

TENDÊNCIAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO AFASTAMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE PROCEDIMENTOS ESPECÍFICOS

TRENDS IN ENEMY CRIMINAL LAW IN BRAZILIAN JURISPRUDENCE: AN ANALYSIS OF THE JUDGE'S REMOVAL OF GUARANTEES BY THE FEDERAL SUPREME COURT OF SPECIFIC PROCEDURES

Camila Saldanha Martins Gachineiro¹

Resumo

O presente artigo aborda a problemática acerca do julgamento da constitucionalidade do juiz das garantias e do afastamento de sua incidência a determinadas espécies penais, quais sejam: os procedimentos de competência do Tribunal do Júri, os procedimentos originários de Segundo grau de jurisdição e os crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso se fez importante na medida em que os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal são

¹ Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD). Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Econômico Europeu (IDPEE) em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Graduada e Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo (UP). Pós-Graduada e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Brasileira de Direito Aplicado em parceria com o Centro Universitário OPET. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada. Professora universitária. E-mail: saldanha.c@edu.pucrs.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9702316876309401>. ORCID: 0009-0001-2059-2491.

retóricos e rasos, não configurando uma *ratio* coerente. Por isso, tal afastamento arbitrário deve ser analisado à luz da teoria do direito penal do inimigo, proposta por Gunther Jakobs, a fim de observarmos se a atitude da Corte Suprema coaduna com os critérios lá dispostos e se estamos diante de uma criação de inimigos pelo poder judiciário brasileiro nesse caso específico.

Palavras-chave

Direito penal do inimigo. Juiz de garantias. Procedimentos colegiados. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This article addresses the issue of the constitutionality of the judge of guarantees and the exclusion of its application to certain criminal types, namely: proceedings under the jurisdiction of the Jury Court, proceedings originating in the Second Instance of Jurisdiction and crimes involving domestic and family violence against women. This was important to the extent that the arguments used by the Supreme Court are rhetorical and shallow, not constituting a coherent ratio. Therefore, such arbitrary exclusion must be analyzed in light of the theory of criminal law of the enemy, proposed by Gunther Jakobs, in order to observe whether the attitude of the Supreme Court is consistent with the criteria set forth therein and whether we are facing the creation of enemies by the Brazilian judiciary in this specific case.

Keywords

Criminal law of the enemy. Guarantee judge: Collegial procedures. Domestic and family violence against women. Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

O direito penal contemporâneo é marcado pela crescente importância dada ao que denomina sociedade de risco. Esta foi capaz de influenciar tanto a dinâmica penal que modificou procedimentos, formas de imputação e tipos penais típicos da teoria clássica do delito.

Dentre essas alterações, destaca-se o surgimento do que se denominou “Direito Penal do Inimigo”. Trata-se de uma teoria proposta por Gunther Jakobs, doutrinador alemão, que pretendia

explicar a necessidade de afastamento da norma garantista para determinadas pessoas em um ordenamento jurídico, aqui denominados inimigos. Segundo o preceito, existem determinadas pessoas que correspondem a um risco na sociedade e, portanto, não merecem a incidência de direitos e garantias fundamentais sobre si, pois devem apenas ser contidas. Distingue-se do que o próprio doutrinador denominou de Direito Penal do cidadão, espécie de imputação penal normal, destinada aos infratores ocasionais da norma, os quais não correspondem a um perigo para o sistema jurídico.

Como visto, é uma teoria bastante polêmica, pois pretende diferenciar pessoas em um mesmo ordenamento jurídico, colocando em xeque o princípio da igualdade. Além disso, pretende afastar determinados direitos e garantias fundamentais destes supostos inimigos, a fim de proteger o Estado, e não o sujeito, como pressuposto pela clássica penal.

Não obstante, alguns critérios desta teoria têm sido utilizados, ainda que de forma deturpada, em nosso ordenamento jurídico, em determinadas decisões judiciais, onde se justifica o afastamento de direitos constitucionalmente assegurados sob o argumento de proteção da norma e da sociedade como um todo. É o caso, por exemplo, dos julgamentos envolvendo o caso mensalão, o caso lava jato e, mais recentemente, os crimes ocorridos no 08 de janeiro.

