

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM TEORIA DO DIREITO E DO ESTADO

CLEUDEMIR MALHEIROS BRITO FILHO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: APLICAÇÃO E
(IN)CONSTITUCIONALIDADE**

MARÍLIA
2020

CLEUDEMIR MALHEIROS BRITO FILHO

DIREITO PENAL DO INIMIGO: APLICAÇÃO E (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da “Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Teoria do Direito e do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Roberto da Freiria Estevão.

MARÍLIA
2020

BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros

Direito penal do inimigo: aplicação e (in)constitucionalidade /
Cleudemir Malheiros Brito Filho; orientador: Prof. Dr. Roberto da
Freiria Estevão. Marília, SP, 2020.

(número de páginas)p.

Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do
Estado da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”,
Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –
UNIVEM, 2019.

1. (palavra chave) 2. (palavra chave). 3 (palavra chave)

CDD: (número adquirido na biblioteca)

DEDICATÓRIA

Em primeiro plano, ao Grande Arquiteto do Universo, sempre me direcionando para o caminho da luz.

Aos meus genitores, Cleudemir Malheiros Brito e Luzia Francisca Moreira Brito, sem vocês nada seria possível. Obrigado pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Grande Arquiteto do Universo, por me proporcionar mais uma conquista significativa nos bancos acadêmicos.

Aos meus genitores, Cleudemir Malheiros Brito e Luzia Francisca Moreira Brito, um amor inigualável.

Aos colegas de mestrado, verdadeiros guerreiros na luta contra a ignorância.

Aos eminentes professores do UNIVEM, um corpo docente altamente capacitado e empenhado com o sucesso do acadêmico.

Aos funcionários da secretaria acadêmica do UNIVEM, sem a consultoria de vocês não seria possível superar a burocracia.

Agradeço, por fim, ao estimado professor Doutor Roberto da Freiria Estevão, pela orientação acadêmica e os valorosos conselhos neste projeto.

EPÍGRAFE

Nossos fracassos, às vezes, são mais frutíferos do que os êxitos.

Henry Ford.

BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. **Direito penal do inimigo: aplicação e (in)constitucionalidade**. 2020. (número de páginas)f.. Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2020.

RESUMO

O aumento significativo da criminalidade na atualidade e a ingerência estatal em conter esse avanço da violência acabaram na sociedade contemporânea, desviando o foco do direito penal, afastando seu papel de pacificação social e se centrando pura e simplesmente na proteção da norma. Consequência direta desse fenômeno é a proliferação desenfreada de leis penais sem responsabilidade. Em virtude disso, o modelo clássico, tal qual como pensado, ou pelo menos imaginado durante os últimos séculos, vem sendo substituído por um direito penal simbólico. E foi nesse ambiente que surgiu o instituto do direito penal do inimigo, aquele que, muito provavelmente, nas últimas décadas, foi a teoria que mais causou polêmica na comunidade jurídica, despertando, em sua grande maioria, reações críticas, principalmente, no fundamento de que seria ela incompatível com um Estado de Direito, e também que seria uma prática de disseminação do medo. Diante desses aspectos, revela-se de elevada importância que se compreenda, ou pelo menos, frente à complexidade da questão, que se tente compreender o que de fato é o Direito Penal do Inimigo. Nesse sentido, adotando-se o método dedutivo, o presente trabalho tem, por objetivo, discorrer sobre a recepção e aplicação do instituto do Direito Penal do Inimigo, bem como seu contraste aos direitos fundamentais. A essência do conceito de Direito Penal do Inimigo está, então, em que este constitui uma reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significa, já que de modo paralelo às medidas de segurança supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo especialmente significativas. Com esse instrumento, então, o Estado não fala com seus cidadãos, e sim ameaça seus inimigos.

Palavras-chave: Estado. Recepção. Aplicação. Direito penal do inimigo. Direitos fundamentais.

BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. **Direito penal do inimigo: aplicação e (in)constitucionalidade**. 2020. (número de páginas)f.. Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2020.

ABSTRACT

The significant increase in criminality today and state interference in containing this advance of violence ended up in contemporary society, shifting the focus from criminal law, moving away from its role of social pacification and focusing purely and simply on protecting the rule. A direct consequence of this phenomenon is the unbridled proliferation of criminal laws without responsibility. As a result, the classic model, as conceived, or at least imagined during the last centuries, has been replaced by a symbolic criminal law. And it was in this environment that the enemy's criminal law institute emerged, the one that, most probably, in the last decades, was the theory that caused the most controversy in the legal community, arousing, in its great majority, critical reactions, mainly, on the grounds of that it would be incompatible with the rule of law, and also that it would be a practice of spreading fear. Given these aspects, it is of great importance to understand, or at least, in view of the complexity of the issue, to try to understand what the Enemy's Criminal Law is in fact. In this sense, adopting the deductive method, this paper aims to discuss the reception and application of the Enemy's Criminal Law Institute, as well as its contrast to fundamental rights. The essence of the Enemy's Criminal Law concept, then, is that it constitutes a reaction to combat the legal system against especially dangerous individuals, which means nothing, since in parallel to the security measures it only supposes dispassionate processing, instrumental, from certain particularly significant sources of danger. With this instrument, then, the State does not speak to its citizens, but threatens its enemies.

Keywords: State. Reception. Application. Criminal law of the enemy. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I - ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO PENSAMENTO DE GÜNTHER JAKOBS	11
1.1 O Estado para Thomas Hobbes	12
1.2 A valorização da norma no pensamento de Hans Kelsen.....	14
1.3 Teorias do ordenamento e da norma de Norberto Bobbio.....	19
1.4 Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal	21
CAPÍTULO II - DIREITO PENAL DO INIMIGO EM GÜNTHER JAKOBS	36
2.1 Considerações iniciais	38
2.2 Origem e conceito.....	44
2.3 Função do direito penal do inimigo na sociedade	45
2.4 Pessoa <i>versus</i> inimigo.....	46
2.5 Violação de garantias penais e processuais	47
2.6 Legislação comparada	48
CAPÍTULO III - DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL	51
3.1 Considerações iniciais	58
3.2 (I)Legitimidade do Direito Penal do Inimigo	61
3.3 Leis penais especiais e o Direito Penal do Inimigo	66
3.4 Direito Penal do Inimigo e sua seletividade	73
3.5 Política criminal.....	76
3.6 Direitos fundamentais e suas restrições	79
3.7 Garantismo penal em face do Direito Penal do Inimigo	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	97

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem, por desiderato, analisar a recepção e aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como seu contraste aos direitos fundamentais.

Apregoa-se que o Direito Penal do Inimigo é um conceito introduzido no ano de 1985 pelo jurista alemão Günther Jakobs. Segundo o catedrático, determinadas pessoas, por serem inimigas da sociedade (ou do Estado), não detém todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais cidadãos.

Jakobs propõe a separação entre um Direito Penal do Cidadão, que se revela pela manutenção da vigência da norma, e um Direito Penal para Inimigos, orientado para o combate a perigos, permitindo que qualquer meio disponível seja utilizado para punir esses indivíduos.

Em suma, o Direito Penal do Inimigo significa a suspensão e, dependendo do caso, a não aplicação de certas leis justificada pela necessidade de proteger a sociedade ou o Estado contra determinados perigos.

Günther Jakobs propõe que qualquer pessoa que não respeite as leis e a ordem legal de um Estado – ou que pretenda mesmo destruí-los – deve perder todos os direitos como cidadão, e que o Estado deve permitir que esse indivíduo seja perseguido por todos os meios disponíveis.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a teoria dos direitos fundamentais vem, gradativamente, se consolidando perante a comunidade jurídica internacional em razão da convicção de que a dignidade da pessoa humana é um valor que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder¹. É nessa toada que se deve contrastar a teoria do Direito Penal do Inimigo com os direitos fundamentais abarcados pela Constituição Federal de 1988.

A Lei Magna de 1988 pretendeu sepultar o cadáver autoritário que existia, representando para os brasileiros a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas aguardada².

