

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

**CENTRO DE GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA INFLUÊNCIA NAS PROVAS**  
**ILÍCITAS FRENTE AO CRIME ORGANIZADO**

**KAUÍSA CARNEIRO ZANFOLIN**

Presidente Prudente/SP  
2016

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

**CENTRO DE GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA INFLUÊNCIA NAS PROVAS**  
**ILÍCITAS FRENTE AO CRIME ORGANIZADO**

**KAUÍSA CARNEIRO ZANFOLIN**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof.<sup>o</sup> Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP  
2016

# **O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA INFLUÊNCIA NAS PROVAS ILÍCITAS FRENTE AO CRIME**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisito parcial para a obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

---

Glauco Roberto Marques Moreira  
Orientador

---

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti  
1º examinador

---

Aline Aparecida Novais Silva Lima  
2º examinador

Presidente Prudente/SP

2016

## **DEDICATÓRIA**

Dedico a presente pesquisa aos meus pais e a minha irmã, por serem exemplo de uma grande família, por estarem sempre ao meu lado me apoiando, e sobretudo pelo amor incondicional que sempre me foi confiado.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço primeiramente a Deus por me dar a oportunidade de viver, e me dar muita saúde, para eu conseguir vencer mais essa grande etapa na minha vida.

Aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado, me apoiando, sempre muito compreensivos e pacientes, e acima de tudo acreditando que eu era capaz, sem eles eu não teria conseguido finalizar o curso de Direito.

A toda a minha família, principalmente minhas tias, que sempre estiveram em oração pela minha vida, e pelos meus estudos.

Ao meu namorado, que está há quatro anos ao meu lado, e acompanhou de perto toda elaboração deste trabalho, sempre me apoiando e muito compreensivo.

Aos meus amigos verdadeiramente, que estiveram ao meu lado, por toda essa batalha acadêmica.

Também agradeço ao meu orientador professor Glauco Roberto Marques Moreira, por sua dedicação, paciência, competência e compreensão.

A todos o meu muito obrigado.

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça. “Eduardo Juan Couture”

## RESUMO

O Direito Penal do Inimigo possui fundamentação na terceira velocidade do Direito Penal, tal importância do tema que ele sofre influência no que tange as teorias das provas ilícitas frente ao crime organizado. Com isso, faz-se necessário englobar a origem de tais teorias junto ao direito penal do inimigo, sua evolução histórica, a sua atual fase que se encontra no mundo jurídico, e que amparo a lei dá a esse direito do suposto agente infrator, ou seja, o inimigo da sociedade. Vale ressaltar também, tal a importância da relativização dos direitos do inimigo da sociedade. O trabalho ainda apresenta o surgimento do crime organizado, e como a influência do direito penal do inimigo, pode ajudar a combater o crime organizado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito penal do inimigo. Provas Ilícitas. Crime organizado.

## **ABSTRACT**

The Criminal Law of the Enemy any basis in the third speed of the Criminal Law, such importance of the theme that he suffers influences regarding the theories of the evidence against the illicit organized crime. Thus, it is necessary to include the origin of such theories with the feindstrafrecht, its historical evolution, its current phase which is in the legal world, and protection the law gives this right the alleged infringer agent, or is the enemy of society. It is worth noting also the importance of such relativização the rights of the enemy of society. The paper also describes the rise of organized crime, and how the influence of feindstrafrecht can help fight organized crime.

**KEYWORDS:** Criminal law of the enemy. Unlawful evidence. Organized crime.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 SURGIMENTO E ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	12
2.1 O Direito Penal do Inimigo.....	15
2.2 Críticas a Teoria do Direito Penal do Inimigo .....	17
2.3 O Direito Penal do Inimigo como Terceira Velocidade do Direito Penal.....	19
2.4 Direito Penal do Cidadão Versus Direito Penal do Inimigo .....	20
<b>3 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	22
3.1 Direitos Fundamentais e Direito Penal .....	23
3.2 Princípio da Proporcionalidade face ao Direito Penal do Inimigo .....	27
3.3 A Relativização dos Direitos e Garantias Penais e Processuais .....	29
<b>4 DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	33
4.1- Definição de Provas Ilícitas .....	33
4.2 Prova Ilícita no Processo Penal.....	34
4.3 Teorias das Provas Ilícitas .....	36
4.3.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada.....	36
4.3.2 Teoria da fonte independente.....	38
4.3.3 Teoria da exceção da descoberta inevitável .....	40
<b>5 CRIME ORGANIZADO</b> .....	41
5.1 Características do Crime Organizado .....	45
5.2 Infrações no que Tange a Lei nº 12.850/2013 .....	46
5.3 Meios Investigatórios com Fundamento na Lei nº 12.850/2013 .....	47
<b>6 A INFLUÊNCIA DAS PROVAS ILÍCITAS NO CRIME ORGANIZADO NO QUE TANGE O DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	51
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	54
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	56

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo, por ser uma teoria que vem ganhando espaço no ordenamento jurídico atual, mostra-se ser de grande relevância seu estudo, e os principais pontos que influenciam no combate ao crime organizado.

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria, que defende que o criminoso deve ser punido antes mesmo de cometer um fato típico, ilícito e culpável, e que por ser o delinquente inimigo da sociedade, este deve ser punido sem que sejam respeitados direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, ou seja, podendo ser flexibilizados seus direitos básicos e fundamentais.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é analisar a influência que o Direito Penal do inimigo tem sobre as provas ilícitas no combate ao crime organizado, para melhor compreender e buscar soluções práticas, na luta que o Estado trava contra o Crime Organizado.

Por fim, poderemos compreender que apesar de ser muito criticada esta teoria, ela não pode ser totalmente desprezada pelo ordenamento jurídico, sendo que tem alguns pontos de grande relevância, que ajudariam na prevenção de crimes contra o cidadão de bem.

Com isso, no primeiro capítulo será apresentado o surgimento e análise histórica do direito penal do inimigo, com embasamento nas críticas e teorias do direito penal do inimigo, e não se esquecendo da importância da explanação que o direito penal do inimigo faz parte da terceira velocidade do direito penal.

Em seguida, serão expostos os direitos fundamentais do direito penal do inimigo, e a aplicação do princípio da proporcionalidade no que tange a aplicação e/ou relativização do direito penal do inimigo. Faz-se necessário explicar nessa oportunidade que a teoria do direito penal do inimigo propõe a aplicação de penas antes de o agente inimigo cometer o ilícito, mas não podemos esquecer que o mesmo é ser humano, ou seja, mesmo que seus direitos sejam relativizados, os requisitos para que isso ocorra deve ser observado conforme sua proporcionalidade.

No capítulo três, será apresentada conceituação, teorias das provas ilícitas e sua aplicação no Direito Processual Penal, com reflexos de sua influência no direito penal do inimigo.

E por fim, no último capítulo dessa pesquisa, será explanado a definição, e características do crime organizado no que tange a aplicação do direito penal do inimigo.

A metodologia utilizada na pesquisa em questão foi o método dedutivo com coleta de material bibliográfico.

Contudo, importante ressaltar que com base na pesquisa científica, ficou demonstrado qual a importância do direito penal do inimigo frente as provas ilícitas e ao crime organizado, para que assim exista a proteção e não violação dos direitos e bens da sociedade.

## 2 SURGIMENTO E ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria que foi idealizada em 1985 por Gunther Jakobs, um alemão, professor de direito penal e filosofia do direito. Porém, este não é um tema recente, pois os fundamentos em que essa teoria se baseiam, já haviam de certa forma sido mencionados anteriormente por grandes filósofos da história da filosofia, como Rousseau, Kant, Hobbes e Fichte.

Jean Jacques Rousseau (2008, p. 17), “mais conhecido como Rousseau, nascido em Genebra, foi um grande filósofo e escritor, que desenvolveu a teoria do contrato social. Rousseau acreditava que o homem precisava se proteger, para permanecer livre, e que a única solução seria firmar um contrato social com o Estado, no qual, nesse contrato haviam cláusulas que deveriam ser cumpridas, se o homem as descumprisse, ele estaria renunciando ao seu direito de liberdade que detinha, e ele se tornaria um traidor, ele rompia com o Estado, portanto ele saia dessa relação jurídica e não fazia mais parte da sociedade”.(2008, p. 30).

Já Immanuel Kant, com formação acadêmica em direito e matemática, era professor de direito, e era conhecido como o pai da filosofia crítica. Para Kant, o Homem nasce em um Estado Natural, e esse estado natural representa guerra, representa ameaça, para estar seguro é preciso entrar em um estado comunitário legal, e somente nesse estado é que há um controle social, somente assim o homem poderia viver em paz. E aquele que não entrar nesse estado comunitário legal é considerado inimigo da sociedade, pois ele representa uma ameaça ao Estado, mesmo que este não tenha cometido nenhum delito ainda.

Por sua vez, Thomas Hobbes, nascido na Inglaterra, que além de filósofo também era matemático, defendia que o inimigo era aquele que rompia com o Estado, isto é, voltava ao seu Estado de natureza onde não haviam leis e nem limites, todos eram inimigos entre si. O Inimigo para Hobbes era aquele que descumpria as cláusulas do contrato social, desrespeitava as leis, e assim se tornaria um inimigo do Estado, merecendo ser tratado como tal, porém este continuava a fazer parte da sociedade, continuava a ser um cidadão, mas um cidadão inimigo.

Para Johan Gottlieb Fichte (Jakobs, 2008, p. 26), “um grande filósofo alemão, quem abandona o contrato de cidadão, perde todos os seus direitos, pois o Estado

contava com a prudência do homem, e então ele perde todos os seus direitos como cidadão e ser humano, e viverá em um Estado em que ele não terá direito nenhum”.