Todavia, este artigo pretende analisar especificamente um julgamento: o reconhecimento da constitucionalidade do juiz das garantias. Isso porque, nessa ocasião, embora tenha sido reconhecida a constitucionalidade do instituto e determinada sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, foi afastada sua incidência de determinadas espécies penais, a saber: os crimes julgados pelo Tribunal do Júri, aqueles de competência originária dos Tribunais e, por fim, os

crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido, o objeto deste artigo versa justamente sobre esse afastamento específico, na medida em que é necessário questionarmos se essa atitude do Supremo Tribunal Federal não coaduna com os critérios da teoria do Direito Penal do Inimigo ao afastar uma determinada garantia de determinados autores penais. Para isso, serão utilizados métodos bibliográficos e jurisprudenciais, consistentes na análise da doutrina sobre o tema, bem como no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Será abordado, inicialmente, quais os pressupostos básicos da teoria em questão, bem como o funcionamento, a problemática e o resultado do julgamento envolvendo o instituto do juiz de garantias. Finalmente, com tais questões pontuadas, o quarto capítulo deste artigo abordará a temática principal, pretendendo dar uma resposta a tal questão.

2. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO: O AFASTAMENTO DE GARANTIAS PROCESSUAIS DE DETERMINADOS AUTORES

A discussão ao redor da temática do Direito Penal do inimigo ainda é bastante recente e levanta inúmeras dúvidas e críticas no nosso sistema. Isso porque o desenvolvimento da sociedade contemporânea fez surgir uma comunidade pautada na ideia de perigo causado a partir das condutas humanas. Trata-se de uma sociedade da insegurança, a qual clama pelo surgimento de um Direito Penal apto a proteger novos bens jurídicos, fundado no risco, na expansão do poder punitivo através da antecipação de barreiras de punição, aceleração do curso de procedimentos instrutórios, desproporções das consequências jurídicas, debilitação das garantias processuais e também na

identificação dos destinatários por meio do Direito Penal do autor em nome da operatividade da intervenção estatal (MORAES, 2011, p. 210).

É nesse contexto social que surge a teoria do Direito Penal do inimigo, pensada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs. Quando inicialmente desenvolvida, pretendia a criminalização de atos preparatórios e outras condutas fundamentadas apenas no risco, sendo compreendida como uma espécie de direito de emergência. Porém, a partir do 11 de setembro, a teoria passou por uma reformulação, na medida em que o modelo tradicional não era mais capaz de oferecer respostas às espécies de criminalidade emergentes. Com isso, a ideia sustentada passa a ser de que medidas extraordinárias precisam ser tomadas para combater indivíduos que descumprem as normas vigentes no sistema, aqui denominados inimigos (MUNOZ-CONDE, 2012, p. 45).

Jakobs criou uma diferenciação entre o que ele chamou de “Direito Penal do cidadão” e “Direito Penal do inimigo”. A primeira modalidade corresponde ao modelo ideal, pautado no Direito Penal democrático e de raízes iluministas, em que o autor de determinado crime é tido como pessoa racional que, de um modo geral, observa seus deveres para com o coletivo, sendo seu delito um deslize pontual. Este sujeito é capaz de figurar como receptor da norma e, por isso, o Direito Penal a ele imposto é responsável pela aplicação de uma punição versada para a otimização das esferas de liberdade, com o respaldo de seus direitos e garantias fundamentais (MUNOZ-CONDE, 2012, p. 45).

Lado outro está o que Jakobs vai denominar Direito Penal do inimigo. Segundo essa compreensão, há um Direito Penal excepcional, voltado especialmente para indivíduos identificados pelo sistema como inimigos, posto que vistos como foco de perigo a serem neutralizados pela coação estatal. Muda-se o paradigma penal, no

sentido de que seu propósito passa a ser o combate às delinquências que violam expectativas e causam inseguranças à identidade normativa da sociedade e, com isso, a sanção deixa de ser um foco retrospectivo, relevando uma visão prospectiva, ou seja, de prevenção de atos futuros (POLAINO-ORTS, 2014, p. 15).

O Direito Penal do inimigo se caracteriza pelo fato de que o sujeito não se presta a uma garantia cognitiva de cumprimento da norma e, por isso, é tratado como foco de perigo. O inimigo representa um déficit de garantia cognitivo-normativa do Direito. Enquanto o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo pressupõe que o Estado pode afastar-se das garantias, a fim de combater os não-cidadãos; os inimigos, na medida em que estes se materializam em riscos (POLAINO-ORTS, 2014, p. 15). Com isso, acaba sendo institucionalizado um tratamento penal desigual entre as pessoas.

É baseado em uma prevenção positiva, estabelecendo a ideia de que o Estado reforça a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída, com o objetivo de integração e estabilização social. Por isso, conceitos de causalidade, poder, capacidade e culpabilidade perdem seu conteúdo jurídico e transformam-se em etapas de competência; ocorrendo a antecipação da culpabilidade do autor. Além disso, a utilização desses conceitos exprime uma aplicação de um Direito Penal simbólico, pautando-se na premissa de que a promulgação, aprovação de leis e atuação do Poder Judiciário são feitos para satisfazer clamores sociais (JAKOBS, MELIA, 2015, p. 41).

