

DIREITO PENAL DO INIMIGO E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Vitor Mizuno COTES¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: Os episódios de terrorismo no século XXI deram grande força e aplicabilidade ao Direito Penal do Inimigo, que visa combater os denominados “inimigos da sociedade”. Com a recente morte de Osama Bin Laden, o mundo se dividiu: de um lado há aqueles que apóiam o governo americano, consentindo em mitigar direitos e garantias fundamentais dos criminosos de alta periculosidade, de outro, há quem diga que tais direitos não podem ser sobrepostos, devendo ser concedidos a todos, independentemente de seus crimes. Logicamente, a razoabilidade deve imperar em cada caso concreto, devendo ser analisadas todas as circunstâncias. As peculiaridades do Direito Penal do Inimigo não devem ser observadas somente em casos extremos, mas também para homicidas, estupradores, traficantes e todos aqueles que tornem os cidadãos de bem vulneráveis. O senso de justiça, como sempre, ditará os caminhos a serem tomados pela sociedade.

Palavras-chave: Terrorismo. Relativização de direitos e garantias fundamentais. Razoabilidade. Sociedade. Senso de justiça.

1 INTRODUÇÃO

Para o presente estudo foi adotado o método dialético comparativo entre o Direito Penal do Inimigo e a o princípio da Proporcionalidade, onde foram confrontados a fim de se extrair a melhor aplicação desses institutos em cada caso específico.

A questão constitucional foi abordada de forma a tomarmos como ponto de partida a presente discussão, uma vez que pertence à Constituição a soberania normativa, regulamentando toda a vontade e exigências do povo daquele Estado.

Discutimos também quem são os chamados inimigos e suas condutas, de modo a justificar a aplicação do Direito Penal do Inimigo, em clara proteção *pro societate*. Também foi abordada a questão da utilização de provas ilícitas durante o

¹ Bacharelado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

² Professor de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, especialista em direito pela mesma instituição e mestrando em ciências jurídicas no programa de mestrado UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

processo, onde deve haver o equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os homens e a proteção da sociedade, que se vê vítima das atuais ondas de violência em todo o mundo.

Por fim, vimos que o direito deve acompanhar as exigências da sociedade, que está em constante mudança, devendo o Legislador ter a sensibilidade de notar tais evoluções e adequar as normas, evitando assim os vácuos legislativos.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição do Estado é extremamente importante para traçarmos linhas gerais sobre o presente estudo, uma vez que a ela é incumbida a tarefa de delimitar as ações a serem tomadas por todo o País, respeitando a cultura de seu povo; traçando medidas econômicas para um melhor desenvolvimento tecnológico e industrial; garantindo direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, evitando assim diversos tipos de abusos, como o autoritarismo e concentração de poder nas mãos de poucos, além de diversas outras atribuições importantíssimas, visto que na Constituição deve ser depositada todo tipo de interesse que os cidadãos daquele Estado querem ter para si e seus iguais.

Mais especificamente para este estudo, a Constituição deve adotar medidas punitivas que entende ser adequada e razoável, vedando a tortura e tratamentos desumanos, sem perder o foco que a restrição ou medida detém, qual seja, o de ressocialização do indivíduo e, sempre que possível, a reparação do dano à vítima, gerando senso de justiça perante toda a sociedade.

Alexandre de Moraes dá a seguinte definição para Constituição:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição de poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além

disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.³

O cidadão, portanto, ao aderir ao contrato social, deve respeitá-lo, agir conforme suas disposições. A partir do momento em que age fora dos parâmetros e limites estabelecidos, deve ser punido. Gomes *apud* Alexandre de Moraes assim constrói, com bases filosóficas, o Direito Penal do Inimigo:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, esta em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal', deve ser tratado como inimigo (Kant).⁴

Mas, quem são os inimigos? Jakobs, *apud*, Luís Flávio Gomes, assim define:

Quem são os inimigos?: criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.⁵

Jakobs defende a separação entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do cidadão, assim definindo-os:

O direito penal do cidadão é o direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os seus direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.⁶

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 27ª Ed, Editora Atlas. P. 6.

⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal*, P. 159.

⁵ GOMES, Luís Flávio. *Direito Penal do Inimigo*, P. 1

⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira velocidade do Direito Penal*, P. 157 e 158.

