

PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A LUTA CONTRA A IMPUNIDADE EM FACE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Guilherme Martins Barbatto PIVA¹
João Pedro Gindro BRAZ²

RESUMO: Busca-se através deste trabalho tecer uma análise crítica sobre a atuação do Ministério Público no âmbito da investigação criminal, passando pela (in)eficiência da aplicação do Direito Penal no Brasil, principalmente contra o crime organizado. Como resolução hipotética ao caos causado pelas famigeradas e poderosas facções criminosas presentes no nosso país, existe a teoria do Direito Penal do Inimigo, que busca, em síntese, a punição mais severa, por meio da mitigação de certos direitos e garantias, àqueles criminosos classificados como inimigos do Estado. No entanto, a aplicação prática desta teoria esbarra nos princípios e direitos constitucionalmente garantidos, bem como nas suas análises acerca de possível arbitrariedade na aplicação, e comparações com regimes totalitários de tirania, como por exemplo o nazismo. Este artigo possui, como objeto principal, a finalidade de sopesar os valores contidos no ímpeto pelo combate à infra proteção, bem como estabelecer um paralelo entre o que nos traz a teoria do direito penal do inimigo, para com a atuação do Ministério Público nas investigações de cunho criminal, consubstanciando uma discussão a respeito da legalidade do Direito Penal do Inimigo, assim como a atuação do *Parquet* no inquérito criminal, combatendo a impunidade.

Palavras-chave: Poder investigatório. Ministério Público. Direito penal do inimigo. Crime organizado. Garantias constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

As discussões sobre a eficácia atual da aplicação do Direito Penal no nosso país ganham cada vez mais destaque e relevância, assim como aquelas

¹ Discente do 6º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. pivaguilherme@live.com. Estagiário contratado no Escritório Bohac Advocacia, em Presidente Prudente.

² Discente do 6º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo Prudente. Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade da mesma instituição. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Representante do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade na Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Estagiário contratado no escritório de advocacia Caíque Sociedade Individual, ambos de Presidente Prudente/SP. joapedrogindro@gmail.com.

acerca da necessidade de maior atuação do Ministério Público no âmbito investigatório, principalmente em relação aos crimes de maior potencialidade lesiva.

Não são só especialistas do Direito, doutrinadores de renome e grandes analistas das ciências sociais que opinam sobre o tema. A relevância que abrange o assunto é tamanha, que todos se acham no dever de opinar sobre as políticas criminais presentes, muitas vezes influenciados pelo sensacionalismo midiático, que expõe, nas grandes redes de comunicação, crimes de fácil comoção social, buscando um resultado implícito que impulse o dever estatal de pacificação social e exclua a inoperância da devida punibilidade.

Ao passo que certos crimes são expostos minuciosamente em rede nacional, os verdadeiros inimigos da população e do Estado seguem agindo de forma extremamente lesiva e obscura, da maneira como bem entendem, tratados formalmente como cidadãos comuns, envoltos por garantias e princípios falhos no que diz respeito ao seu combate.

Por sua vez, dentro dessa linha de raciocínio, esse trabalho buscou abrir uma possível hipótese para a solução do déficit na aplicação do Direito Penal no Brasil contra as grandes facções criminosas, defendendo a tese do Direito Penal do Inimigo, caso seja aplicada criteriosamente, assim como aclarar a discussão à respeito da falta de norma que o regulamente, traçando, para tanto, um paralelo com a ausência de disposição legal que autorize a atuação do Ministério Público no inquérito criminal, como órgão investigador, demonstrando as posições sobre o tema, além dos desdobramentos conferidos pela Suprema Corte do país.

Destarte, o trabalho visou abordar a possível relativização do princípio da dignidade da pessoa humana e suas vertentes penais no que tange a busca pelo combate ao crime organizado. Não menos importante, almejou-se também contrariar as equivocadas comparações da teoria do Direito Penal do Inimigo com regimes tiranos e segregatícios, com maior enfoque para o nazismo.

Por conseguinte, enfrentou a patente discussão em torno do princípio da legalidade e o da reserva legal, a fim de esclarecer as possibilidades conferidas ao Ministério Público na sua atividade-meio, de investigar, enriquecendo a nobre atividade-fim, de acusar.