Assim sendo, a perspectiva do Direito Penal do inimigo pressupõe que o sujeito terá o afastamento de seus direitos e garantias fundamentais, principalmente a nível processual. Nesse aspecto, trata-se de uma intervenção excepcional do Estado, de modo que ele próprio deixa de cumprir as normas vigentes, afastando a incidência da norma

garantista para quem descumpre a norma do próprio sistema.

Nesse sentido, podemos perceber uma forte inclinação dessa proposta a uma imputação penal voltada ao Direito Penal do autor. Isso fez com que surgissem diversas críticas sobre essa teoria. Dentre as principais, Manuel Cancio Meliá afirma que não existe qualquer estabilização da norma; o que há, em verdade, é uma demonização e exclusão de determinados grupos de infratores, ao bel prazer da política criminal momentânea (JAKOBS, MELIA, 2015, p. 101).

Na mesma toada, Eugênio Raul Zaffaroni também faz duras críticas ao Direito Penal do Inimigo. Segundo o autor argentino, essa teoria faz com que ocorra uma rápida sucessão de inimigos e, ao invés de promover uma sensação de segurança na sociedade, a angústia acaba sendo elevada, tendo em vista que se suscita a necessidade da criação de novos inimigos para acalmá-la, pois quando não consegue um bode expiatório adequado, nem tampouco se logra reduzir a anomia produzida pela globalização, que altera as regras do jogo, a angústia se potencializa de forma circular (ZAFFARONI, 2014, p. 57).

Com isso, os merecedores da norma garantista podem ser facilmente confundidos com os inimigos, eis que não há esclarecimentos suficientes sobre como identificar esses não-cidadãos. Direitos e garantias seriam reduzidos para todos e todos estariam ameaçados e colocados em risco de serem processados como supostos inimigos e terem suas garantias violadas (ZAFFARONI, 2014, p. 54). Por conseguinte, admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, com o único propósito de identificar os inimigos e combatê-los. Invoca-se uma falsa ideia de eficientismo penal, próprio de Estados autoritários e em detrimento de um Estado de Direito legítimo e democrático (ZAFFARONI, 2014, p. 54).

Trata-se, portanto, de um Direito Penal excepcional, no qual são afastados Direitos e garantias fundamentais, tanto a nível material quanto processual, com o pretense fim de combater delitos. Na verdade, estamos diante não de uma teoria, mas sim de uma ameaça real a ordem democrática, eis que voltado para um Direito Penal politicamente errôneo e inconstitucional (JAKOBS, MELIA, 2015, p. 41).

Com essa crescente visibilidade dessa teoria, desponta a necessidade de analisar se, no âmbito das decisões dos Tribunais Superiores, têm-se adotado critérios de Direito Penal do inimigo, fazendo com que autores sejam selecionados e afastados da incidência da norma garantidora, apenas pelo delito que cometeram. É o que se pretende analisar a seguir, especificamente no que diz respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ao reconhecer a constitucionalidade do juiz das garantias, mas afastar sua incidência de determinadas espécies de procedimentos.

3. JUIZ DAS GARANTIAS: FUNCIONAMENTO, DISCUSSÃO QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE E PONTOS PROBLEMÁTICOS

É consabido que a implementação formal no ordenamento jurídico brasileiro do juiz das garantias se deu apenas com a edição da Lei Federal nº. 13.964/2019. Todavia, esse instituto remonta ao período pós-guerra, em que era necessária a observância de uma maior garantia aos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente no âmbito do processo penal. Atualmente, além do Brasil, já está consolidado em diversos países, como Portugal, França, Itália, Chile, Colômbia e Estados Unidos (DE LIMA, 2020, p. 248).

Resumidamente, o instituto do juiz das garantias surge como uma resposta a um sistema baseado no juiz instrutor (LOPES JUNIOR, 2020, p. 138), uma figura notadamente inquisitória e descabida em um Estado democrático de Direito. Nesse sentido, é consabido que a *ratio* central está ligada à garantia de imparcialidade do julgador no âmbito processual penal, na medida em que a divisão entre a atuação jurisdicional na fase investigativa e a atuação na instrução criminal, por dois juízes diferentes, confere maior segurança acerca de eventuais contaminações por pré-julgamentos na fase de investigação. Além disso, o juiz das garantias também se constitui figura primordial ao controle da legalidade da investigação e à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do acusado (LIMA, 2022, p. 324).

O que ocorre com a implementação do juiz das garantias é um fracionamento das responsabilidades dos juízes atuantes em uma instrução penal, cada com sua função bem delimitada. Não é um juiz investigador e não se confunde com a figura do juiz instrutor, pois não está autorizado a agir de ofício e não conduz a investigação ou analisa a conveniência das linhas investigativas e atuações dos órgãos persecutórios (COMAR, 2022, p. 335).