Por fim, para o idealizador da teoria do Direito Penal do Inimigo, o direito penal é dividido da seguinte forma, de um lado está o cidadão de bem que deve ter um tratamento mediante a ordem jurídica, de outro o criminoso reincidente, que é visto como inimigo da sociedade, portanto deve ter um tratamento diferenciado perante o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, quando o cidadão que cumpre sua função social para com o Estado pratica um delito, ele tem o direito de se reestabelecer perante a sociedade, ele pode cumprir a sua pena, e continuar sendo tratado como cidadão, porém se mesmo depois de punido, este cidadão voltar a delinquir, ele está se negando a vontade geral, que é manter a ordem jurídica da sociedade, e por isso ele se torna o inimigo, merecedor de tratamento distinto.

Essa teoria do Direito Penal do Inimigo restringe direitos e garantias fundamentais, de modo que aquele que delinque, perde toda a proteção que o Estado lhe concede, e portanto perde todos os seus direitos como cidadão.

Diante do Estado de direito democrático em que vivemos nos dias atuais, essa teoria não tem aplicação, pois não encontra parâmetros legais para isso, embora alguns doutrinadores já cogitam a possibilidade de restringir parcialmente, alguns direitos e garantias frente a grandes organizações criminosas, devido a prática reincidente delas, e a apologia ao crime que fazem, cada vez mais influenciando pessoas a entrarem para organizações criminosas, e com isso se tornando grandiosas e poderosas.

Porém, na Idade Média as sanções aplicadas aos que delinquiriam tem certa semelhança com essa teoria do Direito Penal do Inimigo, pois lá se restringiam todos os direitos e garantias fundamentais.

O cidadão que delinquia na idade média, século XIII não era sujeito de direitos, não tinha sequer o direito de ter o devido processo legal, para que ficasse comprovada a autoria do delito. Nesta época a Igreja Católica Romana, criou a Santa inquisição, que era composta por tribunais, para julgar todos aqueles que desrespeitavam as legislações vigentes do momento, e aqueles que iam contra os preceitos da Igreja.

Dentre as penas impostas, havia práticas de tortura, prisão perpétua e até pena de morte. Muitos dos que eram condenados, não sabiam e nem tinham o direito de saber o que havia cometido de ilícito para ser condenado, e com isso morreram muitos inocentes nessa época.

Por muitos anos, permaneceu essa prática pela Igreja católica romana, até que essas práticas foram abolidas no início do século XIX, com as novas formas de Estados que começaram a ser implantadas, trazendo uma forma de julgamento mais justo, onde se respeitava os direitos do cidadão.

Com o passar dos anos, surgiram novos partidos, que adotavam práticas semelhantes da Santa inquisição, como o partido Nazista alemão, no qual o líder era Adolf Hitler, foi um período marcado por injustiças e práticas completamente desumanas.

No Brasil, também tivemos o Golpe militar, de 1964, quando os militares derrubaram vice-presidente João Goulart do poder, e o assumiram, impondo um regime militar, de censuras, injustiças e torturas, que durou até 1985, quando o vice-presidente José Sarney assumiu a presidência do Brasil, este fazia parte de uma aliança democrática, e em 1988 aprovou a Constituição Federal, pondo fim a ditadura militar, e dando início há uma nova era do direito.

Desde então, vivemos em um país democrático de direito, onde há direitos e garantias fundamentais dispostos como cláusula pétrea, que não podem ser restringidos, salvo em hipóteses que a Lei Maior prevê.

Por isso, a teoria do Direito Penal do Inimigo, no Brasil ainda tem poucos adeptos, pois o povo em sua maioria, e os grandes estudiosos, entendem que a aplicação desta teoria, traria uma insegurança jurídica muito grande ao ordenamento jurídico, e seria uma forma de perder todos os direitos democráticos conquistados até o presente momento.

## 2.1 O Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo, para o idealizador desta teoria, Gunther Jakobs (2008, p.21), “seria aplicável a aqueles casos excepcionais, onde a sociedade é posta em perigo por um inimigo, então, para aplicação dessa teoria seria necessário um estado de perigo, e por isso o Estado poderia tomar essa medida excepcional”.

Por esta teoria, existem dois polos passivos jurídicos em um mesmo ordenamento. O cidadão seria aquele que têm direitos e garantias fundamentais previsto na constituição, já o inimigo viveria em um mundo completamente ausente de normas, de direitos e garantias, pois ele se tornou um perigo para sociedade, ele não soube aproveitar com discernimento a liberdade que lhe foi conferida.

Para explicar melhor a sua teoria, Jakobs explica o conceito de direito em seu entendimento (JAKOBS, CANCIO MELIA, 2008, p. 25):

Denomina-se direito, o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com inimigo não se determina pelo direito, mas pela coação. No entanto, todo direito se encontra vinculado à autorização para aplicar coação, e a coação mais intensa é o direito penal.

Dessa forma, o direito seria esse vínculo com as pessoas, ao passo que o cidadão que se torna inimigo do Estado, estaria quebrando esse vínculo, deixando de ser possuidor de direitos e deveres, e devendo ser tratado como inimigo da sociedade.

Todavia, essa teoria só seria aplicada como uma exceção ao Direito Penal, ou seja, apenas em alguns casos excepcionais é que haveria razão para aplicação, de outro modo o cidadão que delinqui teria os seus direitos garantidos, cumpriria sua pena e se reestabeleceria na sociedade, e não seria visto como inimigo, pois a aplicação dessa teoria só se daria em alguns casos extremos.

Segundo preconiza Jakobs (2008, p.21):

Deve-se adotar medidas preventivas de punições, e não apenas punir o individuo quando este já estiver cometido fatos ilícitos, mas sim prevenir antes que o crime se materialize, fazendo com que assim pessoas tenham medo de planejar e comete crimes, pois somente o ato preparatório por essa teoria já seria possível aplicar uma punição, seria mais uma exceção as regras do Direito Penal, que em regra não se pune atos preparatórios, mas há algumas exceções como por exemplo no crime de quadrilha ou bando.

Ainda Gunther Jakobs e Cancio Melia (2008, p. 67), caracterizam o Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de - como é o habitual - retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Nesse viés, poderíamos criar um conceito de Direito Penal do Inimigo, como sendo uma teoria que pune os fatos futuros, adiantando-se a punibilidade, com penas desproporcionais as características dos delitos, pois se preocupa em punir o inimigo apenas, e para isso restringe-se garantias fundamentais, para que este não delinqua mais, e as pessoas o tomem como exemplo para não virem a delinquir.

O Direito Penal do Cidadão é extremamente repressivo, repreende o fato típico, ilícito e culpável já consumado, e o Direito Penal do Inimigo ao contrário, é preventivo, pois pune atos preparatórios que representam perigo para a sociedade de uma forma geral.

Busca-se com o Direito Penal do Inimigo, não a maneira de punição que deve ser aplicada, mas sim a distinção do cidadão, mesmo aquele cidadão que venha a delinquir, e do inimigo, aquele que representa um risco para a sociedade.

Desta forma, o indivíduo que delinquir, e representar risco para a sociedade, será considerado o inimigo, ele não será expulso da sociedade, será tratado apenas de maneira diversa, mas terá a chance de se reestabelecer dentro da sociedade, e voltar a manter o *status* de cidadão.

Nos dias atuais, apesar dessa teoria ainda ser muito criticada pela maioria dos autores, por defenderem que há direitos invioláveis, também vem ganhando força, perante a desproteção do Estado frente a grandes organizações criminosas, fazendo com que as pessoas busquem maneiras mais eficazes de punições.

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria que seria ideal no combate ao crime organizado, pois o crime organizado representa um risco, um perigo para sociedade, ao passo que essa teoria deve ser aplicada, apenas em casos excepcionais, em casos de alta periculosidade.

Conforme leciona Jakobs e Cancio (2008, p. 71):

A essência deste conceito de Direito Penal do Inimigo está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

Portanto, essa teoria, seria uma maneira de conseguir controlar o inimigo do Estado, porque trata-los como cidadão, respeitando todos os seus direitos e garantias fundamentais, é uma forma que já não surti efeitos, precisa-se de meios inovadores para controlar esse inimigo. O cidadão quando vira inimigo, ele já não tem mais nenhum receio com as normas e punições vigentes, ele já está acostumado com o sistema, e se sente cada vez mais forte, é por esta razão que se precisa de normas e regras mais rígidas para lhe dar com este inimigo do Estado.

## **2.2 Críticas a Teoria do Direito Penal do Inimigo**

Não há surpresas alguma, em esperar que uma teoria que restringe direitos e garantias fundamentais, previstos em uma Constituição Federal totalmente garantista, e um Estado democrático, seria objeto de muitas divergências e discussões.

A teoria do Direito penal do Inimigo, além de violar a Constituição Federal, também afronta tratados de direito internacional, e ainda a Carta magna de direitos, por esses relevantes motivos, é que apenas uma doutrina minoritária é a favor da aplicação dessa teoria, pois estaria violando direitos que foram conquistados com muito esforço, na visão de alguns que criticam essa teoria, seria como andar para trás.

A primeira crítica seria em relação de esta tese afirmar que o inimigo, merece tratamento diferenciado para com o cidadão que cumpre com seus deveres, e é exatamente nesse ponto que se iniciam as críticas, pois a doutrina garantista preza que não se pode deixar de observar o princípio da dignidade da pessoa humana,

ponderando que mesmo o indivíduo sendo um inimigo da sociedade ele é ainda um ser humano.

Esta proposta de Jakobs individualiza o Inimigo, como se este não fizesse mais parte de um Estado democrático de direito, dessa forma a aplicação dessa teoria ficaria totalmente inviável no ordenamento jurídico Brasileiro, que presa por princípios como: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, princípio do contraditório e da ampla defesa, por essa teoria, nenhum desses princípios teriam aplicação.

O inimigo, por essa teoria, teria um tratamento não de acordo com o fato que cometeu, mas sim de acordo com sua periculosidade, usa-se um critério subjetivo para relativizar a pena.

Conforme Cancio Meliá (2008, p. 80), afirma haver uma incompatibilidade com o Direito Penal do Inimigo, e o princípio do direito penal de fato, já que por esse princípio, não haveria crime se o bem tutelado não fosse exposto há uma situação de perigo, e devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal meros pensamentos, isto é, o ordenamento jurídico brasileiro, não pune o direito penal do autor.