O método de pesquisa utilizado nesse trabalho foi o dedutivo-indutivo, com a presença de análise doutrinária constante, explicitação de artigos e opiniões,

buscando resolução de comparações equivocadas para melhor entendimento do leitor sobre o tema.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO: ASPECTOS GERAIS E RELEVANTES

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, que a sustenta desde 1985 e vem recebendo cada vez mais adeptos desde então.

Em suma, essa teoria tem como objetivo elencar um Direito Penal que separa os criminosos em duas categorias: os da primeira categoria seriam os criminosos que, ainda que tenham cometido um ilícito penal, seriam capazes de continuar com o status de cidadão, uma vez que estes continuariam envolvidos por todas as garantias constitucionais penais, processuais e de ressocialização, além de serem tratados de acordo com um Direito Penal do cidadão. Os de segunda categoria, no entanto, perderiam o status de cidadão após serem identificados como criminosos inimigos do Estado, tendo diversas garantias relativizadas e sendo submetidos a tratamentos severos e excepcionais.

Deste modo, conforme remonta o raciocínio trazido, acerca da existência de dois polos de tratamento, Rogério Greco (2016, p.23) aduz:

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.

Não obstante, a realidade supra narrada diz respeito a um verdadeiro cenário de periculosidade para a segurança pública, oportunizado pela clara aparição de inimigos que colocam em risco a vida em sociedade e confrontam-se com o Estado e com os indivíduos que se encontram sob sua tutela.

Podemos perceber essa diferença de tratamento e suas bases teóricas nas palavras do próprio criador da tese, dando ao direito penal do inimigo outro sentido de direito penal, conforme expressa Gunther Jakobs (2008, p. 29):

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. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança.

A tese de Jakobs agrada a sociedade em geral, que anseia por uma solução eficiente e rápida contra os criminosos de grande porte, por meio das adequadas medidas com o objetivo de combatê-los.

Seguindo esta linha de raciocínio, é possível concluir que há pessoas que efetivamente se dedicam, de forma insistente, a não pertencer mais ao grupo de cidadãos, mas sim ao das organizações criminosas, sendo, portanto, repudiados pela comunidade e pelo ordenamento jurídico.

Enxergando este ímpeto em participar de atividades lesivas à coletividade, o criador da discutida tese, Jakobs (2003, p. 40/41), manifesta que deve haver clara diferença de tratamento entre os cidadãos e os inimigos do Estado:

um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma e quem perde há de se submeter-se a essa determinação.

Aqui surgem alguns questionamentos importantes sobre a tese, como por exemplo: Quem seria essa clientela inimiga direcionada a receber este severo tratamento, desprovidos dos benefícios de um cidadão? A teoria elenca como inimigos do Estado os: terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros que podem, por meio de suas atividades manifestamente ilícitas, atentar contra a segurança interna e/ou externa de uma ou mais nações.

Salienta-se que, para uma aplicação prática correta desta corrente teórica, os critérios devem ser muito bem regrados e seguidos de forma estrita e rígida, não podendo qualquer ideologia de um indivíduo predominantemente hierárquico, servir como fundamento para transformar um cidadão comum em inimigo do Estado, sob pena de manifesta arbitrariedade, preconceito e segregação.

Para serem inimigos do Estado, os indivíduos devem atentar contra a coletividade, contra um Estado e seus tutelados em si, causar dano ou expor a perigo a segurança pública. Ou, no caso do tráfico, financiar as facções maiores, provendo-lhes ferramentas para implantar o caos quando julgarem oportuno. Desta forma, a teoria não prevê tirar o status de cidadão do criminoso comum, mesmo que reincidente, desde que este não exponha a perigo a sociedade em geral, e a coletividade como um todo. Ainda nesse raciocínio, não seria qualquer traficante passível de ser taxado como inimigo do Estado, para tanto, a investigação deve buscar aqueles detentores de maior poder, os verdadeiros provedores de recursos ao crime organizado.

Um exemplo prático da diferença entre criminoso cidadão e inimigo do Estado é trazido por Gunther Jakobs (2008, p. 32):

Para esclarecer o que foi dito, pense no sobrinho que mata seu tio, com o objetivo de acelerar o recebimento da herança, a qual tem direito. Nenhum Estado sucumbe por um caso dessas características. Ademais, o ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições.

No que tange a aplicação criteriosa da teoria proposta por Jakobs, Bruno Manuel Cancio Meliá (2003, p. 79/81), seguindo os traços trazidos pelo criador da teoria, aduz:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como 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 tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.