Nessa perspectiva, a atuação do juiz estará limitada à provocação dos interessados, em questões que interfiram na esfera de direitos do investigado; ou seja, ele será alheio aos interesses das partes do processo, não podendo exercer qualquer orientação da investigação preliminar, nem tampouco presenciar a produção de eventuais elementos informativos, salvo quando se revelar estritamente necessário (DE LIMA, 2020, p. 120). Corrobora, portanto, o papel garantista na fase preliminar do processo, dando efetividade à imparcialidade dos julgamentos e ao sistema acusatório, conforme disposição do artigo 3º-A do Código de Processo Penal.

Oficialmente, foi concretizado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº. 13.964/2019, conhecida vulgarmente como “pacote anticrime”. Não obstante, sua vigência permaneceu suspensa *ad cautelam* desde março de 2020 até agosto de 2023, posto que, logo quando da sua entrada em vigor, foram propostas quatro ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, discutindo sua suposta incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

As ações que questionavam a constitucionalidade do juiz das garantias abordavam alguns pontos fulcrais, como o suposto vício de iniciativa da lei e ofensa ao pacto federativo, pois pretendia alterar a organização e divisão do Poder Judiciário, o que seria reservado privativamente aos próprios membros do judiciário. Além disso, estaria o instituto também eivado de inconstitucionalidade por supostamente violar a regra da autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais pretendidas (MARTINS, 2024, p. 146).

Ademais, questionava-se também a constitucionalidade formal do instituto por dispor sobre matéria procedimental de direito processual, o que seria de competência concorrente entre Estados e União, conforme disposto no artigo 24, XI e §1º da Constituição Federal e, ainda, por suposta ofensa à competência privativa dos tribunais de auto-organização especificamente para a criação de novas varas judiciárias e criação e extinção de cargos. Outros argumentos pouco verossímeis também foram apresentados, como a suposta ofensa ao princípio do juiz natural, por ter, em tese, criado uma instância interna dentro do primeiro grau; ofensa ao princípio da isonomia e da razoável duração do processo e da segurança jurídica, eis que a persecução penal seria “dificultada” e que preveria assimetria entre os

graus jurisdicionais (MARTINS, 2024, p. 146).

Distribuídas de forma aleatória à relatoria do Ministro Luiz Fux, este suspendeu cautelarmente a vigência do instrumento, de forma monocrática, até que fosse discutido definitivamente o mérito das ações propostas. Segundo sua decisão proclamada à época:

[...] implementação da sistemática do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária no país. É questão complexa que exige a reunião de melhores subsídios que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, entre eles o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal (BRASIL, 2023, ADI 6298).

Diversas críticas foram feitas a esta atuação, no sentido de que enquanto a legislação em questão trouxe o movimento reformista mais importante para livrar o processo penal do seu ranço autoritário e inquisitório, a fim de reduzir o imenso atraso civilizatório, a decisão liminar suspendeu não apenas artigos, mas sim a evolução e a democratização do processo penal (LOPES JUNIOR, 2020, P. 25). Isso porque, durante quase quatro anos as ações não foram pautadas para julgamento no Supremo Tribunal Federal, restando o juiz das garantias como letra morta no Código de Processo Penal e utopia no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, definitivamente julgadas as ações diretas de

inconstitucionalidade em agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal, em seu plenário de julgamento, decidiu pela constitucionalidade do instituto, reconhecendo sua compatibilidade com nosso ordenamento jurídico, entendendo que se trata de matéria de direito processual penal, de competência privativa da União, conforme dispõe a Constituição Federal, sendo legítima a opção do legislador. Nesse sentido, compreendeu o Supremo Tribunal Federal que a instituição do juiz das garantias veio a tornar mais robusto o modelo acusatório do processo penal constitucional, reforçando a imparcialidade e minimizando fatores de contaminação subjetiva. Além disso, não se trata necessariamente da criação de novos cargos, não gerando nova demanda, mas sim uma redistribuição de trabalho, uma divisão funcional de competências já existentes (MARTINS, 2024, p. 147).

A Corte Constitucional ainda fez algumas ressalvas a sua aplicabilidade. Conforme julgamento proferido, o juiz ainda poderá atuar pontualmente e nos limites estabelecidos, podendo determinar a realização de diligências suplementares, com o fim de dirimir dúvidas sobre questões relevantes para o julgamento do mérito. Afastou-se, portanto, a ideia da proibição completa de atuação probatória do juiz, vedando apenas seu protagonismo nas fases de inquérito e de instrução criminal e fazendo cessar a competência do juiz das garantias com o oferecimento da denúncia.