Pelo direito penal do autor entende-se que a pessoa receberá a pena por sua personalidade, por sua periculosidade, seus atos, e até mesmo seus pensamentos, e não por sua culpabilidade, não ponderando a pena com o crime cometido, ou até mesmo não cometido, pois aqui pode haver uma antecipação da punição, mas apenas observando o autor do crime, e não o fato.

A antecipação da punição causa uma insegurança jurídica no ordenamento jurídico penal, pois o indivíduo seria punido por pensar, sem cometer crime algum, ferindo mais uma vez o princípio da legalidade, o princípio da anterioridade da lei, por essa teoria, todos esses princípios seriam ignorados.

Segundo Manuel Cancio Meliá (2008, p. 73), expressa em seu entendimento que não pode haver direito penal do inimigo, pois o mesmo é inconstitucional, afronta diretamente a constituição federal, quando dispõe que ao inimigo deve-se dar tratamento distinto do cidadão, fere intimamente o princípio da isonomia.

Vejamos o artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição;

II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei;

III – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento humano ou degradante;

IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

Por este artigo da Carta Magna, extraímos apenas nos quatro primeiros incisos, os principais princípios fundamentais, a contradição do Direito Penal do Inimigo, o princípio da isonomia que não faz distinção de ninguém, devendo assim todos serem tratados de maneira igual, o princípio de legalidade, no qual dispõe que para toda coerção imposta ao indivíduo, deve-se ser instituída por uma lei anterior ao ato ilícito praticado, e por fim o princípio da liberdade de expressão.

Nota-se que a teoria tema do presente trabalho, contradiz todos esses princípios constitucionais, e ainda faz apologia ao crime de tortura, tratado no nosso ordenamento com tanto rigor, dessa forma, o Direito Penal do Inimigo não encontra parâmetros constitucionais nem legais, que possam efetivar a sua aplicação.

### **2.3 O Direito Penal do Inimigo como Terceira Velocidade do Direito Penal**

Segundo o doutrinador Alexandre Moraes (2011, p. 230), “em sua obra “Direito Penal do Inimigo, a terceira velocidade do direito penal”, ele traz a classificação feita pelo doutrinador Jesus Maria Silva Sanchez, que preconiza que o direito penal se divide em velocidades, sendo que cada velocidade traz como característica uma forma diferenciada de punir e cada vez mais eficaz”.

Na primeira velocidade, trata-se do direito penal clássico, aquele onde o delinquente é punido com a pena restritiva de liberdade, como último meio de coerção, sendo que para que chegue a esse último meio deverão ser observadas todas as garantias fundamentais do indivíduo, porque para a lei, mesmo que ele tenha delinquido, este ainda é considerado como cidadão, portanto não se pode deixar de observar todos os seus direitos atinentes à dignidade da pessoa humana.

Insta salientar, que ao direito penal já lhe é aplicado o princípio da “*ultimo ratio*”, isto é, o direito penal é usado como último recurso previsto no ordenamento jurídico, para que sejam aplicadas as normas do direito penal, deve-se antes ter esgotados todos os outros meios cabíveis em outras áreas do direito.

Já na segunda velocidade do direito, encontram-se as penas não privativas de liberdade, aquelas restritivas de direito proporcionais ao delito, aqui prioriza restringir alguns direitos do criminoso, porém não se restringe um direito maior, que seria a liberdade da pessoa humana, e são respeitados todos os princípios constitucionais.

E por fim na terceira velocidade direito penal, encontra-se o direito penal do inimigo, em que aquele que delinque é visto como inimigo da sociedade, portanto a ele deve ser aplicada a pena privativa de liberdade e a pena de restrição de direitos e garantias fundamentais, já que este por si só, não cumpriu o seu papel de cidadão para com a sociedade e dessa forma não deve se valer da proteção que o estado dá ao cidadão de bem, que cumpre com seus deveres e obrigações de cidadão.

A terceira velocidade seria como uma junção da primeira e segunda velocidade, na intenção de combater o crime organizado, já que a primeira e a segunda velocidade do direito penal, se mostram deficientes no combate a grandes organizações que representam grande periculosidade para o ordenamento jurídico.

#### **2.4 Direito Penal do Cidadão Versus Direito Penal do Inimigo**

Em seus estudos, Jakobs ao distinguir o inimigo do cidadão, ele adota os posicionamentos de Kant, e Hobbes, sendo que Kant afirma que se torna inimigo da sociedade aquele que abandona o estado social, e volta para o estado natural que é um estado de guerra, já Hobbes, conceitua o inimigo como sendo aquele que rompe com o Estado, trai a constituição Federal (JAKOBS, 2008, p. 25- 30),

Ambos os conceitos de Kant e Hobbes, se identificam com o conceito de inimigo que jakobs adota em sua teoria, pois para ele não basta que o indivíduo cometa algum ato ilícito, ele tem que abandonar o seu estado social, tem que ir contra os princípios da Constituição Federal, o inimigo é reincidente, e representa alta periculosidade (JAKOBS, 2008, p. 31- 35).

Em sua obra *O Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas*, Jakobs e Cancio (2008, p. 29), fazem uma breve diferenciação do cidadão para o inimigo, o Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do Inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos.

Assim o cidadão pode vir a cometer delitos, mas continuará sendo tratado como pessoa, mas se este vir a reincidir em seus atos ilícitos e abandonar o contrato social que tem com o Estado, aí sim, este será considerado o Inimigo da sociedade, devendo assim ter tratamento diferenciado.

A luz da tese de Jakobs, não se extrai um conceito claro do que seria um inimigo, mas esclarece o que o cidadão tem de fazer para vir a se tornar um inimigo.

Segundo Jakobs (2008, p. 35), “da alguns exemplos do que seria o inimigo, citando o terrorista, as organizações criminosas, os autores de delitos sexuais, e autores que cometeram infrações penais perigosas”.

Portanto, o inimigo, é aquele que não cumpre mais o seu contrato social, ele é reincidente na prática de delitos, e não quer se ressocializar, dessa forma ele perde seu “*status*” de cidadão, passando ser visto como Inimigo.

### **3 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

A Constituição Federal é a nossa carta magna de direitos, ela é a supremacia das normas, detém um poder hierárquico sobre as demais normas, que são chamadas de infraconstitucionais, porque estão abaixo do poder constitucional.

Logo as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com as normas constitucionais, não afrontar e respeitar a Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 é uma constituição garantista, visa proteger e garantir direitos fundamentais em primeiro lugar, ou seja, antes de pensar em uma punição para um sujeito que cometeu um delito, devem-se ser asseguradas todas as garantias previstas constitucionalmente.

Totalmente contrária no que preceitua o Direito Penal do Inimigo, a Constituição Federal em seu artigo 5º traz além dos direitos e garantias fundamentais, também os princípios fundamentais que devem ser seguidos.

A questão é que a Constituição busca proteger o direito das pessoas que devem ser protegidas, porém, que podem ser punidas se atentarem contra algum bem jurídico, prevendo penas de reclusão, atentando para tanto o direito fundamental de liberdade de locomoção do indivíduo.

Nota-se que na tentativa de proteger um cidadão, a constituição prevê punições a outro cidadão, que no caso seria o inimigo da sociedade que atentou contra algum bem jurídico, restringindo-se assim algum dos seus direitos fundamentais, dessa forma evidencia-se que a nossa carta magna de direitos não é tão absoluta quanto parece.

O Direito Penal do Inimigo preceitua que o sujeito que delinuiu, ou seja, o inimigo da sociedade tenha um tratamento diferenciado quanto aos cidadãos que cumprem seus deveres para com a sociedade, sendo que quando a Constituição Federal prevê punição ao delinquente, está de forma quase que indireta, dando um tratamento diferenciado ao sujeito, pois precisa puni-lo, para proteger o cidadão de bem.

Restringe-se então, o direito de um, para garantir o direito de outro, o que indica que a constituição acaba dando um tratamento diferenciado ao sujeito delinquente, aproximando-se assim das razões em que se baseiam o Direito Penal do Inimigo.

Para garantir direitos e garantias fundamentais de um, a constituição restringe o de outro, isto é, pondera os bens jurídicos, e então acaba dividindo as pessoas entre o sujeito de bem, e o reincidente, o criminoso ou aquele que deixou de ser réu primário.

Dessa forma o Direito Penal do Inimigo, mostra-se com certa ligação com os preceitos constitucionais, não sendo dessa forma todo inconstitucional, necessitando de apenas algumas adequações.

### **3.1 Direitos Fundamentais e Direito Penal**

Primeiramente, deve ser feita uma análise histórica, pois os direitos fundamentais nem sempre existiram no nosso ordenamento jurídico, foram surgindo por geração, e evoluindo com o tempo conforme as necessidades humanas, salienta-se que os direitos fundamentais e os direitos humanos estão intimamente ligados, sendo que um complementa o outro.

A primeira geração dos direitos fundamentais teve grande influência pela Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão que adveio da revolução francesa de 1789, surgiram aí os direitos de liberdade, sendo eles direitos civis e políticos ou como também denominado *Direitos Individuais negativos*, o qual trazia ao indivíduo um direito de limitar atividade estatal, sendo um direito de defesa perante possíveis arbitrariedades do Poder Público. Estes direitos tinham como características a liberdade do indivíduo, e a segurança prestada pelo Estado, mas proibia o abuso estatal perante os direitos individuais das pessoas, ou seja, era imposto ao Estado obrigações de não fazer, e por isso chamado de direitos individuais negativos.

Esses direitos de primeira geração valorizavam a liberdade individual do indivíduo, e exigia uma prestação negativa do estado, como não violar o direito de culto, crença, de domicílio, impunha um limite até onde o estado poderia atuar, e preserva-se a liberdade individual do homem.

Já com conceito oposto aos direitos de primeira geração, que são considerados como negativos, surgem os direitos de segunda geração, considerados como positivos, é o direito a Igualdade, que exige do Estado

prestações positivas a comunidade, a fim de assegurar uma justiça social, ou seja, garantir a todos direitos sociais, econômicos e culturais.