Afere-se, portanto, que os três pilares desta teoria são: 1) a antecipação da punição; 2) a desproporcionalidade das penas e a consequente relativização ou supressão de certas garantias processuais; 3) criação de leis severas direcionadas à clientela desse específico ramo de controle social.

O Direito Penal do inimigo difere, como mencionado acima, do Direito penal do cidadão no quesito da função da pena. A pena, para um cidadão, teria as

funções de dissuasão e prevenção, envolta pelos seus princípios fundamentais, além do importante estímulo à ressocialização. No caso de um inimigo, a pena teria a função de coação, total repressão e eliminação de um perigo.

Conclui-se, com a análise dos aspectos relevantes dessa teoria, que ela visa a proteção da segurança geral do Estado por meio de formas alternativas às existentes e atualmente aplicadas, mais severas e proporcionais aos indivíduos que não aceitam ser submetidos ao ordenamento jurídico regulador do convívio social e, dessa forma, exponham a perigo a segurança geral.

3 POSSÍVEL EFICÁCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Atualmente, há clareza na consciência da população brasileira sobre o advento e a extrema força que o crime organizado ganhou nas últimas décadas. O sentimento de insegurança nacional é nítido e aumenta a cada notícia lida ou transmitida pelos meios de comunicação de massa em geral.

O Brasil sancionou, no dia 2 de agosto de 2013, a Lei n. 12.850/13, e trouxe, com ela, um novo conceito legal para o crime organizado. Até então as discussões vigoravam em torno da Convenção de Palermo, que visava tipificar atividades ilícitas de grupos organizados, porém era duramente questionada por parte da doutrina, que sustentava a inoperância de uma norma internacional de caráter penal e incriminadora, ao adentrar o ordenamento jurídico pátrio por meio de um decreto.

No entanto, com o surgimento da lei das organizações criminosas, passou-se a definir o crime organizado, como sendo todo e qualquer ilícito penal praticado pelas organizações caracterizadas pela sua estrutura hierárquica, divisão de tarefas entre seus membros, e cujo principal objetivo é a obtenção de vantagem econômica de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais.

Nesse sentido, é importante salientar que a renda das grandes facções criminosas existentes no Brasil, vem, em sua maior parte, do tráfico de drogas, em especial de maconha e cocaína, se amoldando aos preceitos aduzidos por Winfried Hassemer (HASSEMER, 1998 apud LAVORENTI, 2000, p.19):

A criminalidade organizada é menos visível; é um fenômeno cambiante porque segue as tendências dos mercados nacionais ou internacionais; compreende uma gama de infrações sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas, como o tráfico de drogas e corrupção; dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.

Por sua vez, em relação ao tratamento para o indivíduo que contribui com toda a estruturação de poder de uma facção criminosa, com comportamentos anômalos e ilícitos, confrontando a maturidade e desenvolvimento natural da sociedade, Rogério Greco (2016, p. 28), perfazendo uma clara e notória crítica, introduz a ideia de que:

Com o argumento voltado ao delinquente habitual, ou criminosos pertencentes às facções organizadas, como acontece com os terroristas e traficantes de drogas, taxando-os de irrecuperáveis, propondo-se, para eles, medidas de privação da liberdade por tempo indeterminado, enfim, tratar o ser humano como estranho à comunidade, é o Máximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal.

Contudo, sabendo que as facções criminosas mais relevantes têm capacidade para atentar contra e lesar expressivamente a segurança nacional, temos, ao mesmo tempo, no país, um eficaz órgão de combate a tais facções, qual seja, o Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado (GAECO), órgão do Ministério Público que vem sendo muito eficiente e devidamente combativo nas investigações, apreensões e confronto ao crime organizado.

Diante da existência de referido órgão (GAECO) podemos, sensatamente, pensar na aplicação de um Direito Penal do Inimigo no Brasil, visto que seria possível, após minuciosa investigação de competente instituição, identificar quem são os criminosos que atentam contra a coletividade e contra o bem-estar geral de uma nação, deixando, portanto, de ser uma decisão arbitrária e subjetiva.

Chega a ser óbvio, ético e moral, um pensamento de que um indivíduo que contribui com o tipo de crime que atenta contra a segurança e a dignidade geral do nosso país não merece ter as mesmas garantias e ser envolvido pelos mesmos princípios que um cidadão que segue o ordenamento jurídico e visa o bem comum, o convívio em sociedade e a paz ao seu redor.