Vale rememorar o discurso do saudoso Presidente da Assembleia Constituinte. Ulysses Guimarães³:

¹ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 63.

² Op. cit., p. 64.

³ Op. cit., p. 64.

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã.

Esse discurso demonstra com nitidez a importância da Constituição Cidadã, que assumiu uma posição destemida e progressista em favor da redução das desigualdades sociais, dos aflitos, dos direitos fundamentais, da democracia e de todos os valores com elo à dignidade da pessoa humana⁴.

Não obstante, a Exposição de Motivos do Código Penal⁵ brasileiro dá indicativos de que o Direito Penal do Inimigo faz-se presente no ordenamento jurídico.

Uma política criminal com foco na proteção da sociedade terá que ser contundente ao estabelecer pena privativa de liberdade aos casos de extrema necessidade, como meio eficaz de impedir ações criminosas. Esta filosofia importa na busca de sanções rigorosas para delinquentes com um alto grau de periculosidade ou crimes mais graves. Não se trata de somente reprimir o condenado com a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no centro dos sistemas penais de todo o mundo. O que se discute é a sua limitação e necessidade aos casos mais graves.

A metodologia utilizada neste trabalho é a dedutiva, uma vez que a pesquisa partiu de uma formulação geral para buscar as partes do fenômeno estudado, com o intuito de sustentar e ratificar esta formulação.

A técnica de pesquisa utilizada foi à bibliográfica e documental, tendo em vista que foram consultados livros, artigos publicados em periódicos e documentos eletrônicos relacionados ao tema, bem como a legislação vigente que dispõe sobre a matéria em estudo.

Nesta esteira, Lakatos e Marconi⁶:

[...] uma fonte indispensável, pois pode orientar as questões de estudo. Além de que, este tipo de pesquisa oferece meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas ainda não se cristalizaram suficientemente.

O primeiro capítulo trata dos antecedentes históricos do pensamento de Günther Jakobs, à luz das ideias difundidas por Thomas Hobbes, Hans Kelsen e Norberto Bobbio, bem

⁴ Op. cit., p. 64.

⁵ Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11-7-1984). Das penas, item 26, p. 236.

⁶ LAKATOS e MARCONI Apud MACHADO (2008).

como a convergência ao princípio da proibição da proteção deficiente, função e missão do Direito Penal.

O segundo capítulo aborda o Direito Penal do Inimigo em Günther Jakobs, através de uma leitura verticalizada identificando sua função, a distinção entre pessoa e inimigo, violação de garantias penais e processuais, bem como um contraponto à luz da legislação comparada.

O terceiro e último capítulo focaliza no Direito Penal do Inimigo no Brasil. Em que pese existir uma grande massa de juristas renomados criticando a teoria, no presente trabalho sustenta-se que há elementos que levam a acreditar na existência do Direito Penal do Inimigo no Brasil, ainda que implícito, principalmente em leis extravagantes.

Além disso, propostas de aperfeiçoamento também são importantes para avançar e dar continuidade na implementação do Direito Penal do Inimigo, através de Política Criminal.

Diante destas constatações, buscou-se, criteriosamente, apresentar, no presente estudo, a existência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, com ressalvas na violação de direitos e garantias fundamentais.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO PENSAMENTO DE GÜNTHER JAKOBS

Sustentaram-se diferentes posições quanto a qual é a missão que o Direito Penal deve cumprir. A opinião majoritária considera que a missão do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos de possíveis lesões ou perigos. Tais bens jurídicos devem ser aqueles que permitem assegurar as condições de existência da sociedade, a fim de garantir os aspectos principais e indispensáveis da vida em comunidade. A contraposição a esse entendimento vem refletida pela ideia geral de que em maior ou menor medida, a missão do Direito Penal deve ser a de conduzir os destinatários da norma à obediência aos seus comandos⁷.

Claramente, as duas tendências não são mais do que expressões pontuais dos modelos ancestrais de discussão entre a dimensão formal e a dimensão material do delito e dos modelos imanente ou transcendente do bem jurídico, que pouco a pouco evoluíram para orientações das teorias de base que lhes deram sustentáculo. A ideia de que o Direito Penal serve à proteção seletiva de bens jurídicos deriva nitidamente da concepção de crime como vilipêndio de bens concretos, de objetos transcendentais ao próprio direito que estão associados a um conceito material de delito. Por sua vez, o modelo que identifica a missão do Direito Penal como promoção da estabilização normativa outra coisa não representa, nas mais das vezes, que a concepção de delito meramente formal, associada à compreensão do bem jurídico como imanente à própria norma⁸.

É nesta trilha que se procura buscar os antecedentes históricos do pensamento de Günther Jakobs acerca do Direito Penal do Inimigo.

Neste capítulo, examinar-se-á o fundamento de Günther Jakobs no tocante a determinadas teorias filosóficas, a fim de demonstrar-se como sua concepção do Direito Penal do Inimigo amolda-se com as referidas construções conceituais.

O conceito de inimigo está intimamente adstrito aos conceitos de estado de natureza e estado civil. O primeiro seria a vestimenta da guerra, onde não há limites para as ações dos indivíduos e o segundo, a caracterização do estado onde os indivíduos podem conviver em paz. No estado natural, os homens se ameaçam reciprocamente, pondo em risco a segurança uns dos outros. Ao ingressar no estado civil, o indivíduo dá aos demais a garantia de não hostilizá-los. Nessa esteira, um indivíduo incapaz de ficar em paz com a sociedade e assim

⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

⁸ Op. cit., p. 10.

assegurar aos demais um grau mínimo de segurança, torna-se uma ameaça resistente e assim o sendo, permanece em constante estado de natureza e legítima a adoção de medidas hostis⁹.

1.1 O Estado para Thomas Hobbes

Em todo Estado, lei fundamental é aquela que, se eliminada, o Estado é destruído, como um edifício cujos alicerces se arruínam. Por isso lei fundamental é aquela pela qual os súditos são obrigados a manter qualquer poder que seja outorgado ao soberano, quer se trate de um monarca ou de uma assembleia soberana, sem o qual o Estado não poderia subsistir, como é o caso do poder da guerra e da paz, o da judicatura, o da designação dos funcionários, e o de fazer o que considerar necessário para o bem público¹⁰.

As expressões *lex civilis* e *jus civile*, quer dizer, lei e direito civil, são usadas para orientar a mesma coisa, mesmo entre os mais doutos autores, e não deveria ser assim¹¹.

Porque direito é liberdade, nomeadamente a liberdade que a lei civil nos permite, e a lei civil é uma obrigação, que nos priva da liberdade que a lei de natureza nos deu. A natureza deu a cada homem o direito de se proteger com sua própria força, e o de invadir um vizinho suspeito a título preventivo, e a lei civil tira essa liberdade, em todos os casos em que a proteção da lei pode ser imposta de modo seguro. Nessa medida, *lex* e *jus* são tão diferentes como obrigação e liberdade¹².

De maneira idêntica, as leis e as cartas são tomadas pela mesma coisa. Mas as cartas são doações do soberano, e não são leis, mas isenções da lei. Os termos usados na lei são *jubeo*, *injungo*, *mando* e *ordeno*, e os termos usados numa carta são *dedi*, *concessi*, *dei* e *concedi*; e o que é dado e concedido a um homem não lhe é imposto por uma lei. Uma lei pode ser obrigatória para todos os súditos de um Estado, mas uma liberdade ou carta destina-se apenas a uma pessoa, ou apenas a uma parte do povo¹³.

Porque dizer que todo o povo de um Estado tem liberdade em determinado caso é o mesmo que dizer que, para tal caso, não foi feita lei alguma, ou então que, se o foi, está já revogada¹⁴.

⁹ SANTOS DA COSTA, Jessica Moraes dos. Aspectos controvertidos e críticas à aplicação do Direito Penal do Inimigo. Escola Paulista da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

¹⁰ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Segunda parte – Das leis civis. Capítulo XXVI, p. 98.