Ao final do século XX surgem os direitos de fraternidade e solidariedade, denominados direitos de terceira geração, são direitos coletivos, direcionados a beneficiar não apenas um indivíduo, mas sim toda a coletividade, implica no direito que todos tem, como exemplo o direito ao meio ambiente.

Nos dias atuais fala-se ainda em direito de quarta geração e quinta geração, sendo o primeiro, direito a informação, a democracia, que surgiram graças aos avanços tecnológicos, e o segundo, direito a paz.

Os direitos fundamentais seriam uma espécie de limite para o direito penal, é um limite para punição, ou seja, faz-se uma ponderação de direitos, e o bem jurídico vida se sobressai sobre qualquer outro bem jurídico em questão.

Conforme preceitua Luiz Régis Prado, em sua obra “Bem Jurídico Penal e Constituição” (PRADO; LUIZ RÉGIS, 1998, p. 65):

O conteúdo essencial desses direitos fundamentais – limite dos limites – “assinala uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimita um terreno que a lei limitadora pode invadir sem incorrer em inconstitucionalidade.” A liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes - e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada.

Os direitos fundamentais trazem segurança e insegurança para o ordenamento jurídico, pois se quer proteger tanto o cidadão, quanto o inimigo, aquele que delinque, pois este também é sujeito de direito e deve ter um limite entre sua pena e sua dignidade, limitando assim o poder do Estado.

A Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 1º *caput*, impõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, sendo este o dispositivo mais importante trazido da Carta Magna de Direitos de 1988, pois deste dispositivo decorrem todos os princípios que regem o Estado.

Um dos mais importantes direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana, trazido pela Constituição Federal de 1988, é um atributo moral que se refere à honra da pessoa humana, é um principio ligado a existência do ser humano, nas palavras de Glauco Roberto Marques Moreira (2008, p. 168), “a

dignidade da pessoa humana abrange a vida, a integridade física e moral, enfim abrange qualquer aspecto ligado ao ser humano”.

Porém, o princípio da dignidade humana demorou a fazer parte do nosso ordenamento jurídico, antes surgiram outros direitos, como os direitos de primeira, segunda e terceira geração, quais sejam direito à liberdade, igualdade e fraternidade.

Está elencado, no Artigo 3º, inciso III da Constituição Federal de 1988, e é um dos princípios que mais limita o Estado em seu dever de punir o criminoso, é também o princípio que é mais afrontado com a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que de certo modo restringe esse direito fundamental do sujeito que delinque e vira o inimigo da sociedade.

Entre os Princípios Constitucionais mais importantes, também está o princípio da Isonomia, ou seja, Princípio da Igualdade que está elencado no Artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, que preza que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, significa dizer que todo direito garantido a um indivíduo será garantido ao outro, a lei, a justiça não pode fazer distinção de pessoas. Este é mais um princípio que está em confronto com o Direito Penal do Inimigo, que faz distinção entre o cidadão e o inimigo da sociedade.

A igualdade é fundamental em um Estado democrático de direito, o Princípio da Igualdade proíbe a desigualdade, proíbe o tratamento diferenciado, e defende uma razoabilidade, e o Direito Penal do Inimigo em uma primeira análise fere esse direito, porém, como já dizia Aristotéles, para atingir uma igualdade, deve-se tratar de forma igual os iguais, e de forma desigual os desiguais na medida em que se desigualam, e assim os iguais seriam os cidadãos e os desiguais o inimigo, havendo assim uma razoabilidade justa dentro deste princípio.

Tratando-se dos Princípios Penais, o mais importante sem dúvidas é o Princípio da Legalidade, que traz segurança ao nosso ordenamento jurídico penal, previsto na Constituição Federal no Artigo 5º, inciso II, e Artigo 1º do Código Penal, prega que “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. Assim, para um ato ser considerado crime, é preciso que já exista uma Lei tipificando-o, caso contrário este não será tido como um fato criminoso.

Segundo Moreira (2008, p.62), “O Princípio da Legalidade, traz com ele três funções, ou subprincípios, quais sejam, reserva legal, que trata das normas

incriminadoras, taxatividade, quanto à enunciação dessas normas, e ainda quanto a irretroatividade da lei penal no tempo”.

O subprincípio Reserva Legal impõe que deve haver a existência de Lei anterior ao fato cometido pelo agente, ou seja, apenas poderá ser punido se houver Lei, não podendo ser usado para punição o direito costumeiro e a analogia para punir, posto que a analogia deve ser usada somente se for para beneficiar o réu.

Conforme Greco (2011, p. 146), “Obriga ainda, que no preceito primário do tipo penal, haja a definição da conduta proibida ou imposta, sendo vedada a criação de tipos com conceitos vagos e imprecisos”.

Quanto à taxatividade, significa dizer que a Lei deve ser taxativa quanto ao tipo penal, deve ser clara e objetiva, não havendo possibilidades para discricionariedade da autoridade que aplicará a lei, não terá direito a outras opções, tem que seguir o enunciado corretamente, de modo a obedecer todas as regras e condições impostas.

Segundo Greco (2011, p. 146), “Já a irretroatividade penal no tempo, pressupõe que ninguém será punido por fato, que ao tempo da ação ou omissão não era tido como crime, pois a fonte do direito penal é a lei, sem ela não se pode proibir ou impor condutas, somente se sabe da proibição se houver lei proibindo”.

Todos esses subprincípios que formam o princípio da legalidade, ajudam a trazer segurança para o ordenamento jurídico, pressupondo que não se pode punir por analogia, apenas pode punir da forma que a lei manda, e apenas é crime se houver lei, e por isso o princípio da legalidade é o mais importante dos princípios penais, pois traz segurança ao ordenamento jurídico, ele protege todos os demais princípios, pressupondo que antes de qualquer pena haverá sempre uma lei.

Seguindo a linha de raciocínio do Princípio da Legalidade, um princípio que caminha junto com este, é o da Culpabilidade, pois além de não haver pena sem prévia cominação legal, também não deve haver aplicação de pena sem culpabilidade. O princípio da culpabilidade é um dos pressupostos para que alguém seja punido por um crime que cometeu, e engloba três requisitos que devem ser todos preenchidos para que haja culpabilidade, quais sejam eles: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Imputável é a capacidade de entender o que é ilícito, e se comportar de acordo com o que se entende por ilícito, para ser imputável o sujeito ao tempo da

conduta tem que ter discernimento para entender que esta praticando um fato ilícito, já potencial consciência da ilicitude, a pessoa tem discernimento mental para entender o que é lícito ou ilícito, e agir de acordo com as normas, porém ela faz uma má interpretação da norma penal, e acha que está agindo de acordo com o que a lei pressupõe, ensejando assim o erro de proibição, ela pensa que aquela conduta é permitida, mas na verdade é proibida. E por último, a exigibilidade de conduta diversa, que pressupõe que havia possibilidade do individuo realizar outra conduta, e não aquela criminosa, porém ele opta por praticar o fato típico, ressalta-se ainda que a exigibilidade de conduta diversa tem duas exceções, quais sejam, coação moral irresistível e obediência hierárquica.

Nas palavras de Glauco Moreira (2008, p. 66):

“a palavra culpa está ligada a ideia de responsabilidade por uma ação reprovável praticada por alguém sobre um juízo de censura, que é uma punição ao autor do fato típico e ilícito. É a atribuição de um resultado ao causador de dano”.

Por fim, o estudo dos princípios penais face aos direitos fundamentais se tornou extremamente importante, pois conforme observado aqui, para que uma pessoa seja punida, há a necessidade de analisar cada principio e ver se a pessoa se encaixa em cada um, observando cada requisito, sendo que, os primeiros princípios a serem considerados para cogitar a possibilidade de punir alguém, em primeiro lugar deverão ser sempre o princípio da legalidade, pois como já dito, sem prévia cominação legal não há crime, e em segundo lugar deve haver uma análise do princípio de culpabilidade, pois sem este não haverá pena.

### **3.2 Princípio da Proporcionalidade face ao Direito Penal do Inimigo**

A discussão a respeito do Princípio da proporcionalidade se arrasta há muito tempo, com isso relevante se faz entrar nesse questionamento no que tange ao direito penal do inimigo.

Pois bem, o nosso ordenamento jurídico pune aqueles que não obedecem a lícitude das leis, foi por isso que a teoria do direito penal do inimigo surgiu, pois algumas pessoas não preocupam-se com o bem estar social, mas sim preocupam-se com suas necessidades, onde o mesmo comete atos lícitos frente as nossas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Contudo, tais delinquentes devem ser punidos conforme nossa legislação, com todo rigor e proporcionalidade possível. Certo é que, não podemos restringir direitos desses delinquentes só porque os mesmos cometeram ilícitos, a Constituição Federal deve ser respeitada, e até mesmo esses criminosos possuem direitos frente ao nosso ordenamento jurídico.

Por isso, se faz tão importante relatarmos esse princípio da proporcionalidade em face a teoria do direito penal do inimigo. É claro que, antes de tudo todos somos seres humanos e precisamos ser respeitados, por isso que, mesmo o delinquente (taxado como inimigo), cometendo crimes, o mesmo deve ser processado, condenado na proporcionalidade de sua conduta, sendo assim, respeitado os seus direitos e garantias fundamentais.

Segundo Nilo Batista et al (1996, p. 231), no que tange a proporcionalidade “já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima como o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolve-lo, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o Direito Penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menos conteúdo, o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou”.

Com isso, importante frisar que, a sociedade tem que ser protegida dos futuros inimigos, mas com tudo em sua proporção. E mais, o direito penal faz-se muito importante em resolução de conflitos no que tange as ilicitudes cometidas por delinquentes, mas não podemos esquecer que existem outras áreas no direito que podem ser utilizadas para tal situação.

Conforme Rogério Greco (2011, p. 112-113) “Prima facie, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após

o raciocínio correspondente á importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais proporcional possível, no sentido de dissuadir aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob enfoque de comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes”.

Tal citação acima, nos traz o entendimento de qual a importância da pena para que o agente não mais cometa atos ilícitos para com os bens protegidos por nosso ordenamento jurídico, ou seja, a sociedade. Vale ressaltar que, as penas devem ser proporcionais, mas com um maior intuito de fazer com que a pessoa não queira cometer atos ilícitos.