Sendo assim, a aplicação de um Direito Penal do cidadão para os cidadãos e criminosos que não atentam contra o país seria sensata se, por outro lado, houvesse a aplicação de um Direito Penal do Inimigo, rígido, rigoroso,

craterioso e severo, para os inimigos do Estado. Estes seriam, antes de serem taxados como inimigos, investigados a fundo por órgãos competentes e, caso fosse realmente constatado que contribuem de alguma forma para com o crime organizado, mereceriam tratamento excepcional com garantias relativizadas.

3.1 O Regime Disciplinar Diferenciado como vertente do Direito Penal do Inimigo no Brasil

Ainda não vemos, de forma clara e explícita, a presença do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, existem algumas nítidas vertentes da teoria visíveis no nosso país.

A vertente prática principal da teoria do Direito Penal do Inimigo, no Brasil, se dá no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Trata-se de um regime de disciplina carcerária excepcional, com maior restrição de contato com o mundo exterior, suprimindo algumas garantias e direitos de um preso comum. O RDD foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais (LEP) e trouxe, expressamente, em seu artigo 52, as hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, além de suas características.

Calha destacar que o maior motivo da implantação do RDD no Brasil foram as constantes rebeliões causadas nos presídios de todo o país, motivadas principalmente pelo PCC e pelo Comando Vermelho (CV), organizações devidamente hierarquizadas, até mesmo dentro dos presídios em que se encontram, demonstrando, amplamente, o poder dessas facções criminosas, chocando toda a sociedade.

As críticas existentes entorno do RDD e o Direito Penal do Inimigo se assemelham, haja vista que residem no ideal de que a sua aplicação exclui do convívio carcerário comum o preso, relativizando, para tanto, algumas de seus direitos constitucionalmente garantidos.

Pensando dessa forma, podemos concluir que, apesar de não ter sido expressamente adotado no nosso país, o Direito Penal do Inimigo já está, ainda que de forma implícita e parcial, amplamente presente em nosso ordenamento jurídico, apesar das constantes contraposições de ideias a seu respeito.

4 O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO POSSÍVEL VERTENTE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Existe, atualmente, relevante debate doutrinário e jurisprudencial a deliberar sobre o poder investigatório do Ministério Público, cuja função é ampliar a gama investigatória do Estado.

A questão demonstra-se simples para os mais conservadores e legalistas, pois a Constituição Federal não atribui ao parquet competência a investigações criminais. Todavia, tal entendimento está longe de ser unânime.

Nossa Magna Carta não prevê a possibilidade de o Ministério Público exercer atividade investigatória durante a persecução penal. Ao invés disso, expressa, apenas, em seu artigo 129, “III”, competência de tal órgão para investigar no âmbito civil.

Por sua vez, via de regra, caberia única e exclusivamente à Polícia Judiciária a atividade de investigação criminal, como vaticina a própria Lei Maior em seu artigo 144 §§ 1º, “I” e 4º, que atribui a investigação de matéria criminal às polícias estaduais e federais, nada dizendo a respeito do Ministério Público.

Por conseguinte, sobre este dilema, Guilherme de Sousa Nucci (2011, p. 82) entende que:

[...] embora seja tema polêmico, comportando várias visões a respeito, cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal pública, assumira a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria. A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária -, na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144). Ao Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento, salvo o excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não for intentada no prazo legal. Note-se, ainda, que o art. 129, III da Constituição Federal prevê a possibilidade de o promotor elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito policial. Entretanto, para aparelhar convenientemente o órgão acusador oficial do Estado, atribuiu-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos, a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial (o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar inquérito e sim, para requisitar sua função pelo órgão competente). [...] O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação,

denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz.

Em decorrência desta discussão, foi proposto Projeto de Emenda Constitucional, a famigerada PEC nº 37, que visava conferir a competência investigatória unicamente às polícias, dando fim, portanto, às discussões.

Porém, referida PEC foi rejeitada por 430 votos, com apenas 9 favoráveis e 2 abstenções. Nesse sentido, os contrários a aprovação intitularam o projeto de emenda como sendo a “PEC da Impunidade”, uma vez que acreditavam na ampliação do poder investigatório estatal e no combate a corrupção.