¹¹ Op. cit., p. 98.

¹² Op. cit., p. 98.

¹³ Op. cit., p. 98.

¹⁴ Op. cit., p. 98.

Uma pena é um dano repreensivo pela autoridade pública, a quem fez ou omitiu o que pela mesma autoridade é considerado violação da lei, a fim de que assim a vontade dos homens fique mais disposta à obediência¹⁵.

Antes de deduzir seja o que for desta definição, há uma pergunta da maior relevância a que é mister responder: a saber, qual é em cada caso a porta por onde entra o direito ou autoridade de punir? Porque pelo que anteriormente ficou dito ninguém é considerado obrigado pelo pacto a abster-se de resistir à violência, não podendo, portanto pretender-se que alguém deu a outrem qualquer direito de pôr violentamente a mão em sua pessoa. Ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de defender-se a si mesmo. Além disso, cada um se obriga a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não na sua própria. Mas prometer ajudar o soberano a causar dano a outrem só poderia equivaler a dar-lhe o direito de punir se aquele que assim promete o tivesse tal direito. Fica assim nítido que o direito de punir que pertence ao Estado (isto é, àquele ou àqueles que o representam) não tem seu fundamento em qualquer concessão ou dádiva dos súditos. Entretanto, antes da instituição do Estado, cada um tinha direito a todas as coisas, e a fazer o que considerasse necessário a sua própria preservação, podendo com esse fim subjugar, ferir ou matar a qualquer um. E é este o fundamento daquele direito de punir que é exercido em todos os Estados. Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente, ao renunciarem ao seu, reforçaram o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles. De modo que ele não lhe foi dado, foi-lhe deixado, e apenas a ele; e tão completo (com exceção dos limites estabelecidos pela lei natural) como na condição de simples natureza, ou de guerra de cada um contra seu próximo¹⁶.

Os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e, portanto não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo repreender qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as penas são estabelecidas

¹⁵ Op. cit., p. 104.

¹⁶ Op. cit., p. 104-105.

pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano¹⁷.

1.2 A valorização da norma no pensamento de Hans Kelsen

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade¹⁸.

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação¹⁹.

Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal²⁰.

A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através desta operação mental: confronto com o Código Penal e com o Código de Processo Penal²¹.

Não obstante, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o carácter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o carácter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano²².

¹⁷ Op. cit., p. 105.

¹⁸ KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. – 8ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF) p. 4.

¹⁹ Op. cit., p. 4.

²⁰ Op. cit., p. 4.

²¹ Op. cit., p. 4.

²² Op. cit., p. 5.

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja²³.

Todavia, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação²⁴.

Os atos que têm por sentido uma norma podem ser realizados de diferentes formas. Através de um gesto: assim, com um determinado movimento de mão, o sinaleiro ordena que pare, com outro, que avance. Uma lei penal pode conter a proposição: o furto será punido com pena de prisão. O sentido desta proposição não é, como o seu teor verbal parece sugerir, a enunciação de um acontecer fático, mas uma norma: uma ordem ou uma atribuição de competência para punir o furto com pena de prisão²⁵.

As normas através das quais uma conduta é determinada como obrigatória (como devendo ser) podem também ser estabelecidas por atos que constituem o fato do costume. Quando os indivíduos que vivem juntamente em sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira por que os membros da comunidade habitualmente se conduzem²⁶.

Finalmente deve notar-se que uma norma pode ser não só o sentido de um ato de vontade, mas também como conteúdo de sentido, o conteúdo de um ato de pensamento. Uma norma pode não só ser querida, como também pode ser simplesmente pensada sem ser querida. Neste caso, ela não é uma norma posta, uma norma positiva. Quer isto dizer que uma norma não tem de ser efetivamente posta, pode estar simplesmente pressuposta no pensamento²⁷.

Se alguém comete um homicídio, deve ser punido. Esta é a visão normativista pura (jurisprudência normativa), ou seja, a conduta prevista na norma.

Absorvendo a posição Kelseniana, convém exemplificar da seguinte forma: Teoria Pura do Direito – Jurisprudência Normativa – Validade da Norma (legitimidade do poder) – Normas Jurídicas Gerais/Abstratas – Mundo do “Dever Ser” (Sollen [o ideal de

²³ Op. cit., p. 6.

²⁴ Op. cit., p. 4.

²⁵ Op. cit., p. 7-8.

²⁶ Op. cit., p. 10.

²⁷ Op. cit., p. 10.

comportamento em sociedade]) – Princípio da Imputação: a) Exemplo 1: Código Penal, artigo 121: matar alguém – pena de 6 a 20 anos. A norma advém do poder que detém a legitimidade para legislar, e se aplica a todos, indistinta e indeterminadamente. É a pretensão ideal do legislador, de que na vida em sociedade, as pessoas não se matem; b) Exemplo 2: Contravenção do Jogo dos Bichos – artigo 58 da Lei de Contravenções Penais (Dec-Lei nº. 3.668/41) – é pretensão do legislador que as pessoas não explorem o denominado jogo dos bichos.

Ainda nessa esteira: Jurisprudência Sociológica – Mundo do “Ser” (Sein), que se submete ao princípio da causalidade (se “A” é, “B” é ou será). Se um metal é aquecido, ele se dilata. Esta é a visão sociológica (jurisprudência sociológica), que considera o efeito da conduta do homem e sua ação. Jurisprudência Sociológica – Efetividade da Norma na Sociedade (são elas cumpridas?) – Normas Jurídicas Individuais/Concretas (inclusive por meio da sentença judicial – Mundo do “Ser” (Sein [como, na vida real, na realidade social, as pessoas se comportam]) – Princípio da Causalidade.

Os mesmos exemplos, neste viés: a) Exemplo 1: Artigo 121 do Código Penal – a norma, que é válida, só será efetiva se as pessoas não se matarem e as que matarem serem condenadas. Neste exemplo, pode-se dizer que a norma é efetiva (os que matam são condenados, a não ser que exista alguma excludente ou causa de isenção de pena); b) Exemplo 2: Contravenção penal do jogo dos bichos – artigo 58 da Lei de Contravenções Penais (Dec-lei nº. 3.668/41) – a norma é válida e só será efetiva se as pessoas não fizerem jogo dos bichos ou se as que jogarem forem condenadas. Neste exemplo, não se pode dizer que a norma é efetiva, pois o Estado não coíbe a prática da contravenção.

No tocante ao Estado, o “ser” é o poder que ele exerce, que se separa do “dever ser” (as normas jurídicas que o regem).

Em suma, a Teoria Pura do Direito deve ser entendida como uma teoria universal do direito, que estabelece sua estrutura metodológica, científica, de todo o direito positivo que é possível.

Kelsen sustentou que, em relação ao direito, é necessário buscar a significação jurídica dos fatos a partir da norma a eles relativa, o que possibilita serem interpretados (os fatos) conforme tal norma.

Assim, como exemplos (do próprio Kelsen), quando admitida sua teoria, (a) o que diferencia uma execução da pena de morte da prática de um crime de homicídio? É algo que não resulta dos sentidos, mas do confronto do fato com o Código Penal e com o Código de Processo Penal. Ou, (b) que uma reunião de pessoas constitui um parlamento e que da

atividade que exercem sobrevêm a lei, é algo que foge à percepção dos sentidos, mas sim decorre de uma norma, a Constituição.

“O Direito positivo, que é objeto da Teoria Pura do Direito, é uma ordem por meio da qual a conduta humana é regulamentada de uma maneira específica. A regulamentação é obtida por estipulações que dispõem como os homens devem conduzir-se. Tais estipulações são chamadas normas e surgem por meio do costume, como as normas do Direito consuetudinário, ou são decretadas por atos conscientes de certos órgãos com o objetivo de criar lei, como uma legislatura que atua em sua qualidade de criadora de lei.

