

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS
SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO
PENITENCIÁRIA
POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE GOIÁS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GERENCIAMENTO DE SEGURANÇA
PÚBLICA-CEGESP

ARTHUR ROBERT GEORGE CURADO FLEURY DE VIDIGAL- DELEGADO DE
POLÍCIA CIVIL

APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PERSECUÇÃO PENAL E A
POSSÍVEL COLISÃO COM OS DIREITOS HUMANOS, COM ÊNFASE NA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA.

GOIÂNIA
2017

ARTHUR ROBERT GEORGE CURADO FLEURY DE VIDIGAL

**APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PERSECUÇÃO PENAL E A
POSSÍVEL COLISÃO COM OS DIREITOS HUMANOS, COM ÊNFASE NA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA.**

Artigo apresentado ao CEGESP/2017, da
Secretaria de Segurança Pública, em
cooperação técnica com a Universidade
Estadual de Goiás, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Gerenciamento de Segurança Pública

Orientador(a): Márcio Antônio da Costa Santos

**GOIÂNIA
2017**

ARTHUR ROBERT GEORGE CURADO FLEURY DE VIDIGAL

**APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PERSECUÇÃO PENAL E A
POSSÍVEL COLISÃO COM OS DIREITOS HUMANOS, COM ÊNFASE NA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA.**

Data da Aprovação: ____/____/____

Prof. (a) Nélia Cristina Pinheiro Finotti

Prof. (a) Márcio Antônio da Costa Santos

**GOIÂNIA
2017**

APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PERSECUÇÃO PENAL E A POSSÍVEL COLISÃO COM OS DIREITOS HUMANOS, COM ÊNFASE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA.

Arthur Robert George Curado Fleury de Vidigal¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo desmistificar o Direito Penal do inimigo, especificamente na investigação criminal e a colisão com os direitos Humanos. Possibilidade de adoção de dois temas aparentemente tão contrapostos e a necessidade imperiosa de investigação da polícia judiciária através das leis de combate para uma eficaz atuação estatal para enfraquecer as organizações criminosas. A polêmica distinção entre cidadão e inimigo, que é amplamente criticada como se fosse uma fórmula matemática e fascista, colocando aqui um ponto de vista crítico de que é possível a distinção, de forma cautelosa e pautada da constituição da república, princípio da proporcionalidade e proteção da norma.

Palavras - chave: Direito penal do inimigo. Direitos humanos. Investigação criminal. Organização criminosa. Delegado de polícia.

ABSTRACT

The present work aims at demystifying the Criminal Law of the enemy, specifically in criminal investigation and the collision with human rights. Possibility of adopting two apparently so competing themes, and the imperative need of the judicial police investigation, throughout laws of crime combating, for effective state action to weaken criminal organizations. The controversial distinction between citizen and enemy, which is widely criticized as if there was a mathematical and fascist formula, putting here a critical point of view that it is possible to distinguish, in a cautious and patterned form of the constitution of the republic, principle of proportionality and protection of the standard.

Keywords: Criminal law of the enemy. Human rights. Criminal investigation. Criminal organization. Chief Police officer.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Sul Americana – FASAM, Goiânia, Goiás. Pós graduado em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus, São Paulo, SP. Delegado de segunda classe da Polícia Civil do Estado de Goiás. Professor de cursos para concurso público.

INTRODUÇÃO

Na contramão de um Direito Penal Midiático, em que “especialistas” televisivos, buscando o anseio da sociedade em punir com rigor quem comete crime, em que “bandido bom é bandido morto”, surgem cada vez mais crescente, doutrinadores e juristas defendendo um garantismo penal também exagerado, em que todo criminoso é tratado de forma igual, com todas as garantias e benefícios penais.

De um lado, vemos pessoas que pouco conhecem de segurança pública ou da própria constituição da república darem soluções como única alternativa o endurecimento das leis e os discursos de ódio. Noutro diapasão, vemos juristas extremamente garantistas, chegando até proposituras de um abolicionismo penal.