Lênio Luiz Streck se posiciona favorável ao poder investigatório do Ministério Público, (2006, p. 6), de modo que:

Cabe-nos, então, ressaltar aquilo que se revela por demais relevante: ao contrário do que recorrentemente preconizado por setores da doutrina e da jurisprudência, as funções institucionais acometidas ao Ministério público não se esgotam na literalidade mesma do art. 129 da Constituição Federal. Atente-se, a tanto, que este mesmo dispositivo constitucional apresenta-se como uma cláusula de abertura ao desenvolvimento, pelo Ministério Público, de ‘outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade’ (Art.129, IX da CRFB).³

Dentro deste panorama, caberia ao Ministério Público a atividade persecutória com o fim de investigar crimes.

Além do mais, a doutrina a favor do inquérito criminal pelo parquet, se vale da teoria dos poderes implícitos, originada de precedente da Suprema Corte dos EUA, no caso *MC Culloch vs Maryland* (1819), onde firmou-se entendimento de que, se a Constituição prevê uma atividade-fim, ela, implicitamente, prevê a esta mesma instituição ou órgão as possibilidades de exercícios da atividade-meio.

Interpreta-se, portanto, que se a Constituição Federal impõe o direito-dever do Ministério Público acerca da acusação, e propositura da ação penal, como atividade-fim, implicitamente, permite a este órgão a atividade-meio, qual seja, a investigação criminal.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, não dando provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 593727, em decisão com repercussão geral

³ RE 593727 - <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>

reconhecida, acerca dos critérios e parâmetros para a atuação do Ministério Público no âmbito da investigação criminal, gerando a seguinte decisão:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

Em contrapartida, nas palavras do ministro Marco Aurélio Mello, é “inconcebível um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar. Sendo o titular da ação penal, terá a tendência de utilizar apenas as provas que lhe servem, desprezando as demais e, por óbvio, prejudicando o contraditório”.

Afere-se, portanto, que ainda que o STF já tenha firmado entendimento sobre o assunto, ele está longe de ser unânime e pacificado.

Um dos mais relevantes pontos a gerar discussão por aqueles que estudam o assunto, está calcado em torno de que um Estado Democrático de Direito, como o instituído pelo Brasil, por meio da Carta Cidadã de 1988, deveria ser regido pelo princípio da legalidade.

Nesse sentido, a falta de previsão legal impossibilitaria e tornaria inoperante a investigação criminal pelo Ministério Público.

No entanto, contrariando ao preceito descrito, e em defesa da investigação criminal pelo parquet, Fernando Capez (2012, p.149) salienta:

Partilhamos do posicionamento favorável à investigação pelo Parquet, pelos seguintes motivos. O art. 1º da CF consagrou o perfil político-constitucional do Estado Brasileiro como o de um Estado Democrático de Direito, no qual há um compromisso normativo com a igualdade social, material, real e não apenas formal, como no positivismo que dominou todo o séc. XIX. Dentre os objetivos fundamentais da carta magna está o de eliminação das desigualdades sociais, erradicação da pobreza e da marginalização (CF, art. 3º, III). No art. 37, caput, o texto mano garante a todos o direito a uma administração pública proba, assegurando os princípios da eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros, dado que o rol não é taxativo. Esse mesmo artigo, em seu § 4º, determina o rigoroso combate à improbidade administrativa, a qual, não raro, vem acompanhada de crimes contra o patrimônio público. Dentro desse cenário,

o Ministério Público surge como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art.127). O caráter permanente e a natureza de suas funções levam à conclusão de que trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, em cuja atuação independente repousam as esperanças de uma sociedade justa e igualitária. Desse modo, toda e qualquer interpretação relacionada ao exercício da atividade ministerial deve ter como premissa a necessidade de que tal instituição possa cumprir seu papel da maneira abrangente possível.

Por fim, não menos importante, destaca-se que há o entendimento de que a investigação criminal exercida pelo Ministério Público abriria margem para a retomada do sistema inquisitivo, pois ele é parte interessada na ação penal, já que exerce atividade acusatória, guiando-se por um único olhar, o de declarar a condenação do sujeito passivo ainda na investigação.

Sem embargo, insta salientar o posicionamento de Mauro Fonseca (2006, p. 220):

A prática nos demonstra que cabe a polícia judiciária estabelecer o conteúdo que deverá apresentar futura ação penal da qual não é a titular, bem como previamente definir os rumos que tomará o próprio processo penal que será instaurado a partir do oferecimento daquela ação. Basta dizer que o Ministério Público somente tem acesso à investigação policial após seu término, quando então será enviada ao Poder Judiciário. Com isso, todas as falhas e omissões constantes no inquérito somente poderão ser subsanadas – se isso ainda for possível – após um largo transcurso de tempo entre a data do delito e o momento em que o Ministério Público dele tiver vista. Em síntese, não há um exagero em se afirmar em que futuro acusador é o principal prejudicado pela forma como atualmente está estruturado o inquérito policial, pois está excluído tanto do processo de elucidação do delito, como da forma em que se dará a materialização dos elementos colhidos na investigação, que, ao final, deverão ser utilizados por ele para redigir sua ação penal.