As normas jurídicas podem ser de caráter geral ou individual. Elas podem regular por antecipação, em uma forma abstrata, um indeterminado número de casos, como o faz aquela norma segundo a qual se alguém rouba deve ser castigado por um tribunal; ou podem referir-se a um caso particular, como o faz a sentença que decreta que A deve sofrer prisão por seis meses porque roubou um cavalo a B. A Jurisprudência vê o Direito como um sistema de normas gerais e individuais. Os fatos são considerados nesta Jurisprudência apenas enquanto são o conteúdo das normas jurídicas. Por exemplo. A Jurisprudência toma conhecimento do procedimento por meio do qual se criam as normas de Direito, pois este procedimento está prescrito pelas normas da constituição do ilícito, porque ele está definido por uma norma como condição da sanção; da sanção, porque está ordenada por uma norma jurídica como consequência de um ilícito. Somente as normas, disposições que estabelecem como os indivíduos devem comportar-se, são objeto de Jurisprudência, nunca a conduta real dos indivíduos.”²⁸

Como se vê, Kelsen admite a decisão jurídica como norma, da espécie individual. Ou seja, ao contrário do que a denominada Teoria Pura do Direito parece sustentar, o julgador tem um papel criador não apenas do Direito, mas também da Norma Jurídica de caráter individual, no dizer do subscritor da referida teoria.

Depois, no texto, Kelsen aborda a questão da norma ter validade (com eficácia geral – o ‘dever ser’ que atinge as pessoas em seus gerais comportamentos) e eficácia (específica no caso concreto):

“A validade e a eficácia são duas qualidades distintas, contudo, existe certa ligação entre as duas. A jurisprudência considera válida uma norma jurídica apenas se ela pertencer a uma ordem jurídica que, de modo geral, é eficaz, isto é, se os indivíduos cuja conduta é regulamentada pela ordem jurídica efetivamente se conduzirem de modo geral como deveriam conduzir-se segundo a ordem jurídica. Se uma ordem jurídica perde sua eficácia por qualquer causa, então a Jurisprudência já não considera mais suas normas como válidas. Ainda assim, a distinção entre validade e eficácia é uma distinção necessária, pois é possível que numa ordem jurídica eficaz

²⁸ HANS KELSEN (1881-1973) *Jurisprudência Normativa e Sociológica* (do ensaio “A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica” in *La Idea del Derecho Natural Y otros Ensayos*, pp. 215-220, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946 – tradução de A. L. Machado Neto). Texto inserido na obra “O direito e a vida social – leituras básicas de sociologia jurídica”, de Antonio Luiz Machado Neto e Zahidê Machado Neto. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1966, pp. 16-20. OBS: texto também inserido in “A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica”, no livro “O que é justiça?”, de Hans Kelsen. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, pp. 262-266, publicação original em 1957, no EUA. E, ainda, in “Teoria Geral do Direito e do Estado”. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 235-238).

em conjunto, e, portanto considerada como válida, uma norma jurídica isolada possa ser válida, mas não eficaz em um caso concreto, porque, de fato, não foi obedecida ou aplicada ainda que devesse ter sido. A Jurisprudência considera o Direito como um sistema de normas válidas. Não pode prescindir do conceito de validade enquanto diferente do de eficácia, se deseja apresentar o sentido específico do ‘dever ser’ com que as normas do Direito se aplicam aos indivíduos cuja conduta regulam. É este ‘dever ser’ o que está expresso no conceito de validade como distinto da eficácia.

Se a Jurisprudência tem de apresentar o Direito como um sistema de normas válidas, as proposições com que descreve seu objeto têm de ser proposições de ‘dever ser’, asserções nas quais se expresse um ‘dever’, não um ‘ser’. Mas as proposições da Jurisprudência não são por si mesmas normas. Elas não estabelecem nem deveres nem direitos. As normas por meio das quais os indivíduos são obrigados ou facultados emanam apenas da autoridade criadora do Direito. O Jurista, na qualidade de expoente teórico do Direito, apresenta essas normas em proposições que têm um sentido puramente descritivo, enunciados que apenas descrevem o ‘dever ser’ da norma jurídica.”²⁹

[...]

Depois de explicitar a razão da denominada Teoria Normativa do Direito, Kelsen adentra na diferenciação da “Jurisprudência Normativa” de outra, que ele denomina “Jurisprudência Sociológica”.

“Esta classe de Jurisprudência há de ser claramente distinta dessa outra que possa ser chamada sociológica. Esta última pretende descrever os fenômenos do Direito não em proposições que enunciem como os homens devem comportar-se sob certas circunstâncias, mas em proposições que digam como se comportam em realidade; igualmente como a Física descreve como se comportam certos objetos naturais. Assim, o objeto da Jurisprudência Sociológica não são as normas jurídicas em seu específico sentido de ‘afirmações de dever ser’ mas a conduta jurídica (ou antijurídica) dos homens. Supõe-se que é possível obter, pela observação dos fatos sociais reais, um sistema de regras por meio do qual esta conduta, caracterizada como ‘direito’, pode ser descrita. Supõe-se que estas regras são da mesma classe que as leis da natureza e, portanto, que, como elas, proporcionam os meios para predizer os sucessos futuros dentro da comunidade jurídica, conduta futura que será caracterizada como Direito.

A Teoria Pura do Direito de maneira alguma nega a validade dessa Jurisprudência Sociológica, mas recusa-se a ver nela a única ciência do Direito, como o fazem muitos de seus expositores. A Jurisprudência Sociológica mantém-se paralela à Jurisprudência Normativa e nenhuma pode substituir a outra porque cada uma trata com problemas completamente diversos. É sobre este ponto, justamente, que a Teoria Pura do Direito insiste, para distingui-las claramente uma da outra, com o fim de evitar esse sincretismo de método que é a causa de numerosos erros. O que a todo custo deve evitar-se é a confusão – tão frequente como enganosa – do conhecimento dirigido para um ‘dever ser’ jurídico, com o conhecimento dirigido para um ‘é’ real. A Jurisprudência Normativa versa sobre a validade do Direito; a Jurisprudência Sociológica sobre sua eficácia; mas, assim como a validade e a eficácia são dois aspectos diferentes do Direito que têm de conservar-se claramente separados, ainda que ambos se mantenham em uma definida relação mútua, assim também existe entre a Jurisprudência Normativa e a Sociológica, apesar da diferença na direção de seus conhecimentos, uma considerável relação. A Sociologia do Direito não pode traçar uma linha entre seu objeto – o Direito – e os outros fenômenos sociais; não pode definir seu especial objeto como distinto do objeto da Sociologia Geral – a sociedade – sem que, ao fazer isto, pressuponha o conceito do Direito como definido pela Jurisprudência Normativa. A questão de que a conduta humana, como Direito,

²⁹ Op. cit.

pode constituir o objeto da Sociologia; de como a conduta real dos homens, ao ser caracterizada como Direito, se distingue de outra conduta, provavelmente só pode ser respondida como se segue: ‘direito’ no sentido sociológico é a conduta real que está estipulada numa norma jurídica – no sentido da Jurisprudência Normativa – como condição ou consequência. O sociólogo não vê esta conduta – como o faz o jurista – como o conteúdo da norma, mas como um fenômeno existente na realidade natural, isto é, num nexa causal. O sociólogo busca suas causas e seus efeitos. A norma jurídica como expressão de um ‘dever ser’ não é para ele, como é para o jurista, o objeto de seu conhecimento; para o sociólogo é um princípio de uma seleção. A função da norma jurídica para a Sociologia do Direito é a de indicar seu próprio objeto particular, e separá-lo do conjunto dos fatos sociais. Nessa medida, a Jurisprudência Sociológica pressupõe a Jurisprudência Normativa. É um complemento da Jurisprudência Normativa.