Esta definição de Jakobs é destinada aos criminosos de guerra, autores de crimes hediondos, prevendo condutas extremas e até mesmo desumanas. Entendemos que o Direito Penal do Inimigo não deve ser aplicado somente em tais casos, mas também em condutas com menor relevância, porém com alto teor de agressão a direitos e garantias fundamentais.

3 A ATUAL APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A recente morte de Osama Bin Laden, na madrugada de 2 de maio de 2011. Osama era o líder da organização terrorista al-Qaeda e responsável pelos ataques ao *World Trade Center* e o Pentágono em 11 de setembro de 2001. Há relatos de que a missão dos soldados norte-americanos era a de matar, e não prendê-lo. O terrorista estava escondido numa fortaleza, no Paquistão.⁷

É a aplicação explícita e cristalina do Direito Penal do Inimigo, numa clara evidência de que, conforme o próprio Presidente dos Estados Unidos disse, foi feita a justiça.

Nesta noite, tenho condições de dizer aos americanos e ao mundo que os Estados Unidos conduziram uma operação que matou Osama Bin Laden, o líder da al-Qaeda e terrorista responsável pelo assassinato de milhares de homens, mulheres e crianças. (Barack Hussein Obama II)

Ainda há grande discussão acerca da ação militar norte-americana, uma vez que o governo paquistanês alega que os Estados Unidos não compartilharam informações sobre a ação a ser tomada, desrespeitando a soberania daquele Estado.

É o que alega o senador Eduardo Suplicy, apoiado pelos também senadores Lindbergh Farias e Cristovam Buarque. Para o senador, além do

⁷ G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/obama-confirma-morte-de-osama-bin-laden.html> . Acesso em: 05 maio. 2011.

desrespeito à soberania paquistanesa, o terrorista “poderia ter sido preso e julgado em um tribunal”⁸.

É a cultura extremamente garantista que está enraizada em nosso país! Não há razoabilidade em se dar ao trabalho de capturar e julgar alguém que ceifou mais de três mil vidas por discordar da cultura e religião de um país. Se Osama quisesse ser julgado, que não ficasse escondido por quase 10 anos.

Ao contrário de nossos líderes políticos, pesquisas mostram que os americanos aprovam a ação do Exército, 8 em cada 10 americanos concordaram com a decisão de matar Osama Bin Laden⁹.

Os Estados Unidos fizeram a coisa certa!

Não há que se falar em garantias e direitos fundamentais a um criminoso do nível de Bin Laden.

Sánchez, *apud* Alexandre de Moraes, se manifesta neste sentido:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

(...) Se a característica do ‘inimigo’ é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afronta-lo fosse com o emprego de meios de assecuramento cognitivo desprovido da natureza de penas.¹⁰

Mas o Direito Penal do Inimigo não deve ser focado somente para terroristas a nível internacional, devendo haver alguns aspectos de sua teoria aplicada em casos menores, guardadas as devidas proporções.

É o caso das provas ilícitas.

4 A UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

⁸ BONIN, Robson. Disponível em: <http://g1.globo.com/morte-de-bin-laden/noticia/2011/05/senadores-brasileiros-condenam-acao-dos-eua-que-matou-bin-laden.html> . Acesso em: 09 maio. 2011.

⁹ G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/morte-de-bin-laden/noticia/2011/05/oito-em-dez-americanos-apoiaram-matar-bin-laden-mostra-pesquisa.html> . Acesso em: 09 maio. 2011.

¹⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal*, P. 167.

O artigo 5º, LVI de nossa Constituição dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

As provas, por sua vez, são subdivididas em *ilegítimas* e *ilícitas*. As provas ilegítimas violam norma de natureza processual, enquanto as provas ilícitas são “todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.”¹¹

Será que, face a um criminoso de alta periculosidade, este direito e garantia fundamental prevista em nossa Constituição impera absoluta, ou deve ser dada a devida proteção àqueles que foram vitimados pelas condutas criminosas? Não me parece razoável dar extrema proteção a um sujeito que não age de acordo com os moldes previstos na sociedade, quando os direitos desta são massacrados pelos crimes cometidos.

Deve, portanto, haver certa relativização, mitigação do artigo 5º, LVI face a um criminoso que age fora dos padrões comportamentais que são exigidos por todos os cidadãos. Um chefe de tráfico não pode ter um direito absoluto de inviolabilidade de correspondências, uma vez que ele estaria comandando todo o tráfico de drogas daquela região, mesmo estando preso. A sociedade não pode aturar tais condutas, não é isso que nossa Carta Magna deseja.