Contudo, as controvérsias seguirão, principalmente sobre a harmonia entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público no inquérito criminal, pois o real interesse do parquet, em atuar como investigador, é quase sempre questionado no sentido de haverem dúvidas acerca da intenção de ampliar a gama investigativa do Estado, ou ampliar as chances de condenação de determinado indivíduo.

Por oportuno, calha destacar a presença de algumas semelhanças entre as discussões que envolvem o poder investigatório do Ministério Público com aquelas que abrangem a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Como anteriormente expresso, ambos os temas encontram, como argumentos favoráveis, as teses a respeito da vedação à infra proteção, bem como o

combate à impunidade e a ampliação da atividade persecutória do Estado, visando uma maior eficácia para o poder punitivo estatal e a consequente segurança pública de uma nação.

Em outras linhas, os defensores do Poder Investigatório do Ministério Público valem-se dos mesmos fundamentos utilizados pelos defensores da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Como se não bastassem as semelhanças, as críticas também giram em torno dos mesmos fundamentos, quais sejam, a falta de previsão legal, a supressão de direitos constitucionalmente expressos e, principalmente, a possível arbitrariedade e inversão de valores que a aplicação prática de ambos os temas poderia encadear.

A maior parte dos críticos da teoria do Direito Penal do Inimigo traz o ideal de que a aplicação prática desta tese pode levar a uma discricionariedade absoluta e indevida, tornando a teoria, inclusive, em um regime de segregação, preconceituoso e extremamente perigoso.

As críticas em relação ao Poder Investigatório do Ministério Público também trazem, principalmente, o fundamento de que a atuação do Parquet como investigador poderia ensejar arbitrariedade e segregação, pois é parte interessada na ação penal, que o levaria a atuar de maneira parcial, de modo que poderia produzir provas que não tivessem como finalidade a busca pela verdade real, mas sim o pré-julgamento de determinado indivíduo.

As diversas posições, favoráveis e contrárias, devem ser levadas em consideração, pois possuem, em sua maioria, fundamentos plausíveis.

Portanto, assim como em relação ao Direito Penal do Inimigo, para que se efetive a atuação do Poder Investigatório do Ministério Público, no Brasil, devem ser estabelecidos critérios rígidos e cogentes, evitando, uma possível arbitrariedade segregatória.

Por todo o exposto, conclui-se que o Poder Investigatório do Ministério Público é, atualmente, uma vertente do Direito Penal do Inimigo no Brasil, a despeito de todas as contraposições de ideias que envolvam os temas.

5 DAS CRÍTICAS E DO LASTRO PARA INTERPRETAÇÕES EQUIVOCADAS EM RELAÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

As discussões suscitadas a respeito do Direito Penal do Inimigo, assim como do poder investigatório do Ministério Público, raramente são aceitas.

Como nada se constrói na ausência de críticas e aperfeiçoamentos, abarcamos as ideias de Eduardo Cabette e Marcius Nahur (2014, p. 82), que salientam:

No denominado 'Direito Penal do Inimigo' o grande criminoso, o macrocriminoso, o Leviatã do crime é o próprio Estado que tenta se justificar pela necessidade de impor a ordem, de defender a sociedade, de 'pacificar' a qualquer preço, ainda que seja o preço da dessubjetivação do humano, como fazem em seus processos mentais os próprios criminosos mais violentos e cruéis. E isso se faz em nome do vlaro da segurança pública, o que é um erro crasso já demonstrado historicamente.

As críticas não são poucas, sob os argumentos de que há clara violação de direitos fundamentais na aplicação prática da teoria mencionada.

Os críticos, em sua maioria, pregam a manutenção dos princípios constitucionais penais com foco principal para o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para o da legalidade. Muitos alegam que a dignidade não pode ser relativizada a ponto de diferir seres humanos em cidadãos e inimigos.