Na medida em que a Sociologia do Direito trata de descrever e, enquanto isto é possível, de prever a atividade dos órgãos criadores e aplicadores do Direito, especialmente dos tribunais de justiça - tarefa que os juizes norte-americanos colocam em primeiro termo – seus resultados não podem ser muito diversos dos da Jurisprudência Normativa. Certamente, o significado das proposições da Jurisprudência Sociológica, é, como o vimos, completamente diferente do das proposições da Jurisprudência Normativa. Esta última determina como os tribunais devem decidir de acordo com as normas de Direito em vigência; a primeira, como decidem e como, presuntivamente, decidirão. Mas, desde o momento que a Jurisprudência Normativa considera as normas como válidas apenas se pertencem a uma ordem jurídica genericamente eficaz, isto é, realmente obedecida e aplicada, não pode existir uma grande diferença entre a conduta real e a jurídica dos órgãos de aplicação do Direito. Enquanto a ordem jurídica em conjunto seja eficaz, há a maior probabilidade de que os tribunais efetivamente decidirão como devem fazê-lo segundo a Jurisprudência Normativa. Não obstante, as atividades dos órgãos criadores do Direito, especialmente dos órgãos legislativos, os que não estão limitados por normas jurídicas eficazes ou só os que estão em mui pequena extensão, não podem ser preditas com algum grau de probabilidade. A possibilidade de previsão do funcionamento jurídico pela Jurisprudência Sociológica é diretamente proporcional a extensão em que esse funcionamento tenha sido descrito pela Jurisprudência Normativa.

É duvidoso se a predição dos sucessos futuros é ou não uma tarefa essencial da Ciência Natural e, em consequência, por analogia, se o é da Sociologia. De qualquer modo, a Sociologia do Direito tem outros problemas mais promissores. Não apenas tem que descrever, e, se possível, prever a conduta real dos indivíduos que criam, aplicam e obedecem à lei; também tem de explicá-la casualmente. Com o fim de cumprir esta tarefa, tem de investigar as ideologias que influenciam os homens em suas atividades criadoras e de aplicação do Direito. Entre estas ideologias, a ideia de justiça tem um papel decisivo. A análise ideológico-crítica desta ideia é uma das tarefas mais importantes e promissoras da Sociologia do Direito.”³⁰

1.3 Teorias do ordenamento e da norma de Norberto Bobbio

Embora seja óbvia a constatação de que as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade, e que a palavra direito seja utilizada indiferentemente tanto para indicar uma norma jurídica particular quanto a um determinado complexo de normas jurídicas, ainda assim o estudo aprofundado do ordenamento jurídico é relativamente recente³¹.

³⁰ Op. cit.

³¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico: tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 36.

Segundo Bobbio³², no conjunto das tentativas realizadas para caracterizar o direito por meio de algum elemento da norma jurídica, devem ser analisados quatro critérios: a) critério formal; b) critério material; c) critério do sujeito que põe a norma; d) critério do sujeito ao qual a norma se destina.

Por critério formal entende-se aquele pelo qual se acredita poder ser definido o que é direito por meio de qualquer elemento estrutural das normas que se costumam chamar de jurídicas, vale dizer: positivas ou negativas; categóricas ou hipotéticas; gerais ou individuais³³.

Por critério material entende-se aquele que se pode extrair do conteúdo das normas jurídicas, ou seja, das ações reguladas. Objeto de regulamentação por parte das normas jurídicas são todas as ações possíveis do homem³⁴.

Por critério do sujeito que põe a norma, refere-se à teoria que considera jurídicas as normas postas pelo poder soberano, entendendo-se por “poder soberano” aquele acima do qual não existe, em determinado grupo social, nenhum outro, e que, como tal, detém o monopólio da força³⁵.

Por critério do sujeito ao qual a norma é destinada pode apresentar duas variantes, conforme se considere como destinatário o súdito ou o juiz³⁶.

A afirmação pura e simples de que a norma jurídica é a dirigida aos súditos é inconcludente por sua generalidade. Normalmente, ela é especificada com a determinação da atitude com a qual os súditos a recebem³⁷.

O estudo das regras de conduta, em particular das regras jurídicas, apresenta muitos problemas interessantes e atuais não só da Teoria Geral do Direito, mas também da lógica e da filosofia contemporânea³⁸.

Em primeiro plano, é preciso ter bem claro em mente estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, submetida a três valorações distintas, e que essas valorações são independentes umas das outras. Senão vejamos: a) se é justa ou injusta; b) se é válida ou inválida; c) se é eficaz ou ineficaz. Cuida-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica³⁹.

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. No caso de considerar

³² Op. cit., p. 39.

³³ Op. cit., p. 39.

³⁴ Op. cit., p. 39-40.

³⁵ Op. cit., p. 40.

³⁶ Op. cit., p. 41.

³⁷ Op. cit., p. 41.

³⁸ Op. cit., p. 47.

³⁹ Op. cit., p. 47.

que existam valores supremos, objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores. Mas, também no caso de não se acreditar em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido: equivale a perguntar se essa norma é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado⁴⁰.

O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Em particular, para decidir se uma norma é válida, é necessário com frequência realizar três operações: a) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas; b) averiguar se não foi abrogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isso, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; c) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema, particularmente com uma norma hierarquicamente superior⁴¹.

O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.

A investigação para averiguar a eficácia ou ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, voltado para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade⁴².

1.4 Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal

Atenta às particularidades das normas constitucionais, a doutrina lhes flagrou uma classificação, que é de considerável valia para o processo da interpretação constitucional. Consideradas em conjunto, as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime certa ordem de propósitos e que configura um todo

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. (1909-2004). Teoria da norma jurídica / Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti / Apresentação Alaôr Caffé Alves – São Paulo: EDIPRO, 5ª ed. revista, 2012, p. 48.

⁴¹ Op. cit., p. 48-49.

⁴² Op. cit., p. 49-50.

tendencialmente coeso, que se pretende harmônico. Observou-se, porém, que, estruturalmente, essas normas podiam ser enquadradas em dois tipos normativos, que atraem perspectivas também distintas de solução de problemas de aplicação das normas.

Advêm da doutrina uma moderna classificação das normas, que as separa em regras e princípios.

Em geral, tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser. Ambos se valem de categorias deontológicas comuns às normas — o mandado (determina-se algo), a permissão (faculta-se algo) e a proibição (veda-se algo).

Quando se trata de impor regras e princípios, porém, é bastante frequente o emprego do critério da generalidade ou da abstração. Os princípios seriam aquelas normas com teor mais largo do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes se fala também que a distinção se ajustaria no grau de determinação dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações materializadoras por parte do Legislador, do Juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.

De toda sorte, as tentativas efetuadas de distinguir regras e princípios chocam-se, às vezes, com o ceticismo dos que veem na pluralidade de normas um obstáculo para que se possa, com segurança, situar uma norma em uma ou outra classe.

Nesse diapasão, o Direito Penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, sob a égide de rigorosos princípios de justiça.

Feitas estas observações, cumpre registrar que, hodiernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal. Emile Durkheim⁴³ afirma que o crime não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim, para a autora, o crime não só é um fenômeno social normal como também cumpre outra função significativa, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

⁴³ DURKHEIM, Emile. Las reglas del método sociológico. Trad. de L. V. Echavarría. Barcelona/Espanha: Ed. Morata, 1985, p. 83, 2001, p. 83, e 2007, p. 41.

Quando as violações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais ramos de controle social mostram-se incapazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza específica de meio de controle social formalizado, com o objetivo de resolver conflitos produzidos pela desinteligência dos homens.

Destarte, não obstante o Direito Penal seja a razão última (*ultima ratio*), sua função é extremamente importante e indispensável na vida em sociedade.

Autor e vítima representam a realidade com que o Direito Penal tem que agir. Eles são os atores no caso jurídico-penal. O conflito de divergências que o sistema jurídico-penal deve produzir ou solucionar com auxílio de seus instrumentos origina-se entre pessoas. Estas pessoas desempenham um papel no caso jurídico penal, o papel de causador da lesão e o papel de lesado, correspondentes às posições do autor e da vítima.