Não obstante, o ponto fulcral deste trabalho diz respeito à certas ressalvas à aplicabilidade do instituto. Mesmo reconhecendo sua constitucionalidade e sendo determinada sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal excluiu a aplicabilidade do juiz de garantias aos procedimentos originários dos Tribunais (regidos pela Lei 8.038/1990), processos de competência do Tribunal do Júri, casos violência doméstica contra a mulher e infrações penais de menor potencial ofensivo.

A justificativa reside na suposta presunção de imparcialidade dada aos procedimentos que necessitam originariamente de órgãos colegiados para julgamento. Na opinião dos Ministros, a nova Lei dispensou a cisão de competências entre as fases investigativa e processual, restando as duas fases a cargo de um órgão colegiado. Assim, a colegialidade seria suficiente salvaguarda à imparcialidade do juiz, razão pela qual pode ser dispensado o juiz das garantias para processos de competência originária do segundo grau e, pela mesma razão, aos de competência do Tribunal do Júri. Neste último, como o juízo condenatório é realizado pelo Conselho de Sentença e não pelo magistrado que participou da instrução, sua atuação, ainda que na presidência da Sessão de Julgamento, não contaminaria a motivação do órgão julgador; no caso, o júri.

Conforme exposto no voto:

Conforme demonstrado aqui, o tratamento assimétrico tem um fundamento claro: a colegialidade funciona como suficiente salvaguarda à imparcialidade. É esse o fator de *discrímen* que justifica a diferença de tratamento, evidenciando a compatibilidade das normas em análise com o princípio da igualdade. Do mesmo modo, deve ser afastada a aplicação do juiz de garantias dos **processos de competência do tribunal do júri**, visto que, nesses casos, o **veredicto** fica a cargo de um órgão coletivo, o conselho de sentença. Portanto, opera-se uma lógica semelhante à dos tribunais: o julgamento coletivo, por si só, é

fator de reforço da imparcialidade (BRASIL, 2023).

A seu turno, quanto aos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a Corte entendeu que necessitam de um procedimento específico, mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo das vítimas. Assim, o julgamento pelo mesmo magistrado seria necessário, razão pela qual o legislador teria criado varas específicas e medidas cautelares pontuais de proteção à mulher.

Observe-se a lavra do acórdão:

Revela-se necessário, também, ressaltar os processos criminais relativos aos casos de **violência doméstica e familiar**. De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que se inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão. Portanto, pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica” (BRASIL, 2023).

Posto isso, conclui-se que em todas as 1.216 páginas do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, estes foram os únicos fundamentos utilizados para justificar o afastamento da competência do juiz das garantias destes casos específicos. Nesse sentido, precisamos reconhecer que se trata de justificativas retóricas, que não coadunam com o princípio das fundamentações e coerência das decisões judiciais, configurando, em verdade, apenas uma forma de excluir, de forma específica, a incidência de uma garantia constitucional sem qualquer fundamentação adequada.

É justamente sobre as consequências dessa postura da Corte Constitucional brasileira que se debruçará o próximo ponto deste artigo.

4. PODEMOS AFIRMAR QUE O AFASTAMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS DE PROCESSOS DETERMINADOS CONFIGURA UMA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO?

Como se viu no capítulo anterior deste trabalho, as fundamentações utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para excluir a incidência de uma garantia constitucional a determinados casos e processos não se enquadra dentro dos parâmetros de controle de constitucionalidade e discricionariedade judicial adequados, função essa típica da Corte Constitucional. Não se vê, ao longo das mais de mil páginas do acórdão, argumentos que coadunem com os princípios constitucionais penais e com o Estado democrático de Direito.

Em primeiro lugar, quanto aos julgamentos por órgãos colegiados (leia-se procedimentos originários dos Tribunais e julgamentos de crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri), sustentou-se que a presunção de que a colegialidade garante a imparcialidade do juiz, de modo que não seria necessária a cisão das

fases processuais e a presença de outro magistrado para o acompanhamento da investigação, desvinculado da decisão final.

Todavia, é consabido que quando falamos em Direito Penal e especialmente no procedimento Processual Penal, ou seja; da investigação policial à sentença; não há que se falar em qualquer presunção de regularidade em relação ao procedimento do Estado. Trata-se da intervenção estatal mais gravosa na esfera de liberdade do indivíduo, pela qual não é possível tomar conclusões e interpretações presumidas, especialmente se elas forem maléficas ao acusado, como *in casu*. Nessa toada, tudo que se refere à disciplina Penal tem de ser escrito, estrito, certo e prévio; é a aplicação do princípio da legalidade estrita, em privilégio aos dez axiomas do garantismo penal, consolidados pela Constituição Federal de 1988. Além disso, todo procedimento processual penal deve estar devidamente descrito, uma vez que a previsão legal de sua forma se manifesta em garantia e previsibilidade ao acusado.