No que tange ao Direito Penal do Inimigo, existem também os argumentos que giram em torno da defesa do Direito Penal de atuação subsidiária, colocando a teoria de Jakobs como de atuação máxima, sendo apenas uma forma simbólica de tranquilizar a sociedade.

Um dos maiores críticos da tese, o espanhol Manuel Cancio Meliá (2008, p. 72/73), em obra conjunta com o criador da teoria, ensina:

Quando se aborda uma valoração do Direito penal do inimigo como parte do ordenamento jurídico-penal, sobretudo se pergunta se deve ser aceito como inevitável segmento instrumental de um Direito penal moderno. Para responder esta pergunta de modo negativo, em primeiro lugar, pode-se recorrer aos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal no sentido estrito: não deve haver Direito penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional). Em segundo lugar, pode argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais: o Direito penal do

inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos. Estes são, naturalmente, caminhos transitáveis, que de fato se transitam na discussão e que se devem transitar.

A polêmica do Direito Penal do Inimigo abre espaço a interpretações e comparações equivocadas sobre o tema, como a de Rogério Greco (2015, p. 26/27), que o compara com o nazismo:

Com a assunção de Hitler ao poder, o partido nacional-socialista tratou, imediatamente, de começar a reorganizar, de acordo com os seus critérios escusos, o Estado alemão, culminando, em 1944, com a edição do projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos estranhos à comunidade, que nos foi trazido à luz, recentemente, por meio de um trabalho incansável de pesquisa levado a efeito pelo professor Francisco Muñoz Conde, em sua obra intitulada Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo.

Tal projeto, considerado como um dos mais terríveis da história do Direito Penal, propunha, dentre outras coisas: a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados sociais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento antissocial, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcóolatrás, praticantes de pequenas infrações penais etc., sem que houvesse necessidade, inclusive, de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados sociais e inúteis para a sociedade.

Na verdade, apontava determinadas pessoas como perigosas, a exemplo do que ocorria com os delinquentes habituais, e sobre elas fazia recair uma espécie de "tratamento", que podia, segundo a sua estúpida visão, curá-las, aplicando-lhes medidas de internação por tempo indeterminado, inclusive nos conhecidos campos de concentração, ou, quando fossem reconhecidamente entendidas como incuráveis, condenadas à morte, ou ainda, em algumas situações, utilizadas como carne de canhão, ou seja, aquelas pessoas que durante a Segunda Guerra Mundial eram colocadas no front de batalha.

Enfim, medidas que atropelavam o princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por desconsiderá-la como pessoa, lembrando muito o que Jakobs pretende fazer com seu Direito Penal do Inimigo, desconsiderando o inimigo como um cidadão.

Rogério Greco, interpretando o Direito Penal do Inimigo dessa maneira, faz uma comparação totalmente infeliz e incabível. Basta uma análise séria das características da teoria para perceber que ela não se trata de um regime de segregação preconceituoso com a finalidade de eliminar uma raça ou uma ideologia contrária.

São inegáveis os males do nazismo para a humanidade e, exatamente por isso, Greco deveria ter tomado muito mais cuidado ao comparar uma hipótese de política criminal com um regime de extermínio racial.

Em hipótese alguma a teoria de Gunther Jakobs seleciona uma raça, uma opção sexual, uma ideologia contrária à dele ou pessoas com determinada

característica física para serem exterminadas. Muito pelo contrário, a teoria pretende identificar os indivíduos que, de forma clara e intencional, atentam contra a integridade do Estado.

Para exemplificar a infelicidade da comparação, podemos pensar no seguinte raciocínio: Ao comparar o Direito Penal do Inimigo com o nazismo, Greco acaba equiparando os judeus, os homossexuais, os vadios, as prostitutas, com os membros de facções criminosas, por exemplo.

No nazismo, estes mereceram o tratamento que receberam? A resposta aqui só pode ser negativa. Por outro lado, segundo prega a tese de Jakobs, os criminosos organizados merecem o tratamento a ser recebido? A tendência é que a resposta seja positiva.

Portanto, fica mais do que claro que, em uma aplicação criteriosa e a partir de uma interpretação sensata, o Direito Penal do Inimigo difere, e muito, do regime nazista.

Por sua vez, a legalidade é outro ponto que une os críticos do Direito Penal do Inimigo, assim como aqueles que se amoldam contrários ao inquérito criminal empreendido pelo Ministério Público.