A vida em sociedade é complexa e exige de todos a retidão a um conjunto de regras de comportamento. O homem não é totalmente livre para fazer o que bem quiser, pois vive sob o prisma de normas de conduta, criadas por ele mesmo, por meio do Estado, que ele também instituiu⁴⁴.

As normas jurídicas são comandos a serem obedecidos por todos os homens, pois delimitam o que é – e o que não é – lícito fazer, o permitido e o proibido, o certo e o errado⁴⁵.

Ao conjunto das normas jurídicas que tratam dos crimes e das sanções penais dá-se o nome de Direito Penal.

O Direito Penal era, antigamente, denominado Direito Criminal, expressão talvez mais apropriada, por mais ampla e que ainda hoje se encontra incrustada em muitas das instituições atinentes: advogado criminalista, vara criminal, câmara criminal etc⁴⁶.

Nesse sentido, o Direito Penal é, efetivamente, a parte do ordenamento jurídico que trata do crime e das penas e das medidas de segurança, mas, uma nota da mais alta importância que exsurge do ordenamento jurídico penal fica esquecida em todas as definições transcritas: a liberdade do indivíduo que pode ser coarctada pela incidência das normas penais, mas que, igualmente, é protegida por elas, à medida que só pode ser abolida nos estritos limites da lei⁴⁷.

Como instrumento de controle social formalizado, exercido sob o monopólio do

⁴⁴ MOURA, Ney Teles. Direito penal. Parte geral. Arts. 1º a 120. Volume I. Atlas, 2002, p. 51.

⁴⁵ Op. cit., p. 51.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 30.

Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando, por opção do legislador, proporcionasse-lhe o início da *persecutio criminis*, ela não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Por conseguinte, o Estado, inclusive nas ações de iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, claramente, caráter público⁴⁸.

Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence, como alhures lembrado⁴⁹.

Todavia, atualmente, existe um significativo reconhecimento por parte da doutrina de que por meio do Direito Penal o Estado tem o objetivo de produzir efeitos tanto sobre aquele que delinque como sobre a sociedade que representa. Pode-se, nesse sentido, afirmar que o Direito Penal caracteriza-se pela sua finalidade preventiva: antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime⁵⁰.

É entendimento bem consolidado no direito pátrio que o princípio da proporcionalidade tem assento constitucional. Trata-se de garantia que, se não encontra previsão explícita na Lei Magna, está presente de forma implícita em vários de seus dispositivos.

A propósito, Buechele⁵¹ lembra que alguns Estados fizeram a opção pela expressa previsão do princípio em comento, como Portugal e Alemanha, todavia, assevera que no ordenamento jurídico brasileiro a previsão é implícita.

Conforme ensinamento de Suzana Barros de Toledo⁵² a proporcionalidade está disseminada em vários dispositivos da Constituição Federal, que buscam, de uma forma ou

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 59-60.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais / Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina, Alice Bianchini. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

⁵⁰ Op. cit., p. 83.

⁵¹ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 144.

⁵² BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica. 1996, pp. 89-90.

outra, dar proteção aos direitos fundamentais, de maneira que ela surge “a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes”.

Na mesma esteira, anota Paulo Bonavides⁵³ que o princípio da proporcionalidade tem o fim de “acautelar do arbítrio do poder do cidadão e toda a sociedade”, observando que ele é reconhecido como “implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”, de maneira que o referido princípio “é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional” e “flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição”.

Pois bem, esse constitucional princípio da proporcionalidade também tem relevância no Direito Penal pátrio. Ele é claramente encontrado, a título de exemplo, nas disposições atinentes à individualização da pena, o que se dá a partir da previsão contida no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. Nesse viés, com clara preocupação voltada à proporcionalidade, a parte final do artigo 59 do Código Penal prevê que a pena deve ser aplicada “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, o que se aplica também na determinação do regime inicial para o cumprimento da privação de liberdade, em decorrência da remissão encontrada no artigo 33, § 3º, também do Código Penal.

Em sua efetivação, também no Direito Penal faz-se necessário constatar a presença dos requisitos exigidos, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrita⁵⁴.

É, pois, mister que se verifique se há a adequação, buscando-se constatar se, em determinada situação, a pretendida atuação do Direito Penal é instrumento apto para a concretização da proteção do bem jurídico, com o olhar voltado à retribuição para o fato e a indispensável prevenção geral e especial quanto ao crime; a necessidade, isto é, o imperativo de se avaliar se a intervenção do Direito Penal é indispensável no caso, ou se existe outro caminho para a solução do problema, considerando-se que esse ramo do direito tem caráter subsidiário e fragmentário; e a proporcionalidade estrita, o que significa investigar se os benefícios decorrentes da intervenção do Direito Penal são maiores e mais relevantes que os custos sociais da escolha feita.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo. Malheiros 2002, p. 395.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto B. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166.

Esse raciocínio é indispensável por que, como obtempera Lenza⁵⁵, o princípio da proporcionalidade é utilizado, “de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios”, e, ainda, “consustancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”.

Destarte, fruto dessas observações, tem-se que, no âmbito criminal, a observância da proporcionalidade em matéria penal não pode ser entendida apenas para se falar em proibição de excesso, mas também para a necessária proibição da proteção deficiente da sociedade, como em seguida se verá.

O princípio da proporcionalidade, implícito em sede constitucional, tem como uma de suas vertentes, especialmente no âmbito penal, a proibição da proteção deficiente ou insuficiente, segundo a qual o legislador e o juiz não podem reprimir de forma deficitária agressões a direitos fundamentais e aos sociais/coletivos.

Acerca do tema, Lenio Luiz Streck⁵⁶, em artigo publicado na Revista da Ajuris, já sustentava em marco de 2005:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

O princípio da proibição da proteção deficiente surge das ideias difundidas após a implementação do Estado Social, em contraposição às ideias e princípios dominantes no seu antecessor Estado Liberal, decorrendo de uma leitura pós-positivista da Constituição Federal⁵⁷.

Destarte, a par da noção de que os direitos fundamentais deveriam proteger tão

⁵⁵ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, mar. 2005, p. 180.

⁵⁷ MACÊDO, Fabrício Meira. O princípio da proibição da proteção insuficiência do Supremo Tribunal Federal. RIDB, Ano 3 (2014), nº 9, 7029-7072 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567.

somente o homem dos ataques do Estado, com o redimensionamento das funções deste e as novas tarefas por ele assumidas, mormente na garantia de condições materiais essenciais à população e o advento de novos direitos fundamentais de caráter prestacional, tem-se que o Estado, ao verticalizar um direito fundamental, deve não somente se abster de violá-lo, como também protegê-lo da ameaça de ataques de terceiros.

É nesse diapasão que se extrai o princípio da proibição da proteção deficiente, conduzindo à análise de eventual inconstitucionalidade na omissão estatal em proteger determinado direito, ou mesmo em decorrência da insuficiente medida de proteção adotada, passíveis, portanto, de correção.

Também é tratado como princípio da proibição da proteção deficiente o desrespeito no cumprimento do dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, haja vista caber ao Poder Público adotar medidas suficientes de natureza normativa e de natureza material, possibilitando uma proteção eficiente e adequada dos direitos fundamentais.

Na jurisprudência, têm-se vários acórdãos que abordam o princípio da proibição da proteção deficiente, em caminhos antagônicos.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a título de exemplo, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº. 70075356360, da 4ª Câmara Criminal, relator o Desembargador Julio Cesar Finger (julgado de 22.02.2018), entendeu-se que a criminalização do porte ilegal de arma de fogo e de munição está em conformidade com a Constituição Federal, posto que a tipificação das condutas, mesmo quando presente somente o denominado perigo abstrato, é corolário do dever de proteção aos direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, observando-se o princípio da proibição da proteção insuficiente⁵⁸.