Trata-se de uma garantia incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, em privilégio ao sistema acusatório, de modo que não pode ser suprimida de determinados casos. Além disso, a imparcialidade do julgador não pode ser presumida. Quando estamos diante de julgadores seres humanos, que são influenciados por preconceitos, crenças e vieses, não há como se presumir a retidão no julgamento, seja ele individual ou colegiado.

Se tomarmos esse ponto pelo escopo da teoria da dissonância cognitiva, quando o magistrado responsável pela instrução processual mantém contato com o investigado e com os indícios produzidos no bojo do inquérito policial, a imagem prévia do acusado é formada. Mesmo que a ela se contraponha outra ideia construída posteriormente, seu sopesamento fica aparentemente ilógico, tendendo o ser humano a dar fim às ideias conflitantes, voltando à

normalidade, ou seja, há uma tendência a considerar-se a primeira construção formada na mente do julgador (FESTINGER, 1975, p. 12). Dito de outra forma, o indivíduo faz uma seleção das ideias que mais se aproximam da sua primeira visão formada, a fim de reafirmar seu pré-conceito.

A regra da prevenção até então vigente impedia uma originalidade da cognição ao julgador, causando verdadeiros inconvenientes à imparcialidade. Propiciava riscos de prejulgamentos e contaminações cognitivas do magistrado, que ocorrem no plano involuntário, no seu inconsciente, ao ter contato com os elementos informativos e unilaterais colhidos no inquérito. A impressão causada com a apreensão do conteúdo do caderno investigatório é levada à fase processual, sendo dificilmente afastada do *iter* processual (COMAR, 2022, p. 336).

Sendo assim, não há salvaguarda da imparcialidade pela colegialidade. Pelo contrário; a teoria da dissonância cognitiva nos mostra exatamente o oposto. O contato prévio do julgador com as provas colhidas afeta sua percepção imparcial do caso, esteja ele julgando individual ou coletivamente. Não há lisura presumida em julgamentos colegiados, portanto.

Quando posta a teoria da dissonância cognitiva nesse contexto, a conclusão que se obtém diante da decisão do Supremo Tribunal Federal é que o julgamento e a decisão de afastar o juiz de garantia dos processos com julgamentos colegiados é problemático nos dois casos: no primeiro caso, porque quando falamos sobre os procedimentos originários dos Tribunais, estará o réu sendo julgado pelo mesmo juízo que o investigou, a única diferença é que será feito de forma colegiada.

E isso é justamente o que pretende a inclusão do juiz de garantias evitar. A imparcialidade do juiz, nesse caso, implicará

diretamente na aplicação do direito à luz da busca pela verdade dos fatos e a consequente substituição de autonomia das partes em detrimento de seus direitos individuais, tendo em vista a norma penal coercitiva tipificada como crime no ordenamento pátrio, sendo dever do juiz, como representante do Estado (NUNES, 2021, p. 140), limitar ao exercício do *jus puniendi*, tornando-o paritário e imparcial.

Sob outro aspecto, quando falamos dos procedimentos do Júri, ainda que o juiz presidente da sessão não confira um veredicto acerca da materialidade e autoria delitivas, sua postura durante o trâmite da investigação e da instrução processual em primeira fase poderá influenciar o julgamento em plenário. Afinal, é ele quem determinará quais provas poderão ser produzidas, assim como também será ele quem decidirá sobre a pronúncia e sobre eventuais nulidades ocorridas em todas as fases (investigação, instrução e plenário).

Outrossim, sua postura e seu juízo valorativo enquanto presidente da sessão, bem como de suas decisões ao longo do *iter* processual poderão influenciar a posição do Conselho de Sentença, haja vista sua posição de autoridade, em um julgamento feito por leigos; eis que, também por tratarmos de seres humanos, as escolhas de pessoas com menos conhecimento de um determinado tema são naturalmente influenciadas e justificadas com base no recurso argumentativo do comportamento e opiniões de autoridades; é o viés cognitivo do apelo à autoridade.

Por si só, isso já seria suficiente para que um juiz de garantias fosse implementado. Posto dessa forma, não há como defender a postura do Supremo Tribunal Federal. O que ocorre, em verdade, é uma exclusão arbitrária de uma garantia constitucional a um determinado grupo de pessoas que comete determinados tipos de crimes ou que está sujeito a determinado procedimento específico, como observado em relação aos julgamentos colegiados e ao Tribunal

do Júri. E isso coaduna perfeitamente com a problemática trazida na crítica de Câncio Meliá, na medida em que a fundamentação é rasa e retórica. O que ocorreu *in casu*, em verdade, foi justamente uma seleção e demonização de determinados grupos de infratores, ao bel prazer da política criminal momentânea; ou seja, uma aplicação perfeita da teoria do Direito Penal do Inimigo, presumindo-se que a eles não é necessário proteger a garantia da imparcialidade do julgador.