Destarte, trazendo a ideia de Rogério Greco (2016, p. 143), de cunho minimalista, que:

[...] o princípio da legalidade ocupar lugar de destaque em uma concepção minimalista, voltada para um Direito Penal do Equilíbrio, encontrando abrigo expresso em nosso ordenamento jurídico, tanto em nossa Constituição Federal – art. 5º XXXIX (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal) – quanto em nosso Código Penal – art. 1º (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal).

Por sua vez, a incongruência preside na ideia de impunidade e a insegurança social sob a qual é mantida a comunidade em geral. Há uma desconfiança acerca da eficiência do poder punitivo do Estado, bem como da eficácia acerca da persecução penal.

Não obstante, o que denota da discussão suscitada é a ideia de que, sob o desejo de se evitar a infra proteção, privilegiando a segurança social, há a teoria do Direito Penal do Inimigo e, sob o desejo de refuta-la em todos os sentidos, ainda que sem razão, elenca-se uma possível arbitrariedade prática para dar vasão

a uma equivocada comparação ao pior regime de segregação que a humanidade já viveu.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando todos os fatores expostos, podemos perceber que o Direito Penal do Inimigo trata-se de uma hipótese muito bem fundamentada para a defesa e combate dos crimes que afetam a segurança pública, caso seja aplicado de forma criteriosa e não abra margem para arbitrariedades.

Foi defendida nesse trabalho a aplicação criteriosa de um Direito Penal do Inimigo, não dando espaço para erros ao identificar um inimigo do Estado e, a partir daí, relativizar e/ou suprimir suas garantias constitucionais, visando a manutenção do convívio ideal em sociedade.

No Brasil, a teoria já encontra vertentes, como o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no seu ordenamento jurídico, visto que a sua aplicação foi necessária para a oposição e combate ao terror imposto pelas grandes facções criminosas no país.

Ademais, cumpre salientar a existência das ferrenhas discussões acerca do Poder Investigatório do Ministério Público, sua constitucionalidade e efetividade prática, sob a ótica da ampliação da gama investigatório do Estado, vedando a infra proteção, em contraposição à uma possível parcialidade e arbitrariedade segregatória do Parquet.

Assim como a grande maioria das políticas criminais de combate, a teoria do Direito Penal do Inimigo apresenta críticas muito bem fundamentadas, que inclusive se assemelham em vários aspectos com os posicionamentos contrários ao Poder Investigatório do Ministério Público.

Por outro lado, ambos abrem espaço para interpretações incabíveis e equivocadas como a comparação com um regime tirano de extermínio e segregação racial, o nazismo.

Ao que parece, o sentimento geral da população é favorável a um tratamento mais rígido ao crime organizado. Sendo assim, podemos ligar isso ao

fato de que é necessário que a atuação do legislador seja influenciada pela vontade e necessidade social.

Por conseguinte, o sentimento de impunidade que vigora na atual sociedade anseia por uma efetivação dos meios inibitórios de impunidade, ampliando as possibilidades de investigação criminal, oportunizando, para tanto, o Ministério Público nessa tarefa árdua e inglória, uma vez que a sociedade vê a atividade exercida pelo Parquet com bons olhos, além de evitar a desconfiança para com as demais instituições estatais.

Portanto, com um melhor preparo na atividade persecutória do Estado, encontraremos soluções e caminhos para se evitar a falta de punição, sendo que, dessa forma, conclui-se que seria de boa valia a aplicação extremamente criteriosa do Direito Penal do Inimigo em face do combate ao crime organizado e da manutenção da segurança pública interna e/ou externa, bem como da efetivação da atuação do Ministério Público no âmbito da investigação criminal, objetivando, ambos, a luta contra a impunidade em busca do efetivo combate ao crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal. 2ª ed.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal.** Coimbra: Almeida, 1981.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Macial. **Direito Penal do Inimigo e teoria do mimetismo – uma abordagem sob a ótica girardiana.** Porto Alegre: Nuria Fabris Editoria, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 19ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOI, Mônica de Souza Paim Catoci de. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão de um Direito Penal do Inimigo.** Presidente Prudente, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal.** – 9 ed., rev., atual. Niterói: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal.** – 8 ed., rev., atual. Niterói: Impetus, 2015.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas.** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LAVORENTI, Wilson. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Brookseller, 2000.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo, A Terceira Velocidade do Direito Penal**. – 1 ed. Curitiba: Jaruá Editora, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processual e execução penal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

STRECK, Lênio Luiz, FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.