Apresenta o doutrinador Alexandre Rocha (2011, p. 304):

Enfrentar a legitimidade de um “Direito Penal do Inimigo” pressupõe, portanto, compreender que o debate é permeado pela eleição de políticas criminais que, ao menos perante a opinião pública, podem se justificar como um adequado balanceamento de interesses no que se respaldaria, ainda que excepcional e transitoriamente, a relativização de garantias penais e processuais. Além disso, seria irreal não reconhecer que o Princípio da Proporcionalidade também pode e é utilizado em situações problemáticas como estas.

Tal a importância do princípio da proporcionalidade no que tange ao direito penal do inimigo, pois seria hipocrisia de nossa parte acreditar que esses agentes que cometem ilícitos não possuem voz, ou seja, direitos perante a sociedade, pois fato é que, ninguém está livre de cometimento de algum ilícito, então, proporcional se faz em respeitar a dignidade de cada ser humano.

### **3.3 A Relativização dos Direitos e Garantias Penais e Processuais**

Não há necessidade de falarmos do tamanho da importância dos direitos fundamentais existentes em nosso ordenamento jurídico. Mas, resta dizer que nosso direito não é absoluto em nenhuma área do direito, ou seja, nem no penal, processual, administrativo, dentre outros.

A relativização faz-se necessária quando um bem jurídico maior esteja em perigo, como por exemplo “a vida”. No que tange a vida, podemos relatar que, quando uma pessoa esteja na iminência de ser morta, a mesma pode em um ato de legítima defesa matar a pessoa que quer tirar sua vida, pois bem, segundo o artigo 121 do nosso Código de Penal, matar alguém é crime, mas nessa circunstância de legítima defesa “a vida” foi relativizada, ou seja, o cidadão que matou o outro para defender-se não será condenado a pena alguma.

Sobre assunto o autor César Dario (2004, p. 21-22) ressalta:

mesmo o direito á vida, que é o maior consagrado em nossa Constituição, cede em face do mesmo direito. Tanto isso é verdade que o Código Penal, em seu artigo 23, enumera algumas excludentes de antijuridicidade, que poderão autorizar que a vida seja ceifada, quando presentes alguns requisitos elencados no próprio código. Destarte, em nosso ordenamento jurídico nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais”.

Sendo assim, nesse ponto se faz necessário ressaltar da importância de ter falado algumas linhas acima sobre o princípio da proporcionalidade e de que a teoria do direito penal do inimigo colocando nesse parâmetro, pode ser questionado no que tange a relativização da aplicação da pena para o inimigo ou não inimigo?.

Importante se faz trazer a opinião do Supremo Tribunal Federal (MS 23.452- relator: Min. Celso de Mello- DJ 12.05.200), no que tange a relativização dos direitos fundamentais:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção. Por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas- e considerado o substrato ético que as informa- permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Com isso, nenhum direito constitucional ou infraconstitucional é absoluto, pois todos esses direitos fundamentais básicos podem ser relativizados, mas é claro que dependendo de cada caso, não é correto relativizar qualquer situação sem um embasamento fundamentado.

Segundo Antônio Carlos Pontes (2008, p. 164), no que tange a relativização:

Atualmente, o combate a determinadas práticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. Caso todos os direitos e garantias individuais previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes, necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a deleção premiada que resultasse em perdão judicial, etc.

Sendo assim, o valor procurado e almejado por nosso ordenamento jurídico é o ser humano, é o bem social da sociedade, por isso que o direito do possível inimigo pode ser flexibilizado, mas é claro, que tudo dentro de sua proporção.

Por outro lado, fato é que não é qualquer norma que pode flexibilizar ou relativizar o direito de alguém, ou seja, se é uma norma fundamental que esta sendo relativizada, porque não uma outra norma fundamental flexibiliza-la? Pois, trata de uma norma fundamental relativizadora homogênea.

Com isso, o autor Robert Alexy (2008, p. 296), relata:

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.

O autor quis ressaltar que, pode existir a possibilidade de uma norma fundamental ter peso maior que outra norma do mesmo patamar, mas isso dependendo de cada caso concreto, mas, não podemos deixar de aduzir que, algumas restrições encontram-se em leis distintas das relativizadas, e mesmo assim, são bem aceitas por nosso meio jurídico.

Contudo, a limitação de direitos e a relatividade pode ser levado em conta o princípio da convivência das liberdades públicas. Ressalta Alexandre Moraes (1999, p. 57-58):

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

Por isso, que quando fala-se em flexibilizar ou relativizar não podemos pensar que tal assunto não se deve ser aceito por nossa norma jurídica, ou que o tal “inimigo” seus direitos não podem ser restritos e de um cidadão que não comete ilícito também não pode ser restrito, tal discussão deve-se levar em consideração cada caso concreto, pois é algo enraizado em nosso ordenamento jurídico.

## 4 DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Nesse tópico será explanado o conceito de prova ilícita e sua abrangência no Código de Processo penal, suas teorias e garantias fundamentais.

### 4.1 Definição de Provas Ilícitas

Provas Ilícitas são aquelas obtidas com violação à lei constitucional ou infraconstitucional. Em nosso ordenamento jurídico em regra, tais provas não podem ser admitidas em nosso meio jurídico, mas, em algumas raras exceções, tais provas são aceitas, como por exemplo, quando tratar-se de única prova onde o bem jurídico de um cidadão será preservado.

Conforme tal assunto o professor Mirabete (2006, p. 253) traz que “provas ilícitas, são as que, contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção”.

Por um lado, a maioria dos doutrinadores pensa nos moldes da Constituição Federal, ou seja, pela inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme traz o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Com isso, Alexandre Morais (2007, p.325), traz seu entendimento que, “a inadmissibilidade das provas ilícitas deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para a obtenção de qualquer prova”.

Como foi dito no início do capítulo, nossa constituição é explícita quando diz que não aceita provas ilícitas conforme o artigo 5º, inciso LVI, porém como também já foi explanado nessa pesquisa a questão da relativização, nossa norma constitucional pode ser relativizada, dependendo de cada caso concreto. Pois bem, a prova ilícita em alguns casos pode ser aceita, mas claro que observando cada

caso concreto. Nesse ponto, o professor Fernando Capez (2013. p. 378), traz seu entendimento “Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha da qual deva ser sacrificado”.

Claro que, não será toda prova ilícita que será aceita por nosso ordenamento jurídico, devendo levar-se em conta o bem jurídico tutelado por nossa lei constitucional e infraconstitucional.

#### **4.2 Prova Ilícita no Processo Penal**

Nossa lei infraconstitucional, ou seja, o Código de Processo Penal, traz o entendimento de que não será aceito prova ilícita no âmbito de nosso ordenamento jurídico. No entanto, as leis não tem caráter absoluto e, dependendo de cada caso concreto, ela pode ser relativizada.

Em nossa doutrina existe divergência no que tange a aceitação de provas ilícitas, como por exemplo, para a autora Grinover (et al, 2001, p. 135-136), contra as provas ilícitas:

[...] chegou-se a conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vê que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.

Sendo assim, a vedação se faz fundamentada por nossa Carta Magna, nossa Constituição federal. Para essa doutrinadora, é inadmissível prova ilícita, pois vai em

desacordo com nosso ordenamento jurídico. Porém, faz-se necessário mais um pensamento da mesma. Segundo Grinover (1982, p.109):

Sendo a ilicitude um conceito geral de direito, e não conceito especial de seus ramos, o princípio de que é nulo e inválido e também geral: assim, para sustentar-se à inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção processual ou extraprocessual da referida prova.

Tal professora acima mencionada é do pensamento de que não se deve utilizar prova ilícita em nosso ordenamento jurídico. Na linha de seu raciocínio, encontra-se o autor Camargo Aranha (2006, p.64):

O direito é todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irredutíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.

O direito somente deve aceitar provas lícitas, que estão de acordo com nossa norma constitucional e infraconstitucional, independente da situação, pois uma prova ilícita contamina todas as demais provas.

Por outro lado, existem doutrinadores que defendem a aceitação das provas ilícitas, como por exemplo, o professor Fernando Capez, onde já foi dito no início do subtítulo seu entendimento. Agora, faz-se interessante para a pesquisa relatar o pensamento de mais um autor que concorda em aceitação das provas ilícitas, ou seja, sendo favorável a relativização de nossa norma constitucional e infraconstitucional.

Segundo Avolio (1999, p. 45):

Numa fase preambular, onde o tema das provas ilícitas mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento aos dogmas do 'livre convencimento' e da 'verdade real', fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseado em meios ilícitos.

Com isso, percebemos que o juiz quando lhe é deflagrado um processo, o mesmo precisa buscar a verdade real, e com isso, o mesmo acaba tendo que admitir certas provas ilícitas para que a justiça seja feita.

A favor de tal entendimento a autora Maria Cecília (2000, p. 26), traz seu posicionamento:

Se for atribuído um valor absoluto à inadmissibilidade da prova ilícita no processo, pode-se levar o juiz a decidir de forma totalmente contrária ao seu convencimento. A proferir sentença injusta, segundo a sua opinião. No processo penal vigora o princípio da verdade material; assim, o julgador tem liberdade para promover, tanto quanto as partes, meios para esclarecimento dos fatos sub judice. É um empenho legal no sentido de alcançar uma decisão final harmonizada com a ideia de justiça.

Por outro lado, outros autores entendem que aquele responsável pelas provas ilícitas devem ser responsabilizados.

Contudo, várias são as opiniões existentes dentro de nosso ordenamento jurídico no que tange a aplicação das provas ilícitas dentro de nosso Código de Processo Penal.

### **4.3 Teorias das Provas Ilícitas**

Nesse tópico será explanado a teoria das provas ilícitas e mostrando qual tão a importância das mesmas na aplicação do direito penal do inimigo.