⁵⁸ APELAÇÕES CRIMINAIS – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03 – PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO – ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03 – PROVAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – DIREITO À PROTEÇÃO À VIDA – REJEIÇÃO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – SÚMULA 231 DO STJ – ISENÇÃO DA MULTA – DESCABIMENTO – 1- O porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida e o porte ilegal de munição são crimes de perigo abstrato e de mera conduta, mostrando-se prescindível a demonstração de perigo concreto. Precedentes. Na esteira do entendimento dos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, não são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, a exemplo daqueles previstos na Lei 10.826/03, que teve sua constitucionalidade assentada na ADI 3.112/DF. 2- Não houve dúvida que a arma de fogo com numeração raspada apreendida estava na posse do acusado P.H.G.S., assim como que o réu R.P.S. Portava munições de uso permitido, levando-se em conta o relato fidedigno apresentado pelos policiais que participaram da prisão. Não há por que duvidar da versão apresentada por eles, que, em todas as oportunidades em que foram ouvidos, narraram com verossimilhança a ocorrência dos fatos, não deixando dúvida a respeito da prática dos crimes. 3- Sem razão a alegação de violação ao direito a proteção à vida, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. Possibilidade de criminalização que é corolário de um dever de proteção aos direitos fundamentais como decorrência da perspectiva objetiva desses direitos de estatura constitucional, da qual também decorre a máxima da proporcionalidade como proibição de insuficiência. Para tanto, reconhece-se uma ampla discricionariedade do legislador para eleger e criminalizar condutas que causem perigo a bens jurídicos protegidos pelo ordenamento. Condenações mantidas. 4- Por conta do entendimento da Súmula 231 do STJ, fica impossibilitado o estabelecimento da pena provisória aquém do

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁹, adotando o princípio em comento, é firme no entendimento de que o réu merece tratamento mais duro – regime inicial fechado pela prática de furto simples – quando, ao reincidir, demonstra não ter se conscientizado da gravidade de suas condutas, por meio das penas anteriormente aplicadas, e volta a delinquir, revelando não ter absorvido a finalidade de ressocialização para a convivência social harmônica na vida em comunidade, sem novas práticas que lesionem bens jurídicos alheios.

Tal fato, no entender da Corte e à luz da proibição da proteção deficiente, demanda maior rigor no tocante à aplicação da lei penal, devendo o Estado-juiz dar resposta adequada e proporcional à sociedade, que é assolada persistentemente com os altos índices de criminalidade.

Em sentido oposto, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁰ que não se configurou violação ao princípio em análise o fato de o legislador pátrio, por meio da Lei nº. 13.654/2018, ter revogado o inciso I, do § 2º, do artigo 157, do Código Penal, de maneira que não há, neste aspecto, qualquer inconstitucionalidade da lei, por violação do princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção deficiente.

Cabe salientar que o dever de proteção impõe ao Estado uma presença mínima de

mínimo legal, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea. 5- A multa é preceito secundário do tipo pelo qual o réu foi condenado, não havendo previsão legal para a isenção do pagamento. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. (TJRS – ACr 70075356360 – 4ª C.Crim. – Rel. Des. Julio Cesar Finger – J. 22.02.2018 - negritos não constantes do original).

⁵⁹ Apelação – Furto simples – Condenação – Recurso da defesa – Pedido de fixação do regime inicial aberto e, subsidiariamente, do semiaberto – Não acolhimento – Manutenção do regime inicial fechado – Reincidência – Princípio da proporcionalidade e proibição da proteção deficiente ou insuficiente – Previsão expressa do Código Penal acerca do regime inicial fechado para reincidentes (artigo 33, §2º, alíneas “b” e “c”) – Recurso não provido. Apelação Criminal nº 1500248-57.2019.8.26.0540.

⁶⁰ APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES COM UTILIZAÇÃO DE UMA FACA. FATO OCORRIDO EM JANEIRO DE 2001. PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Conforme manifestação deste Colegiado em voto da relatoria da eminente Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, por ocasião do julgamento da apelação crime nº 70079767208, não há de se falar em inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.654/2018, haja vista que foi observado o regular processo legislativo, tratando-se o vício apontado pelo órgão ministerial de mera irregularidade decorrente de erro material, que foi devidamente sanado. Igualmente inexistente inconstitucionalidade material, pois não houve a descriminalização do roubo com o emprego de arma branca ou imprópria, não havendo falar em violação ao princípio da proibição da proteção deficiente. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONFISSÃO NA FASE INQUISITORIAL. Confissão prestada perante autoridade policial e não confirmada em juízo no espaço público estatal não pode dar suporte à condenação. Da mesma forma, o réu não foi reconhecido em Juízo. Ausente prova extrema de dúvida acerca da autoria, cabe a absolvição do réu, por insuficiência probatória, sendo irrelevante, para fins de condenação, o depoimento prestado perante a autoridade policial quando não ratificado em Juízo Incidência do princípio in dubio pro reo. Aplicação do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (TJRS, APELAÇÃO CRIME Nº 70083516203 – Nº CNJ: 0323529-04.2019.8.21.7000 – Quinta Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, j. em 06 de maio de 2020. NO MESMO SENTIDO: TJRS – APELAÇÃO CRIMINAL nº 70081233140 (Nº CNJ: 0095223-09.2019.8.21.7000), Quinta Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, j. em 22 de abril de 2020.

proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse liminar.

Conclama a Constituição o direito à vida, por exemplo, devendo o Estado se abster de atentar contra a vida dos particulares, bem como de não colocá-los em risco, em qualquer circunstância.

Todavia, mister que o Estado adote as medidas necessárias à proteção dos particulares, de modo a evitar que tenham o direito à vida ceifado por ataques de terceiros.

Assevera Vieira de Andrade⁶¹, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está ligada à eficácia irradiante das normas constitucionais que os preveem.

Existiria, dessa maneira, um efeito externo dos direitos fundamentais, do qual resultaria uma espécie de força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos, seja através de ações estatais efetivas, por meio da Administração, seja por meio de espécies de comandos de normatização.

Os deveres de proteção, contudo, ainda que vinculem todos os poderes do Estado, devem ser enunciados através de leis, reservando-se, ao Judiciário, portanto, a devida aplicação.

Quando há a violação do princípio da proibição da proteção deficiente, não atingindo, o Estado, um padrão mínimo de garantia, ainda que houvesse condições de proporcioná-la, torna-se possível deduzir uma pretensão em juízo, posto que se estará diante de uma inconstitucionalidade por omissão.

Consoante a posição de Jorge Reis Novais⁶², mesmo quando estão em causa valores máximos como o direito à vida, à integridade física ou à segurança pessoal, situações nas quais a necessidade de proteção pode ser mais premente, a decisão sobre a melhor via de proteção não é neutra, nem tampouco independente da concepção que se perfilhe sobre as relações sociais, pré-compreensões disputadas no terreno da luta política e eleitoral democráticas, ou, no mínimo, para avaliações políticas muito diversas da mesma situação conjuntural que requer a proteção do Estado. Assim, o Poder Judiciário, apesar de estar obrigado a controlar a observância do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, não é a instância mais adequada, em Estado de Direito Democrático, para a referida discussão.

Portanto, os órgãos políticos têm, neste domínio, uma competência própria que lhes advém da legitimidade de escolha popular democrática, feita para a tomada de decisões

⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2009, p. 293 e ss.

⁶² NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 297.

políticas deste tipo. Cuida-se, indubitavelmente, de um problema de separação de poderes.

O Estado, forçoso observar, tendo em vista as liberdades asseguradas aos cidadãos, não pode restringir excessivamente os direitos fundamentais, nem tampouco, verificando conflito entre particulares, deixar de proteger adequadamente direito de cidadão atingido por terceiro.

Na seara penal, o princípio da proibição da proteção deficiente, estabelece meios adequados para a proteção de bens jurídicos. Assim, é possível saber se é razoável a mobilização da máquina penal para proteger determinado bem jurídico, ou seja, se é razoável invadir a esfera de liberdade individual em prol dessa proteção, bem como se, por outro lado, é razoável deixar de proteger.