Nada em nosso ordenamento jurídico reina absoluto, nem mesmo o direito à vida, pois em certos casos ela pode ser tirada de um iminente agressor, pronto para ceifar a vida de outrem. Vê-se que é preferível tirar a vida de alguém que age injustamente, a deixar uma vida ser tirada de quem tem um comportamento justo, ideal.

A teoria dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*), ocorre quando as provas colhidas são derivadas de provas ilícitas, contaminando-as, também chamadas de *provas ilícitas por derivação*. São assim, completamente vedadas em nosso ordenamento jurídico, conforme decisões do STF.

Ocorre que não devemos proibir cegamente a utilização de provas ilícitas por derivação, uma vez que, dependendo do caso, há valores e garantias constitucionais que são maiores que um direito individual.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª Ed, Editora Saraiva, P. 301.

Assim entende Fernando Capez:

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 de qual deva ser sacrificado.¹²

Ora, a sociedade não deve suportar a falha do Estado, quando este tende a proteger absurdamente um indivíduo que não se comportou conforme os moldes sociais aceitáveis e exigíveis de todos os membros que ali se estabelecem. A liberdade, intimidade de um não pode ser maior que a segurança, patrimônio, vida, etc. de toda a coletividade, uma vez que deve haver obediência ao princípio da proporcionalidade.

Fernando Capez comenta sobre tal princípio:

Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desencolheu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.¹³

Vê-se que não há conflito entre os princípios, direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da sociedade. O que existe e deve ser preservada é a harmonização desses aplicadas no caso concreto. A análise é casuística, não existe um direito superior face aos outros, mas sim aqueles que têm uma maior importância em dado caso concreto.

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª Ed, Editora Saraiva, P. 304.

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª Ed, Editora Saraiva, P. 304 e 305.

Explico-me.

Imagine que um poderoso chefe do tráfico de drogas de uma região tenha sido preso, processado e julgado com todas as garantias a ele inerentes. Ocorre que na prisão, recebe várias e várias cartas. A Polícia percebe que, mesmo com sua prisão, o tráfico de drogas naquela área continua intenso. Instaura então inquérito para apurar o caso e descobre que aquelas cartas são, na verdade, orientações para seus subordinados continuarem com o tráfico de drogas a nível nacional e internacional. A Polícia então intercepta algumas cartas, descobrindo o esquema de práticas ilícitas.

Se analisarmos o art. 5º, XII da Constituição Federal, veremos que ele consagra a inviolabilidade do sigilo das comunicações, seja por carta, telegrama, transmissão de dados ou telefônica. Porém, foi admitida a mitigação da inviolabilidade das cartas. Observa-se o seguinte acórdão do STF:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interpretação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.¹⁴

É a clara aplicação do princípio da proporcionalidade em nosso ordenamento jurídico, onde a mais alta corte do País reconheceu que a utilização de provas ilícitas pode se dar *pro societate*, ou seja, para proteger a vida e a segurança da sociedade.

Em sentido oposto, há a possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor do acusado, para que se defenda. É a chamada prova ilícita *pro reo*, o que é aceitável, desde que preenchidos alguns requisitos, uma vez que, se o réu somente tem um meio de provar sua inocência, e estas provas foram colhidas de maneira ilícita, seria razoável imputar-lhe condenação, privando-o de sua liberdade, mesmo que a prova colhida seja manifestamente explícita no sentido de sua inocência? Ora, a medida é extremada, colocando normas processuais acima do direito de liberdade e presunção de inocência, o que não é razoável. Vê-se que buscamos o equilíbrio face ao caso concreto.

¹⁴ STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 24 de junho de 1994, p. 16649.

Se ao delinqüente é possível a utilização de provas ilícitas para se livrar solto das acusações a ele impostas, mesmo que em caráter de excepcionalidade, há de ser possível também o contrário, ou seja, o atendimento dos interesses da sociedade para ver punido aquele que agiu em desacordo com as regras gerais de convivência pacífica.

Logicamente, deve haver o equilíbrio.

5 A EVOLUÇÃO DO DIREITO FACE AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Luisi, *apud*, Alexandre de Moraes, afirma que, modernamente, o desenvolvimento tecnológico e industrial obriga o Estado a criar novos tipos penais, a fim de se proteger os direitos e garantias fundamentais, uma vez que estão mais suscetíveis a agressões.