A Corte Constitucional decidiu excluir uma garantia constitucional de determinado grupo de criminosos, sem justificativa plausível para tanto, configurando sua posição uma verdadeira seleção de autores; uma tendência à criação de inimigos em nosso ordenamento jurídico, tão somente pelo crime que cometeram. Não foram privilegiados critérios de isonomia entre os infratores, o que também é um direito constitucionalmente assegurado.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal não afastou a incidência do juiz das garantias apenas dos procedimentos colegiados, mas também dos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Neste caso, o argumento sustentado é ainda pior: segundo a Corte, trata-se de um fenômeno dinâmico, que impõe a necessidade de o mesmo juiz conhecer todo o *iter* investigativo e processual (BRASIL, 2023).

Justificar a supressão de uma garantia constitucional do acusado à proteção da vítima e à proteção do processo em si é subverter a lógica do Direito Processual Penal, que existe para limitar o poder punitivo do Estado, jamais para dar uma resposta à vítima sobre o crime cometido. A partir do momento em que o Estado abole a vingança privada e assume o *jus puniendi*, o processo penal funciona como garantia constitucional, no qual o Estado detém o monopólio da administração da justiça, da aplicação do direito e da prestação jurisdicional. O processo, aplicado formalmente como previsto em lei,

é o caminho juridicamente indispensável para a imposição de uma sanção penal.

Nesse aspecto, há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade e jamais se defendeu isso. Como caminho necessário para chegar-se legitimamente à pena, só se admite sua existência quando ao longo desse trajeto forme rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas; ou seja, as regras do devido processo legal (LOPES JUNIOR, 2010, p. 122). Assim, não cabe ao poder judiciário excluir uma garantia dada pelo legislador como privilégio do sistema acusatório, nem subverter o devido processo legal, posto se tratam de direitos humanos assegurados constitucionalmente e internacionalmente.

Tampouco poderá excluir tal garantia sob o argumento de proteção da dinamicidade de determinado procedimento. Com isso, o Direito Penal e as Ciências Criminais, como um todo, são desvirtuados a partir de um normativismo exacerbado e do tolhimento ou a relativização de direitos e garantias fundamentais, uma vez que a verdadeira função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos considerados mais importantes pela sociedade. Não há como negar, portanto, a perfeita aplicação da teorização de Jakobs na decisão do Supremo Tribunal Federal.

A postura da Corte ainda ofende a Constituição, tendo em vista que ofende critérios de isonomia, pois esta não admite que alguém seja trajado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa (SOUSA, 2016, p. 1). Essa descaracterização do indivíduo como cidadão não está em consonância com o conteúdo mínimo defendido pelo Estado Democrático de Direito e não há respaldo técnico-jurídico para sustentar a argumentação utilizada. O sentimento de segurança jurídica não é capaz de tolerar que uma

pessoa, um ser capaz de autodeterminar-se, seja privado de garantias constitucionais, com finalidade puramente preventiva ou sob argumentos rasos, numa medida imposta tão somente pela sua inclinação pessoal a determinado delito, sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar (ZAFFARONI, 2014, p. 55).

Como dito, não há, na teorização pretendida por Jaboks, uma definição do conceito de inimigo, o que admite uma interpretação extensa e problemática, apta a colocar em risco a sociedade como um todo e a segurança jurídica (GRECO, 2012, p. 1). Isso porque os cidadãos podem ser facilmente confundidos com os inimigos e, nessa toada, direitos e garantias seriam reduzidos para todos e todos estariam ameaçados e colocados em risco de serem processados como supostos inimigos e terem suas garantias violadas (ZAFFARONI, 2014, p. 54).

Admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, com o único propósito de identificar os inimigos e combatê-los. Invoca-se uma falsa ideia de eficientismo penal, próprio de Estados autoritários e em detrimento de um Estado de Direito legítimo e democrático (ZAFFARONI, 2014, p. 54).

Por conseguinte, é imperioso reconhecer que retirar do poder judiciário quaisquer tendência às funções persecutórias está alinhado com os ideais democráticos e acusatórios, de modo que o exercício da atividade probatória do juiz estará limitado à instrução criminal, de forma pontual e sempre supletivamente às partes. Passa, efetivamente, o juiz, a desempenhar o papel ao qual foi investido à sua função: de salvaguarda das garantias constitucionais, zelando pela paridade de armas entre o exercício do *jus puniendi* - na medida em que este configura um poder exercido pelo Estado e, portanto, deve ser limitado -, e a liberdade do investigado, um dos fundamentos do

Estado de Direito.