O presente trabalho visa buscar um equilíbrio, mostrando que nenhum princípio é absoluto, até o protoprincípio dignidade da pessoa humana. Aqui não apresentamos soluções sociológicas para o combate ao crime, mas sim mostrar a constitucionalidade e validade das Leis de combate, no que se refere às organizações criminosas e a sua aplicação na investigação policial.

Falaremos sobre o direito penal do inimigo e sua aplicação no direito pátrio bem como a definição de inimigo.

É cediço o avanço da força das organizações criminosas, e a Polícia Judiciária tem em seu favor leis que robustecem a investigação, como infiltração de agente, colaboração premiada, prova secreta, progressão de pena mais rígida em crimes hediondos, punição de atos preparatórios dentre outros.

Buscaremos aqui delimitar a noção de inimigo, separando o criminoso comum de um integrante de organização criminosa.

Mostraremos que é perfeitamente possível a adoção do direito penal do inimigo em contato direto com os direitos humanos.

1. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PERSECUÇÃO PENAL E A POSSÍVEL COLISÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

Atualmente, diante dos problemas relacionados à segurança pública como tráfico de drogas, sequestros, lavagem de dinheiro, crimes de corrupção, crimes sexuais contra crianças e adolescentes, entre muitas outras formas de violências; deparamos com pensamentos de soluções milagrosas e infalíveis como redução da maioridade penal, pena de morte, redução da progressão penal ou, até mesmo, de trabalhos forçados. Por outro lado apresentam também determinados grupos suplicamos por tratamento humanizado na ação policial e na aplicação da pena nos processos criminais.

Ambientes assim é propício para o nascimento de líderes populistas que se apresentam como arautos do povo e clamam pela aplicação mais severa da lei. Nesse embate muitas vezes se esquecem de que nosso país tem uma constituição que apresenta princípios e regras que limitam e disciplinam a ação de todos os Poderes. A ação das forças policiais é regulada por leis, da mesma que todos os operadores da justiça. Assim sendo certas soluções não são soluções porque não apresentam aplicabilidade de fato. Servem para iludir e angariar prestígio é votos.

Certo é que se precisa encontrar uma solução para o combate à criminalidade, principalmente àquela praticada por grupos criminosos organizados.

Esse trabalho visa apresentar ideias no sentido tornar mais eficaz o combate às organizações criminosas, mostrando a importância de robustecer a investigação criminal pautada nos limites estabelecidos na Constituição da República de 1988, sobretudo nos direitos humanos de uma forma equilibrada e proporcional. Avaliar os riscos de diminuição de garantias aos criminosos organizacionais, dentro de uma escala cautelosa e específica.

Essas ideias mais outras que poderão ser apresentadas podem propiciar um conjunto de fatores importantes para ajudar no combate e na prevenção ao crime e à violação dos Direitos Humanos.

Temos leis, temos princípios, mas há necessidade de se criar situações adequadas para que a lei seja cumprida e os direitos e garantias preservados.

Segundo Barreto (2012, p. 23), “Os direitos humanos representam um conjunto de direitos inerentes à dignidade humana, conjunto de direitos reputados imprescindíveis para que se concretize a dignidade das pessoas”.

Importante é a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo que o primeiro refere-se aos direitos universalmente aceitos, através de tratados e resoluções internacionais; já o segundo refere-se à ordem interna, positivados em um conjunto de leis nacionais. Por compreensão lógica, os direitos fundamentais são direitos humanos positivados em um determinado país.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo primeiro, inciso III, consagra como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar que a doutrina de direitos humanos recomenda a proibição do retrocesso, ou efeito *cliquet*, em que direitos humanos adquiridos ao longo dos tempos não podem ser suprimidos. Podemos citar como exemplo no Brasil a proibição de tortura e a pena de morte.

Para Barreto (2012, p. 27),

A proibição do retrocesso obsta a supressão de direitos, mas não impede que sejam feitas restrições a direitos, e até mesmo que medida das estatais já adotadas sejam restringidas, eis que, de uma maneira geral, os direitos comportam limitações.

Em outras palavras, nenhum direito é absoluto.