De um lado como decorrência daquilo que Carrara, em fins do século passado, chamou nomorréia penal, e mais recentemente Carnelutti definiu como inflação penal, a presença de um processo de descriminalização e despenalização. De outro lado, a imperativa necessidade de novas criminalizações, como conseqüência de uma série de fatores, tais como o desenvolvimento industrial, as concentrações humanas em gigantescas megalópolis, e principalmente a trepidante revolução tecnológica que fizeram surgir inéditas formas de graves agressões a bens fundamentais para a sobrevivência do homem e da sociedade.¹⁵

Tomemos como exemplo a prostituição infantil, que é amplamente divulgada pela *internet* entre criminosos e estupradores em todo o mundo. Muitos são os casos de pessoas que têm em seus computadores fotos e vídeos contendo abusos a crianças e adolescentes, e as compartilham na grande rede.

Também é o caso de criminosos que vendem e negociam drogas e produtos objetos de crime, tais como carros roubados, aparelhos contrabandeados, armas ilegais, etc. Pela *internet*, esta prática é corriqueira, comum, não podendo, todavia, ser tolerado pelas autoridades Policiais e Legislativas.

¹⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal*, P. 151.

O racismo e preconceito também são questões preocupantes em nossa realidade. Há comunidades inteiras cultuando o ódio entre pessoas de diferentes raças, cores, opção sexual, etc. e não raras vezes, promovem ataques a esses cidadãos, tudo organizado por redes sociais.

Vê-se que os meios de comunicação estão com suas finalidades desvirtuadas, agredindo direitos como intimidade, dignidade, moral, vida privada, honra e imagem.

6 CONCLUSÃO

Para se evitar abusos, o princípio da razoabilidade deve reinar em toda a condução processual do acusado, seja para determinar o uso e validade das provas colhidas, seja na aplicação da pena, seja para orientar as ações a serem tomadas pela Polícia ou Exército, dependendo do caso.

O equilíbrio é fundamental nas relações jurídicas, uma vez que garante senso de justiça aos cidadãos. Se de um lado a relativização dos direitos e garantias fundamentais parece ser abusiva, injusta, então deverá ser revista. Se por outro, a conduta criminosa exige uma atuação mais rígida, a fim de preservar a integridade de toda uma coletividade, então será válida.

Com a morte de Osama Bin Laden, o mundo será palco de uma nova guerra, uma vez que os líderes de organizações terroristas já declararam a vontade de se vingar. Mais do que nunca, o Direito Penal do Inimigo será aplicado, devendo garantir segurança e eliminar ameaças, mas antes de tudo, seus aplicadores devem trabalhar no sentido de evitar ao máximo os abusos, tão comuns em épocas de guerra.

O Brasil presenciou poucos episódios de aplicação do Direito Penal do Inimigo, talvez o momento mais célebre fora a invasão da Polícia e Exército nos morros do Rio de Janeiro para combater o tráfico de drogas. Talvez sejam necessárias mais ações deste tipo para poder acabar com o alto índice de criminalidade e impunidade que assolam nosso país, visto que a cada dia as organizações criminosas se especializam e corrompem os políticos e membros da Polícia e Exército, que fornecem armas e facilidades para suas ações.

Em suma, tanto em nível nacional e internacional, os Estados necessitam de mecanismos capazes de combater os grandes criminosos. Além do mais, necessitam se adequar aos novos tipos penais que surgem com as novas tecnologias, principalmente para crimes cometidos na *internet*. O direito sempre deve acompanhar, ainda que lentamente, o desenvolvimento da sociedade, mas tal período não pode ser demasiadamente prolongado, pois geraria sensação de injustiça e desconforto social.

BIBLIOGRAFIA

BONIN, Robson. **Senadores brasileiros condenam ação dos EUA que matou Bin Laden**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/morte-de-bin-laden/noticia/2011/05/senadores-brasileiros-condenam-acao-dos-eua-que-matou-bin-laden.html>>. Acesso em: 09 mai 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

G1. **EUA anunciam a morte do terrorista Osama Bin Laden no Paquistão**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/obama-confirma-morte-de-osama-bin-laden.html>>. Acesso em: 05 mai 2011.

G1. **Oito em cada dez americanos apoiaram matar Bin Laden, mostra pesquisa**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/morte-de-bin-laden/noticia/2011/05/oito-em-dez-americanos-apoiaram-matar-bin-laden-mostra-pesquisa.html>>. Acesso em: 09 mai 2011.

GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/Arquivoid_47.pdf>. Acesso em: 05 de mai 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Dissertação de Mestrado pela PUC/SP. São Paulo: 2006.