Conclui-se, portanto, que garantir a subsistência do sistema acusatório é um imperativo do processo penal moderno, frente à atual estrutura social e política do Estado. É ele quem assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser objeto processual para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois é através de sua consecução que se evitam abusos de prepotência estatal, que podem se manifestar na figura do juiz apaixonado pelo resultado do seu labor investigador e, que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos da justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação (LOPES JUNIOR, 2016, p. 145).

Para o sistema acusatório e o devido processo legal, não existem exceções. Não há nenhuma possibilidade juridicamente plausível de se excluir direitos e garantias fundamentais de alguém sob a premissa de proteção do próprio sistema; é o Direito Penal do inimigo em sua essência mais simples. Para garantir a segurança jurídica do sistema, critérios de isonomia devem sempre ser adequados, sob o risco de criarmos pânico e desconfiança social da população, com o enrijecimento do sistema penal e a possibilidade de, a qualquer momento, serem eles os novos “inimigos” do Estado. Afinal, com essa lógica, como garantir que isso não ocorrerá?

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do Direito Penal do inimigo, bastante debatida na contemporaneidade, ainda gera diversas polêmicas e questionamentos. Isso porque se trata de uma tese bastante controversa, tendo em vista seu pressuposto de afastamento de direitos e garantias de pessoas

específicas, pois supostamente não mereceriam a proteção do Direito Penal democrático.

Nessa medida se justificou a temática proposta por esse artigo. Ao abordar os pontos fulcrais da teorização proposta por Jakobs, pretendeu-se demonstrar justamente a problemática enfrentada acerca do tema, especialmente quando aplicada em casos concretos e reais, aqui especificamente o julgamento do juiz das garantias.

Pretendeu-se analisar, durante este trabalho, se o afastamento da incidência do juiz das garantias dos delitos de competência do Tribunal do Júri, dos procedimentos originários de segundo grau e dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher estariam em consonância com os pressupostos garantistas do Direito Penal liberal ou se estariam aproximados daqueles critérios versados na teoria do Direito Penal do Inimigo.

Isso porque, o Supremo Tribunal Federal, ao afastar o instituto destas determinadas espécies penais permitiu que uma garantia constitucionalmente assegurada não fosse aplicada a determinados sujeitos, sem critérios verdadeiramente claros e jurídicos para tanto. Sendo assim, o que ocorreu foi uma exclusão arbitrária de uma garantia constitucional a um determinado grupo de pessoas que comete determinados tipos de crimes ou que está sujeito a determinado procedimento específico, ocorrendo justamente uma seleção e demonização de determinados grupos de infratores, ao bel prazer da política criminal momentânea e presumindo-se que a eles não é necessário proteger a garantia da imparcialidade do julgador.

Não cabe ao poder judiciário excluir uma garantia dada pelo legislador como privilégio do sistema acusatório, nem subverter o devido processo legal a partir de um normativismo exacerbado, uma vez que a verdadeira função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos considerados mais importantes pela sociedade. Concluiu-se,

portanto, pela perfeita adequação do julgamento à teoria proposta por Jakobs, o que é uma ofensa ao Estado Democrático de Direito, ao princípio acusatório, à isonomia e a ultima ratio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ações diretas de inconstitucionalidade nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>>. Acesso em: 07 nov. 2024.

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias.** São Paulo: Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado. 2022, p. 335. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28092022-122509/publico/9616837MIO.pdf>>. Acesso em: 07 nov. de 2024.

COSTA, Amanda dos Santos. Análise do direito penal do inimigo frente ao Código Penal e princípios constitucionais. **Revista Intertem@s**, v. 34, n. 34, 2017. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/6782/6465>>. Acesso em: 27 nov. 2024.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal.** Salvador: JusPodvm, 2020.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva.** Tradução por Eduardo de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do inimigo**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 27 nov. 2024.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5 ed. Vol. 1. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2010.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Camila Saldanha. **A constitucionalidade do juiz das garantias como instrumento de efetividade do sistema acusatório**. Revista Húmus, v. 14, n. 41, 1, abr 2024. Disponível em: <<https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/24684>>. Acesso em: 07 nov 2024.

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

MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Danilo Henrique. DIAS NETO, Afonso Gonçalves, Lehfeld,

Lucas Souza. **Do juiz das garantias como instrumento para assegurar a imparcialidade.** Dom Helder Revista de Direito. Vol. 4, nº. 8, p. 127-152, jan/junho de 2021.

POLAINO- ORTS, Miguel. **Licções de direito penal do inimigo.** São Paulo: LiberArs, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.