É válido lembrar que os direitos humanos ganharam muita força após as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, em que milhares de judeus foram exterminados, o que levou as nações a tecerem um novo olhar à dignidade da pessoa humana.

No nosso contexto histórico, é compreensível o tendente garantismo após a Constituição de 88, pois saímos de uma ditadura militar, em que direitos individuais não eram respeitados e não queremos, de forma geral, voltar àquele *status quo*, mas esse garantismo não pode ser absoluto.

De acordo com Fischer (2013, p. 32),

É a íntegra de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se unicamente direitos individuais fundamentais) e que temos denominado de garantismo hiperbólico monocular.

Conclui Fischer (2013, p. 53),

Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica- ao menos pra nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

Passada essa primeira análise, na década de 80, o alemão Gunther Jakobs, da escola de Bonn, ganhando impulso nos anos 2000, após o ataque ao *World Trade Center*, nos Estados Unidos, criou uma distinção entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do inimigo.

Para Jakobs, o direito Penal atua em dois polos: no primeiro, há o cidadão, em que o aguarda exteriorizar o fato criminoso para ter a atuação do direito e, no segundo, o inimigo, em que se antecipa a tutela penal, em seu estágio prévio, pode-se dizer, em atos preparatórios por exemplo.

Muitos autores refutam drasticamente essa teoria de Jakobs, como Greco (2009 p. 23)

Tanto o projeto criado durante o regime absurdo do nacional-socialismo, como o que agora se discute como uma das frentes mais radicais do Direito Penal Máximo, ou seja, o direito Penal do Inimigo, devem ser repudiados pela nossa sociedade.

Com todo respeito ao renomado autor, não nos é esse o sentido da teoria de Jakobs. Comparar com o nazismo é exagerado, desproporcional com o que é proposto pelo autor alemão. Gostemos ou não, já está inserido no nosso ordenamento jurídico leis de combate, ou seja, leis que diminuem ou restringem garantias e direitos, como a progressão penal na lei dos crimes hediondos (lei 8072), infiltração de agentes e colaboração premiada, lei das organizações criminosas (lei

12850), regime disciplinar diferenciado, lei de execuções penais (lei 7210), dentre outras.

Outro exemplo de inserção do Direito Penal do Inimigo é a punição de atos preparatórios; no nosso sistema também punimos, como no caso de associação criminosa e organizações criminosas.

É válido lembrar que o *iter criminis*, ou o caminho do crime, é formado pela cogitação, preparação, execução, consumação e exaurimento. Em regra, o Direito Penal só pune a partir da execução, mas, em alguns casos, o legislador antecipa a tutela penal, onde se pune a fase preparatória.

Nesses casos, não vimos ninguém chamar o legislador de nazista.

Para um melhor entendimento, assevera Jakobs (2003, p. 143)

O direito penal de inimigos também tem que ser separado do direito penal de cidadãos de um modo tão claro que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma no direito penal dos cidadãos.

De acordo com Jakobs (2007, p. 82)

Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude.

Percebe-se que não é uma escolha ao alvedrio, mas com critérios objetivos e coerentes. Não se pode tornar inimigo um furtador mesmo que contumaz. Devemos nos ater às organizações criminosas, mas não só simplesmente pertencer a uma delas, mas dentro de uma escala criminosa, como a reincidência, cometimento de crimes hediondos e participação efetiva na organização. Esse criminoso não pode ser tratado como um criminoso comum, mas também não estamos aqui sugerindo pena de morte, perpétua ou trabalho escravo, mas sim relativizar suas garantias individuais, tanto na fase de investigação como na execução.

Ora, uma progressão de regime mais dura, ausência de contraditório na formação de provas durante a fase investigatória, obviamente passando pelo crivo do judiciário e controle externo do Ministério Público, isolamento em presídios, perdimento de bens, colaboração premiada, depoimento sigiloso, prova secreta são exemplos que já acontecem hoje e podem ser utilizados com mais rigidez.

Não se pode permitir, a título de exemplo, medidas cautelares diversas da prisão para indivíduo que abandona o Estado de Direito, mergulhando em um Estado paralelo com reincidência crônica e, cometimento de crimes hediondos e participação em organização criminosa.