#### **4.3.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada**

A princípio vale salientar que essa teoria é uma teoria americana (Fruit of the Poisonous Tree), tal teoria traz o entendimento de que se uma prova for obtida por meio ilícito todas as demais provas estarão contaminadas, ou seja, independente se foi obtida por meio direto ou indireto, a contaminação será de fato para todas as demais provas se uma ilícita for aceita.

Sendo assim, importante trazer um julgado do Supremo Tribunal Federal sobre tal teoria (HC n. 72/588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 04/08/2000):

que pela margem de apenas um voto, a posição foi pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, com fundamento na teoria da árvore dos frutos envenenados: As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que

são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. Hábeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça que também rejeitou a teoria dos frutos da árvore envenenada (Habeas Corpus n. 7.363/RJ):

Quadrilha ou bando. Inépcia da denúncia. Prova ilícita. Prisão preventiva. Fuga. Para a caracterização do crime de quadrilha, basta exigir o propósito de associação, do agente ao grupo criado com a finalidade da prática de crimes, sendo desnecessário atribuir-lhe ações concretas. Logo, não é inepta denúncia nesses termos. Carta anônima, sequer referida na denúncia e que, quando muito, propiciou investigações por parte do organismo policial, não se pode reputar de ilícita. É certo que, isoladamente, não terá qualquer valor, mas também não se pode tê-la como prejudicial a todas as outras validamente obtidas. O princípio dos frutos da árvore envenenada foi devidamente abrandado na Suprema Corte (HC nº 74.599-7, Min. Ilmar Galvão). Prisão preventiva que se justifica em relação a uma das pacientes que empreendeu fuga do distrito da culpa, não ocorrendo o mesmo com relação a outra. Recurso parcialmente provido e, nessa extensão, concedida a ordem.” (STJ, HC n. 7.363/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo SANTIAGO, DJU 15/06/1998).

Com isso, vale ressaltar muitas controvérsias tem-se em relação a aceitação dessa prova derivada. Para complementação ao entendimento de nossos tribunais superiores temos a professora Grinover et al (2001, p. 137):

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente, com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

Com isso, a doutrina majoritária entende que uma prova ilícita pode contaminar todas as demais provas, e com isso admitindo a teoria do fruto da árvore envenenada, ou seja, se dentro do processo há uma prova ilícita ela deve ser desentranhada do processo imediatamente.

Segundo o autor César Dário (2010, p. 22):

A jurisprudência dominante é pela não-aceitação da prova derivada da ilícita no processo, tomando por base a solução adotada pela Suprema Corte norte-

americana, que a denominou fruits of the poison tree (frutos da árvore envenenada), segundo a qual o defeito da árvore transmite-se aos frutos.

Conclui-se que, a maioria é da opinião de não aceitar as provas ilícitas, mas como já foi explanado nessa pesquisa não podemos deixar de citar a corrente minoritária em nosso país que aceita algumas provas ilícitas, e que são do entendimento de que não é porque uma prova sendo ilícita vai contaminar todas as outras do processo, pois a busca da verdade real e da proteção do bem jurídico é muito maior do que a lei abstrata escrita em nossa norma constitucional e infraconstitucional, mas é claro que deve-se levar em consideração vários pontos e requisitos, não é simplesmente aceitando qualquer prova ilícita como lícita nos processos deflagrados em nosso ordenamento jurídico.

#### **4.3.2 Teoria da fonte independente**

Tal teoria traz o entendimento de que se existe duas fontes de onde possa vir a prova, ou seja, uma fonte sendo prova lícita e a outra prova ilícita, deve ser considerada a prova lícita e não a ilícita, por isso que trata-se de prova independente.

Apresenta o autor Távora e Alencar (2013, p. 396-397):

[...] se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há que se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais.

Autores esses, que são favoráveis a teoria da fonte independente.

Segundo explica essa teoria o autor Thiago André (2007, p. 134), apresenta que “Nesse caso, os policiais haviam percebido uma atividade suspeita de tráfico de drogas em uma residência, entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais”.

Vale somente mencionar que, em nosso Código de Processo Penal em seu artigo 157, parágrafos 1º e 2º traz o entendimento e uma contrariedade das palavras no que tange a essa teoria e outra teoria das provas ilícitas. Nesse momento, não será explanado tal artigo, pois no próximo subtítulo será feita uma explanação das duas teorias, ou seja, a teoria da fonte independente e a teoria da exceção da descoberta inevitável.

Ainda no que tange a teoria da fonte independente, o Supremo Tribunal Federal aceitou tal teoria em seu julgamento (Inq: 2245 MG, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 27/08/2007, Tribunal Pleno, Data da Publicação: Dje- 139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT Vol-02298-01 PP-00001):

:

SÉTIMA PRELIMINAR. DADOS DE EMPRÉSTIMO FORNECIDOS PELO BANCO CENTRAL. PEDIDO DIRETO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REQUISIÇÃO FEITA PELA CPMI DOS CORREIOS. POSTERIOR AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO. LEGALIDADE. Não procede a alegação feita pelo 5º acusado de que os dados relativos aos supostos empréstimos bancários contraídos com as duas instituições financeiras envolvidas teriam sido colhidos de modo ilegal, pois o Banco Central teria atendido diretamente a pedido do Procurador-Geral da República sem que houvesse autorização judicial. Tais dados constam de relatórios de fiscalização do Banco Central, que foram requisitados pela CPMI dos Correios. No âmbito deste Inquérito, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou o "compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela CPMI dos Correios" para análise em conjunto com os dados constantes destes autos. Por último, o próprio Relator do Inquérito, em decisão datada de 30 de agosto de 2005, decretou o afastamento do sigilo bancário, desde janeiro de 1998, de todas as contas mantidas pelo 5º acusado e "demais pessoas físicas e jurídicas que com ele cooperam, ou por ele são controladas. Preliminar rejeitada.

Vale ressaltar que, em nosso ordenamento jurídico os juristas estão pensando em posições distintas, ou seja, conforme o artigo 157, parágrafos 1º e 2º, alguns doutrinadores acreditam que esses parágrafos tratam-se da teoria da fonte independente e outros acreditam que tratam da teoria da exceção da descoberta inevitável. Mas como traz esse julgado o STF, considerou como fundamento a teoria da fonte independente.

### 4.3.3 Teoria da exceção da descoberta inevitável

Essa teoria nos traz o entendimento de que se a prova independentemente da prova ilícita ela seria descoberta, então não há ilicitude nessa descoberta, ou seja, nessa prova, pois a prova seria descoberta inevitavelmente, independente da prova ilícita ou não.

Pois bem, é nesse ponto que será apresentado o artigo 157, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, que é onde os doutrinadores dizem que o legislador confundiu as duas teorias, ou seja, a teoria da fonte independente e a teoria da exceção da descoberta inevitável.

Conforme artigo 157, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

O grande questionamento entre os doutrinadores, é que no que tange ao parágrafo 2º, o legislador tratou da teoria da exceção da descoberta inevitável, quando deveria tratar e trazer o conceito da teoria da fonte independente, que é a real intenção da lei nº 11.690 de 2008.

## 5. CRIME ORGANIZADO

Prática criminosa já existe no Brasil desde sempre, pois, na antiguidade quando o Estado não era presente nas resoluções de conflitos, o homem resolvia suas pendências através do crime que hoje é tipificado em nossa norma constitucional, ou seja, nos primórdios os conflitos eram resolvidos em “olho por olho e dente por dente”. Até que o Estado de Direito veio e tornou-se o órgão que resolveria os problemas sociais, onde não existiria mais a necessidade do homem cometer delitos por suas próprias mãos, ou seja, “justiça feita por suas próprias mãos”.

Com isso, a criminalidade somente veio arrastando-se com o tempo, e nossas leis veio moldando-se conforme a necessidade da sociedade. Quando falamos em organização criminosa, o legislador deixou uma falha, ou seja, não conceituando em sua base o que seria tal instituto, trazendo assim, para os doutrinadores brasileiros uma abertura para interpretações distintas.

A princípio podemos citar a Convenção de Palermo, que veio com a finalidade de combater o crime organizado, tal convenção é internacional, onde o Brasil a ratificou, ou seja, valendo-se como lei ordinária em nosso país, através do decreto nº 5.015 de 2004.

Importante se faz em trazer a jurisprudência do STJ, sobre a Convenção de Palermo:

Preocupados com o fenômeno da criminalidade organizada e transnacional, a comunidade das Nações e os Organismos Internacionais aprovaram e estão executando, nos últimos anos, medidas de cooperação mútua para a prevenção, a investigação e a punição efetiva de delitos dessa espécie, o que tem como pressuposto essencial e básico um sistema eficiente de comunicação, de troca de informações, de compartilhamento de provas e de tomada de decisões e de execução de medidas preventivas, investigatórias, instrutórias ou acautelatórias, de natureza extrajudicial. O sistema de cooperação, estabelecido em acordos internacionais bilaterais e plurilaterais, não exclui, evidentemente, as relações que se estabelecem entre os órgãos judiciários, pelo regime das cartas precatórias, em processos já submetidos à esfera jurisdicional. Mas, além delas, engloba outras muitas providências, afetas, no âmbito interno de cada Estado, não ao Poder Judiciário, mas a autoridades policiais ou do Ministério Público, vinculadas ao Poder Executivo. (STJ - Rcl: 2645 SP 2007/0254916-5, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/11/2009, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 16/12/2009RSTJ vol. 217 p. 308).

Não são inconstitucionais as cláusulas dos tratados e convenções sobre cooperação jurídica internacional (v.g. art. 46 da Convenção de Mérida - "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção "e art. 18 da Convenção de Palermo -"Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional") que estabelecem formas de cooperação entre autoridades vinculadas ao Poder Executivo, encarregadas da prevenção ou da investigação penal, no exercício das suas funções típicas. A norma constitucional do art. 105, I, i, não instituiu o monopólio universal do STJ de intermediar essas relações. A competência ali estabelecida - de conceder exequatur a cartas rogatórias -, diz respeito, exclusivamente, a relações entre os órgãos do Poder Judiciário, não impedindo nem sendo incompatível com as outras formas de cooperação jurídica previstas nas referidas fontes normativas internacionais." (Rcl: 2645 SP 2007/0254916-5, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/11/2009, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 16/12/2009RSTJ vol. 217 p. 308).

