação da corrupção existente entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, além do apoio da comunidade e da edição de leis adequadas, que sejam devidamente cumpridas.

Disto resulta que nenhum direito é absoluto, podendo ser suprimido ou relativizado em face do bem comum. Nestes termos, a teoria do direito penal do inimigo sustenta que devido ao alto nível de periculosidade dos integrantes de organizações criminosas, bem como o alto grau de crueldade com que não raras vezes praticam seus crimes, esses não devem ter os mesmos direitos que outros cidadãos comuns, devendo ser tratados como “inimigos”.

Por fim, tendo em vista todas às características já elencadas das organizações criminosas frente à ineficácia do direito penal atual, deve tanto o legislador quanto o aplicador do direitos e valer de novas medidas de combate ao crime organizado, uma vez que o direito deve se adequar as necessidades da sociedade.

Esta, enfim, é a mensagem que o presente estudo buscou transmitir, sempre na esperança do máximo aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e da aplicação do Direito na busca pela justiça

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Número 9**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. www.direitodoestado.com.br%2Frere.asp. Acesso em: 02 de agosto de 2016

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. Saraiva, 2010.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As ciências criminais no século XXI)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 1.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1.940. Poder Executivo, 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1.941. Poder Executivo, 1941.

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

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de

dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 01 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1.984. Brasília, DF: Senado, 1984.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: <<Direito Penal>> do Inimigo IN: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNAUBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

FILHO. Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. 11º ed. Editora Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Lei de execução penal anotada e interpretada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria geral do processo**. 5. ed., ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado – Parte geral – vol. 1 – 6º Ed.** São Paulo. Método, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo: Até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros 2002.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Código penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

- PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – lei nº 12.850/2013.** Salvador: Jus PODIVM, 2013.
- PRADO, Luiz Régis. **Elementos do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 1.
- SANTOS, José Carlos Daumas. **Princípio da legalidade na execução penal.** São Paulo: Manole, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Livraria do advogado. Porto Alegre, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia.** Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed., ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. Editora Saraiva, 1994.