A produção probatória deverá ter o contraditório diferido na fase investigatória, através de provas secretas, onde só terão acesso o delegado, o juiz e o promotor (tendo, portanto, dois filtros), fora do Inquérito. O defensor do investigado, por óbvio, terá acesso ao fim das diligências aos elementos probatórios, como reza a própria súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Falamos aqui de provas não documentadas, ainda sendo produzidas, que se exposta à defesa nesse momento, cai por terra toda a investigação ou pior, deixaríamos de descobrir crimes ainda ocultos e a busca da verdade, nosso principal mister.

O Direito Penal do inimigo de Jakobs não pode ser tomado *ipsi literis* no nosso ordenamento, mas pode ser bem compreendido para a nossa realidade constitucional.

A investigação criminal, realizada pela Polícia Judiciária, como preceitua a Constituição em seu artigo 144, é por natureza inquisitória, ou seja, sem contraditório e ampla defesa. Por mais que a doutrina de garantias pregue, que numa visão moderna caibam essas garantias na fase investigatória, em alguns casos, como os de Organizações Criminosas não pode existir. Veja bem, não

estamos falando de assaltante ou homicida comum, se é que comum seja um termo razoável, mas de integrantes de Organizações Criminosas reincidentes e habituais.

Vejamos a definição legal da Lei 12.850 de 2014:

§ 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.

A investigação da Polícia Judiciária, seja a Polícia Civil ou Federal, deve ter mecanismos modernos para robustecer os elementos informativos que poderão colaborar numa futura condenação.

O Delegado de Polícia, que é o legítimo presidente do Inquérito Policial, de formação policial-jurídica, é o Estado- Investigação, sempre em busca da verdade.

Em uma investigação complexa como é nos casos de investigação de Organizações Criminosas deve-se ter um aparato legal que o impulse no desmantelamento dessas facções. Não pode haver contraditório e ampla defesa nesses casos, e não estamos falando de uma polícia sem limites, mas como dissemos alhures, há controle judicial e ministerial, mesmo que a posteriori.

O delegado já aplica medida cautelar, como por exemplo, a fiança; por que não reter um passaporte nos casos de urgência sem autorização judicial? A lei 12.850, de uma forma acertada e moderna, permite ao Delegado a requisição de dados cadastrais sem prévia autorização judicial. Isso permite celeridade à investigação. Desjudicializar a investigação, relativizar os direitos individuais e fornecer aparato para combater o criminoso organizado é otimizar e acelerar a busca da verdade.

2. **METODOLOGIA**

O método utilizado foi pesquisa bibliográfica descritiva, desenvolvida a partir de livros, artigos e teses, analisando a carta magna, seus princípios relacionados às leis de combate ao crime organizado. Serão utilizados obras jurídicas e artigos sobre o tema, possibilitando análise técnico-jurídica sobre os pontos de vista contrapostos.

3. **RESULTADOS E DISCUSSÕES**

O resultado foi atingido por meio das pesquisas bibliográficas descritivas de obras de científicas e jurídicas relacionadas à dignidade da pessoa humana, direito penal do inimigo na investigação criminal e esclarecimentos e soluções de aparentes conflitos entre esses direitos.

Em que pese termos passado historicamente por um período de restrição de direitos individuais, procuramos mostrar que nenhum direito é absoluto. A doutrina de garantias não pode tratar igual o criminoso comum ao integrante de organização criminosa.

O combate às organizações criminosas merece uma legislação rígida e eficaz para o desmantelamento dessas facções. Diminuir ou mesmo restringir alguns direitos e garantias ao inimigo, àquele que reiteradamente comete crimes hediondos, reincide e participa efetivamente de tal organização merece tratamento rígido, quer seja na fase investigatória, quer seja na execução da pena.

Membro de organização criminosa não pode e não deve ter direito a sigilo de dados telefônicos e aplicativos de mensagens durante a investigação. Imprescindir de autorização judicial para acessar dados somente burocratiza e freia a investigação criminal.