Como demonstrado através de jurisprudências trazidas por nosso Tribunal Superior de Justiça, que a cooperação internacional no que tange ao crime organizado, faz-se necessário a nossa norma jurídica, para que juntos possamos enfrentar e reprimir tais violações a nossa sociedade.

Contudo, há divergências no que tange a conceituação de organização criminosa, como foi citado acima uma das decisões do STJ, aceitando a cooperação internacional, ou seja, a convenção de palermo, vamos trazer aqui logo abaixo o que seria organização criminosa para o STJ:

O conceito jurídico da expressão organização criminosa ficou estabelecido em nosso ordenamento com o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. (STJ - HC: 129035 PE 2009/0029721-4, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 16/08/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2011).

Já para o nosso Tribunal superior, ou seja, Supremo Tribunal Federal, a conceituação de organização criminosa é um pouco diferente, como trata sua jurisprudência:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (STF - HC: 96007 SP , Relator: Min.

MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013).

Para complementar a ideia do STF, o autor Humberto Barrionuevo Fabretti (2012, p. 83), organização criminosa é “em apertada síntese, sustenta o Ministro Marco Aurélio que não se pode utilizar o conceito da Convenção de Palermo, porque esta foi ratificada por simples decreto, sem passar pelas formalidades legais do devido processo legal, exigência do Princípio da Legalidade. No restante, sustenta o Ministro que a definição de Organização Criminosa da referida Convenção não pode ser potencializada, sendo necessário que se defina o conceito através de lei, que preveja não só a conduta, mas também a pena, nos termos do art 5º, XXXIX, da Constituição Federal”.

Com isso, o autor Silva (2009, p. 22), traz sua conceituação de organização criminosa:

[...] “estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Tal conceituação, já mudou com a nossa nova legislação no que tange a organização criminosa. Sendo assim, o autor Humberto Barrionuevo Fabretti (2012, p. 90), trouxe também sua opinião no que tange a organização criminosa “a utilização do conceito de organização criminosa prevista na Convenção de Palermo, mas desde que observados os limites criados pela própria Convenção, e não de maneira absoluta para qualquer crime, sem que haja caracterização de grupo estruturado e num único país”.

Tais divergências, faz com que na hora da aplicação do conceito de organização criminosa, haja um desconforto para com o operador do direito direto, ou seja, o advogado e/ou promotor de justiça, pois várias são as interpretações de tal tem junto aos nossos órgãos superiores.

Por outro lado, não podemos deixar de fora a opinião da autora Heloisa Estellita (2009, p.71), no que refere-se a organização criminosa na interpretação da convenção de palermo:

As normas da Convenção de Palermo, em sua maioria, mas especialmente no que diz respeito à indicação dos elementos mínimos dos tipos penais que deverão ser criados pelos seus signatários, não são e nem desejavam ser diretamente aplicáveis no direito interno dos Estados-Partes. E foi exatamente nesta medida que a referida Convenção foi ratificada e inserida 19 em nosso sistema jurídico positivo, porque a sua aprovação e inserção no direito interno brasileiro se deu com atenção às inúmeras cláusulas de reserva expressas em seu texto.

Ficando assim, a ideia para a autora citada acima que a Convenção de Palermo não está preocupada primeiramente em aplicação de medidas aos países cooperados, mas sim respeitar as leis internas de cada país que aceitou tal convenção, ou seja, tal convenção serviria como mais um apoio para combater a tais crimes gravosos a cada país. Pois, a maior preocupação dessa convenção internacional é a reprimenda efetiva do crime organizado.

Sendo assim, importante se faz em dizer o conceito hoje de organização criminosa segundo a lei nº 12.850 de 2013:

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

Diferente um pouco da quantidade de associados, que foi dito logo acima da pesquisa, hoje a partir dessa lei, considera-se organização criminosa a associações de quatro ou mais pessoas e não de três.

Vale ressaltar que, essa lei de organização criminosa veio com algumas alterações para somar no que tange a criminalização desses criminosos referentes a tais crimes gravíssimos contra a economia popular e com isso a criminalização do “inimigo” da sociedade, tema esse pesquisa nessa pesquisa.

## 5.1 Características do Crime Organizado

Uma das características da organização criminosa é a acumulação de poder econômico, e isso é algo sério, pois, o dinheiro que é movimentado por essas organizações fazem um estrago muito grande na economia do país, pois estima-se que essa movimentação é mais de um quarto do dinheiro em circulação no mundo. Vale lembrar que, as vítimas desse crime muitas vezes nem sabem que estão sendo vitimizadas, pois, a organização geralmente abre empresa e colocam os famosos “laranjas”, pessoas físicas como proprietárias de tais empresas, para que eles (criminosos) possam cometer seus ilícitos e não serem pegos, e se o poder público descobrir não serão eles que responderam pelo crime, mas sim os “laranjas”, geralmente acontece em crime de lavagem de capitais ( lei nº 9.613/1998), pois os criminosos abrem uma empresa licitamente, coloca um “testa de ferro”, ou seja, um laranja como dono, e o mesmo pratica atividade lícita lavando esse dinheiro sujo, ou seja, o dinheiro sai limpo para seus bolsos.

Outra característica que podemos citar é o poder de intimidação que esses criminosos possuem, ou seja, não podemos ser leigos ao ponto de acreditarmos que esses criminosos só praticam seus crimes dentro do Brasil, pois na grande maioria das vezes, os delinquentes lavam o dinheiro dentro de território nacional, mas aplicam seu capital lavado e limpo no país estrangeiro, para dificultar a investigação por parte de nossa policia brasileira. No que tange a deficiência de investigação por parte da segurança nacional, o autor Eduardo Silva diz:

A criminalidade organizada, especialmente a narcocriminalidade, tem evoluído extraordinariamente nos últimos tempos, adquirindo estruturas complexas que dispõem de ingentes meios financeiros de origem ilícita e cuja capacidade operativa supera as das clássicas organizações de delinquentes, razão pela qual os meios tradicionais de investigação se mostram insuficientes, ao menos para chegar ao coração das organizações e aproximar-se dos seus chefes e promotores.

Com isso, a organização criminosa trata de mecanismos eficazes e modernos para atrapalhar a investigação da policia nacional, e muitas vezes os instrumentos que a nossa policia interna possui são desazados em relação ao dos criminosos.

## 5.2 Infrações no que Tange a Lei nº 12.850/2013

Tais ações são os núcleos do artigo onde faz com que surjam uma organização criminosa, quais sejam:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I - se há participação de criança ou adolescente; II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. § 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual. § 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena. § 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

Importante salientar que, o tipo penal é o misto alternativo e tais núcleos do tipo podem ser praticados pelos próprios criminosos ou por interposta pessoa.

Segundo Guilherme Nucci (2013, p. 22-23), sobre tal ponto:

a expressão pessoalmente ou por interposta pessoa é elemento normativo do tipo, dependente de valoração cultural. Seria até mesmo desnecessário, pois equivale a dizer que o agente pode integrar uma organização criminosa direta ou indiretamente, o que é evidente. Mas a cautela do legislador é compreensível, tendo em vista os inúmeros casos de agentes que, realmente, tomam parte de organismos criminosos valendo-se de um “laranja” - o nome vulgar para a interposta pessoa. Aliás, a pessoa que se coloca de permeio entre o agente e a organização criminosa pode ser física ou jurídica (vide o caso de empresas-fantasma); pode, inclusive, ser pessoa fantasma, cujo nome figura no quadro do organismo delituoso, embora seja fictício, criado pelo verdadeiro membro. Esses artifícios não servirão a impedir a criminalização da conduta do integrante da organização criminosa.

Vale lembrar, como já foi dito há algumas páginas acima, quando essa associação coloca um “laranja” para levar toda a culpa, muitas vezes essa vítima não sabe que esta sendo o “testa de ferro”, dessa organização, por isso que muitas vezes até que se prove o contrário, esse “laranja” sofrerá todas as responsabilidades, mas também pode ser o oposto, ou seja, esse “laranja” pode ser pessoa interposta, ou seja, ele não está cometendo os atos executórios da infração mas o mesmo está ciente de toda a ação da associação, ou seja, o mesmo faz parte do bando no ato de cometimento dos crimes da associação criminosa.

### **5.3 Meios Investigatórios com Fundamento na Lei nº 12.850/2013**

A colaboração premiada é um dos meios de investigação mais eficazes existentes em nossa lei de associação criminosa, pois é através dela que a investigação consegue desmontar grandes quadrilhas, pois muitas vezes se não existir um da associação de delate todo o esquema da associação, fica inviável e demorado para a polícia interna conseguir descobrir todo o delito.

Conforme o artigo 4º e seus parágrafos da lei nº 12.850/2013:

Art. 4o O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1o Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2o Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). § 3o O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de

colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. § 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações. § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. § 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor. § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Necessário aduzir que, somente o juiz pode conceder tais gratificações ao delator, mediante a verificação de vários requisitos. Vale acrescentar, tais direitos existentes em nossa lei infraconstitucional para o delator no artigo 5º da mesma lei em discussão:

Art. 5º São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Tais direitos refletem a importância desse meio de investigação para a polícia brasileira, lembrando que, o delator só terá esses direitos se o mesmo não for o chefe da organização.

Outro meio de investigação, é a ação controlada, que traz fundamento em seu artigo 8º e 9º da lei nº 12.850/2013:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. § 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. § 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada. § 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. § 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada. Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Tal ação tem a finalidade de através da deflagração do processo ter o maior número possível dos integrantes da organização e de informações referentes aos delitos cometidos por essa associação.

Por outro lado, temos como parte da investigação no que tange a essa lei em questionamento, temos a infiltração de agentes, esse procedimento também é muito eficaz para a investigação policial brasileira, pois o agente da polícia vive conjuntamente com o infrator, observando e passando todas as informações do criminoso para seu comando policial, ou seja, as informações desse agente infiltrado chegam antes ao conhecimento de sua autoridade policial sem nem mesmo ter ocorrido, ou seja, a polícia fica atenta a todos os passos desses criminosos. Isso é tratado no artigo 10 da lei em questão:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. § 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. § 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. § 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade. § 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz

competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. § 5o No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Vale acrescentar que a infiltração de agente da polícia é algo decidido pelo magistrado, é e uma medida extrema para saber dos crimes da associação criminosa, pois é muito perigosa essa infiltração para o agente, sem contar que, o mesmo adquire uma nova identidade para tal ocasião, e muitas vezes o mesmo acaba confundindo a sua vida na infiltração com sua vida real.

Sobre infiltração de agentes temos o professor Guilherme Nucci (2013, p. 82-83), trazendo sua opinião sobre tal investigação/procedimento:

Trata-se de excludente de culpabilidade, demonstrando não haver censura ou reprovação social ao autor do injusto penal (fato típico e antijurídico), porque se compreende estar ele envolvido por circunstâncias especiais e raras, evidenciando não lhe ter sido possível adotar conduta diversa.

Contudo, se o agente infiltrado precisar cometer crimes dentro da associação criminosa, o mesmo cometerá, porém, o mesmo não será condenado por tal infração, sendo protegido pela excludente de culpabilidade, pois se o agente não cometer tal infração ele poderá ser descoberto pelos criminosos e inevitavelmente ele será morto.

## 6 A INFLUÊNCIA DAS PROVAS ILÍCITAS NO CRIME ORGANIZADO NO QUE TANGE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é considerado, como dito no início dessa pesquisa, como um direito de terceira velocidade do Direito Penal, ou seja, não é matéria muito antiga e nem tão recente. Vale ressaltar, tal importância desse tema para com a nossa sociedade, que a cada dia vem enfrentando mais violações aos nossos direitos básicos fundamentais.

Necessário tratar de tal assunto para que esses “inimigos” da sociedade venham a ser punidos de forma mais efetiva, para que as violações contra nossos direitos não sejam tão violados.

Com isso, em tal parâmetro, entra a relativização dos direitos desse inimigo da sociedade, ou seja, para que o mesmo seja punido mais rapidamente e com uma maior eficácia. Mas, por outro lado, não podemos esquecer-se do princípio da proporcionalidade, mesmo esse agente cometendo ilícitos penais, civis, administrativo etc, o mesmo é ser humano e precisa que seus direitos sejam respeitados, mas eles podem ser relativizados, como entende os defensores da teoria do direito penal do inimigo.

Pois bem, quando tratamos de Direito Penal do Inimigo e sua Influência nas Provas Ilícitas vem em nossa mente tal aplicação das teorias das provas ilícitas, ou seja, a teoria do fruto da árvore envenenada, a teoria da fonte independente e a teoria da exceção da descoberta inevitável.

Segundo Tourinho Filho (299, p. 522):

No Brasil, a associação criminosa derivou do movimento conhecido como cangaço, cuja atuação deu-se no sertão do Nordeste, durante o século XIX, como uma maneira de lutar contra as atitudes de jagunços e capangas dos grandes fazendeiros, além de contestar o coronelismo. Personificados na figura de Virgulino Ferreira da Silva, o “Lampião” (1897-1938), os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem<sup>14</sup> ou seqüestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.

A correlação que existe em tais teorias e o direito penal do inimigo depara-se, em relação, será que uma prova ilícita pode ser usada contra o “inimigo” da sociedade? Sendo assim, se pensarmos no bem comum da sociedade, é claro que aceitaremos, pois como já foi dito não existe direito absoluto, tudo pode ser questionado, dependendo do caso concreto.

Fato é que, em nosso meio doutrinário existem controvérsias em aceitação das provas ilícitas, uns dizem que podem, outros dizem que não podem, mas certo é que, nossas leis constitucionais e infraconstitucionais estão preocupadas com a proteção e não violação de nossos direitos fundamentais, sociais, políticos e etc, devendo ser respeitado cada caso concreto no que tange a aceitação das provas ilícitas.

Com isso, existe a possibilidade sim da flexibilização do direito do agente considerado inimigo da sociedade, e em contrapartida as teorias das provas ilícitas podem ser aplicadas em desfavor desse inimigo, mas claro que respeitando todos os requisitos legais.

A luz da teoria do direito penal do inimigo, o cidadão tem um contrato com a sociedade, um compromisso de não delinquir, e quando este delinque, ele quebra este contrato, e se torna o inimigo da sociedade. Para essa teoria, o inimigo é todo aquele que lesa um bem jurídico, quebrando o contrato de cidadão, e se tornando assim inimigo da sociedade.

Desta forma, dividindo cidadãos de inimigos, a aplicação do direito penal, seria dividida também, sendo que os cidadãos que cumprem o seu contrato perante a sociedade, teriam um tratamento, respeitando-se suas garantias fundamentais, já o inimigo, não teria respeitado suas garantias fundamentais, pois ele descumpriu o contrato.

A respeito do crime organizado frente ao direito penal do inimigo a associação criminosa é um ato preparatório para cometer crimes, que serão praticados pelo grupo. Nesse caso, o legislador se antecipa e pune o comportamento daqueles que se associam, antes mesmo destes vierem a cometer algum delito, pois eles estão se preparando para isso.

Está é uma exceção a regra, de que atos preparatórios não são puníveis, pois aqui pune-se só o fato de se associarem com o intuito de cometer ilícitos, não precisa haver a materialidade do crime, trata-se de um crime formal.

O crime organizado ou a associação criminosa são exemplos de que o direito penal do inimigo, por mais criticado que seja, já está sendo aplicado no Brasil, punindo o fato antes mesmo deste se tornar crime.

Nos dias atuais, a luta do Estado para com o crime organizado, vem se tornando uma luta de igual para igual, isto é, o crime organizado já exerce um poder de igual para igual frente ao estado, e este último fica desprotegido, frente a organizações criminosas.

O direito penal do inimigo vem para dar solução a este problema, pois apenas restringido algumas garantias fundamentais, é que o Estado conseguirá forças para reagir a cúpula do crime organizado.

## 7 CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria, que está se concretizando, e já está sendo aplicada no nosso ordenamento jurídico, quando se pune os atos preparatórios no crime de associação criminosa.

Com isso, o crime organizado está tão forte que ele mantém um poder de igual para igual com o Estado, dificultando assim os meios de combate, que se tornam cada dia mais ineficazes no combate ao crime organizado.

Assim, embora o Direito Penal seja um só, ele tem dois lados, em um dos polos encontra-se o cidadão e no outro o delinquente, considerado como o inimigo, e sua aplicação recai a ambos, de modo que os direitos criados para proteger a sociedade também são aplicados muitas vezes, para proteger os delinquentes.

Diante disto, é necessário que o Direito Penal seja aplicado àqueles que atentem contra as normas estatais de forma diferente, sendo classificados como inimigos do Estado. Este tratamento diferenciado consiste em até que ponto, o Estado deve agir de acordo com garantias fundamentais para proteger o inimigo que desprotege a sociedade.

Dessa forma, podemos perceber a relevância que o estudo dessa teoria tem, para ajudar no combate ao crime organizado, sendo que, o crime organizado nos dias atuais está muito poderoso, exercendo um poder frente ao Estado, e este último, só poderá combater o Crime Organizado se valendo de novas teorias, de maneira que possa surpreender as grandes organizações criminosas.

As Provas Ilícitas se fazem muito importante, ao ponto que podendo se valer o Estado de provas meramente ilícitas, assim terá imporá um obstáculo a mais para Organizações Criminosas, que certamente estarão despreparadas para lidar com mudanças no direito penal. Mas, como regra as provas ilícitas, que são vedadas em nosso ordenamento jurídico e, não podem ser usadas como meio de obter a constatação de um crime, mas existem controvérsias no que tange a aplicação das mesmas, como foi citado nessa pesquisa as opiniões de autores favoráveis e desfavoráveis no que tange a aplicação das mesmas, e sendo assim, até que ponto esta garantia deve ser preservada em favor do delinquente.

Contudo, o Direito Penal do Inimigo originário por Gunther Jakobs e defendido por diversos autores, ao longo da sua existência, traz uma perspectiva de análise da criminalidade, que tem crescido cada vez mais, e afetando a sociedade em geral. Porém muitos autores, ainda criticam o Direito Penal do Inimigo, entendendo que mesmo sujeitos criminosos tem garantias e direitos que não podem ser violados.

Por fim, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo, pode influenciar de maneira relevantíssima a ajudar o Estado a acabar com o status poder que o Crime Organizado, inimigo da sociedade mantém no momento.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas Ilícitas Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônica clandestina**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BATISTA, Nilo; et al. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. Decreto nº 5.015 de 12 de Março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: [http://www.Planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.Planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm). Acesso em 20 de set de 2016.

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

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 12.694, DE 24 DE JULHO DE 2012**. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília: Senado, 2012. Disponível em: Acesso em: 20 set 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal: de acordo com a lei nº 12.736/2012**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNAUBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. O Conceito de Crime Organizado no Brasil: o princípio da legalidade, a lei nº 9.034/95 e a convenção de palermo. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (coord). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, ROGÉGIO. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**: as interceptações telefônicas. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pelegrini; et al. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de Moraes. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

MOREIRA, Glauco Roberto Marques Moreira. **Pessoas Portadoras de Deficiência: pena e constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MULLER, Desireé Brandão. **Prova Ilícita: a possibilidade da sua aplicação no processo penal**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/prova-ilicita>. Acesso em 30 set 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa, Comentários á Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES, Antônio Carlos. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. 2. ed. São Paulo: Escala, 2008.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha - São Paulo : Revista dos Tribunais,2002 (Série as ciências criminais no século XXI; v 11).

SILVA, César Dario Mariano. **Provas Ilícitas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (cpi) e sigilo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**. 2003, p. 46 Apud GONÇALEZ, Aline Gonçalves; BONAGURA, Anna Paola et al. Crime organizado. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 392, 3 ago. 2004. Disponível em: Acesso em 24 set de 2016.

\_\_\_\_\_. **Crime Organizado: procedimento probatório**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Bahia: Jus Podium, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.