É inadmissível que o policial não possa acessar dados telefônicos após prender um criminoso em flagrante delito. Veja a hipotética situação: ocorre um sequestro de uma criança de 06 anos. Durante a investigação, um dos sequestradores é preso em flagrante, vez que se trata de crime permanente, onde a situação de flagrância se protela no tempo, mas não se sabe ainda o local do

cativeiro, e o Delegado responsável pela investigação, com o risco de que a prova seja considerada nula, apreende o aparelho celular do sequestrador mas não pode manuseá-lo até haver autorização judicial e, nesse ínterim, a criança corre risco de morte. Será que o princípio da intimidade é mais importante que o direito à vida e à liberdade? É óbvio que não. Se o aparelho telefônico é instrumento do crime e pode conter elementos informativos deve ser devassado sem autorização judicial.

Não buscamos aqui fórmula mágica ou acabar com a criminalidade mundial; buscamos aqui separar o joio do trigo. De acordo com Aristóteles, “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”

A pergunta é: quem são os iguais? Quem são os desiguais? Quem é o cidadão? Quem é o inimigo?

Mostramos que não se trata de simples escolha, mas sim de uma escala criminosa. Cometimento de crimes. Reincidência. Cometimento de crime hediondo. Integrar organização criminosa.

Com esses critérios, que ousamos chamar de *escala criminosa insanável*, não há espaço para perseguições políticas, ou estados autoritários, pois está basilado na constituição e até chegar a tal ponto, todas as garantias são plenas, e, mesmo assim, o criminoso decide por não se adequar ao Estado de Direito, deverá sim ter suas garantias restringidas, tais como número de recursos, cumprimento integral de regime, isolamento.

Em relação à investigação criminal feita pelo Delegado de Polícia, inquisitória por natureza, deverá ter uma visão na proporcionalidade, com diligências em andamento não documentadas fora do alcance da defesa, mas não se trata de medida autoritária, e sim proporcional. Passará por 2 filtros (Poder Judiciário e Ministério Público) e óbvio que após o fim das diligências o defensor terá acesso.

Dar ferramentas em forma de atribuições ao Delegado de Polícia é otimizar a investigação e aperfeiçoar o combate às organizações criminosas, que precisam ser combatidas de forma célere e eficiente.

Aumentar o rol de aplicação de medidas cautelares pelo próprio Delegado de Polícia é a forma mais adequada, proporcional e adequada para as investigações envolvendo organizações criminosas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aqui buscamos a verdade, e a ciência do investigado a toda colheita de provas obviamente atravancará a busca da verdade e que venha à tona mais crimes ainda não conhecidos. Qualquer eventual abuso ou prova ilícita serão refutados judicialmente, mesmo que de forma diferida.

Visamos aqui fortalecer a investigação, de maneira constitucional, sem radicalismo, em uma visão equilibrada sem extremar para nenhum lado.

Fortalecer a investigação criminal é buscar a verdade, através do profissional com atribuição para tal, o Delegado de Polícia. Por isso a importância de se dar garantias e atribuições para a autoridade policial. Inamovibilidade, aplicação de medidas cautelares, como já é feita com a fiança, dá celeridade e dinamismo à investigação e por consequência lógica é melhor para o investigado, que passará por um procedimento célere e poderá exercer sua defesa e contraditório no Poder Judiciário. O Delegado de Polícia é a autoridade que encurta o elo entre a investigação e a ação penal. Tem capacidade postulatória e jurídica e assim sendo, numa visão constitucional, conduzirá a investigação respaldado na legalidade. Para se combater as organizações criminosas já enraizadas em nosso país, precisamos de aparatos para tal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETTO, Rafael. Direitos Humanos. 2 edição: revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podvim. 2012.

CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas e PALELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2 edição. Salvador: Jus Podvim. 2013;

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4.ed. Niterói: Impetus. 2009;

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari. Colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. Título original: *Fundamentos del derecho penal*.

MARTÍN, Luis Gracia. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. Título original: *El horizonte del finalismo y el ´derecho penal del inimigo´*.