A propósito dessa necessária razoabilidade, Toledo⁶³ lembra que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado nessa área do direito uma vez que “não há direitos absolutos e o próprio Direito Penal não deve entrar em rota de colisão com valores éticos fundamentais”. O saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça aduz, ao abordar a excludente da legítima defesa:

Seria enorme incongruência acolherem-se princípios como o da ‘insignificância’ e o da ‘adequação social’ para excluir o crime, e, ao mesmo tempo, deixar de acolher princípios análogos, como o da proporcionalidade, para impedir que se matem seres humanos por ninharias em nome de uma ‘lógica’ que nada tem de ‘humana’ ou sequer de ‘razoável’.

Todavia, é se registrar, em relação à proporcionalidade e razoabilidade, que há de se suscitar exceção, diante da redução da discricionariedade a zero. Exemplo disso tem-se no caso de comandos de normatização, como a insuscetibilidade de graça ou anistia para as práticas dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por força do disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Nesse caso, o Texto Constitucional determina a edição de lei com o escopo de tornar insuscetíveis de graça ou anistia os crimes que indica, subtraindo do legislador ordinário a discricionariedade acerca da matéria, ou mesmo decisão política.

Igualmente, há a redução da discricionariedade quando determina, a Constituição Federal, a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais.

Ao poder público cabe, por conseguinte, dentre as medidas a serem adotadas para a proteção ao direito, em não havendo redução da discricionariedade a zero, adotar uma delas, só havendo que se falar em proteção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público,

⁶³ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 203.

o direito é afetado por atuação ilegal de terceiro, de maneira substancial.

É que, em geral, a Constituição Federal, embora imponha deveres de proteção, não indica o modo pelo qual a referida proteção deve ser concretizada, de maneira que, havendo inúmeras formas pelas quais se mostraria possível a proteção, importa à Administração escolher qual das medidas será adotada, não se tornando obrigatória qualquer delas.

Como critério inicial ou mínimo de verificação da insuficiência, aponta Jorge Silva Sampaio⁶⁴ para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, haveria proteção deficiente e, portanto, omissão inconstitucional do Estado, sempre que o titular do direito fundamental protegido viesse a ser atingido em sua dignidade.

Além do referido critério, Jorge Silva Sampaio indica a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

É que, consoante já referido, só há que se falar em proteção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público, o direito a ser protegido é, por atuação ilegal de terceiro, afetado em seu núcleo essencial.

Ademais, admite-se a existência de proteção insuficiente, ainda que não atingido o direito fundamental em seu núcleo essencial, nem tampouco o titular do direito em sua dignidade, sendo, contudo, de mais árida verificação.

Quanto mais próximos estiverem, os direitos a serem protegidos, da dignidade da pessoa humana, ou mesmo de núcleo essencial de direito fundamental, mormente se estiver relacionado à liberdade, maior será a gravidade da desproteção.

Tal ponderação há que se realizar em conjunto, não em fases estanques, com o escopo máximo de aferir, no caso concreto, a existência ou não de déficit vedado de proteção ao direito.

Contudo, há que se admitir que tais ponderações, sobretudo quando se está diante de comandos de normatização, devem ser efetivadas pelo Poder Legislativo, por ser este o órgão constitucionalmente responsável pela edição de leis.

A judicialização dos referidos conflitos mostra-se sobremaneira dificultosa, sobretudo quando há lei editada, devendo, pois, o Poder Judiciário, permanecer concentrado à vontade expressa pelo Parlamento por meio do comando normativo.

A atuação judicial, dessa forma, deverá se restringir às violações ao princípio da proibição da proteção deficiente mais grosseira, não obstante se reconheça que a objetivação dos direitos fundamentais impõe a sua proteção total e efetiva.

⁶⁴ SAMPAIO, Jorge Silva. O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 151.

Ademais, não se pode afastar a adoção do princípio em estudo em razão do denominado “garantismo penal”, de Ferrajoli⁶⁵.

Quando prefaciou a obra “Direito e Razão”, Norberto Bobbio asseverou que a teoria elaborada por Ferrajoli é contrária ao denominado Direito Penal Máximo e antiliberal, que propicia o abuso do direito de punir do Estado, mas também repudia a insuficiência das posturas doutrinárias abolicionistas, que levam à liberdade selvagem⁶⁶.

De fato, ao fazer a análise a respeito das doutrinas abolicionistas, Luigi Ferrajoli obtempera que elas expressam um modelo inadequado e utópico, próprio de uma sociedade selvagem, sem regras e destituído da necessária ordem, o que propiciaria o retorno à chamada lei natural do mais forte⁶⁷.

Deste modo, nota-se que, no Brasil, a teoria do garantismo penal foi compreendida de forma incompleta, sem a abordagem de todas as intenções do pensador italiano quando do desenvolvimento de sua teoria⁶⁸.

Percebe-se, pois, que Ferrajoli se opõe tanto o modelo de Estado autoritário e policialesco, próprio da exceção e violador da carta de direitos fundamentais, como igualmente de um modelo de Estado anárquico, sem as regras coercitivas necessárias à boa convivência de todos, para o que é imprescindível o denominado “Direito Penal Mínimo”, norteado por regramentos razoáveis na tipificação de condutas e na previsão da correspondente sanção penal.

Destarte, constata-se claramente que o garantismo penal, como idealizado por Ferrajoli, não se presta a fomentar a impunidade do agente criminoso, pouco importando o grau de censurabilidade da infração penal praticada.

O pensamento de Ferrajoli, ao reconhecer a importância dos direitos fundamentais sociais vem sendo enfatizado pela doutrina internacional, como se vê, a título de exemplo, em José Luiz Martí Marmol⁶⁹.

Ainda nesta mesma seara, Bobbio, no prefácio da obra “Direito e razão”, deixa bem

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto, in FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 - prefácio, p. 8.

⁶⁷ Op. cit., p. 203.

⁶⁸ CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. *O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos*. Dissertação. Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” - UNIVEM, Marília, 2016, p. 82.

⁶⁹ MARMOL, José Luiz Martí. *El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 384: “el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales”.

evidente que, consoante o posicionamento de Ferrajoli, o garantismo não se destina exclusivamente aos direitos e interesses individuais, mas igualmente à tutela dos direitos sociais⁷⁰.

E mais, a própria interpretação dada por Luigi Ferrajoli demonstra que há a necessidade de serem garantidos os direitos fundamentais, inserindo-se a liberdade, até os chamados direitos sociais, que têm suas estipulações introduzidas na mesma estrutura do princípio da legalidade do Estado Constitucional de Direito. Em outras palavras, o modelo de garantismo por ele proposto busca estabelecer um modelo ideal de estado de direito, assim entendido não apenas como estado liberal protetor dos direitos de liberdade, mas igualmente como estado social, conclamado a proteger também os direitos sociais⁷¹.

E, pouco mais adiante, na mesma obra, Ferrajoli aduz que os direitos de liberdade correspondem a garantias negativas consistentes em limites de proibições de fazer, e aos direitos sociais “corresponden garantías positivas consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales”, de maneira que, em todos os casos de elaboração das garantias, o estabelecimento dos mecanismos institucionais voltados a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela ou na satisfação dos direitos “constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho”. Compreende-se, pois, que o garantismo não tem relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo, mas sim consiste na tutela dos direitos fundamentais, “los cuales -de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos”, sendo esses os valores que fundamentam e justificam “la existencia de aquellos ‘artificios’ -como los llamó Hobbes- que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.”⁷²

Portanto, uma boa exegese do garantismo penal leva à compreensão da necessidade de o Estado dar proteção suficiente aos direitos sociais e coletivos, ao lado da tutela dos interesses e direitos fundamentais individuais.

A propósito, Ferrajoli, aprofundando a sua teoria do garantismo penal, asseverou que existe, contemporaneamente, uma nova criminalidade, “de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales: la criminalidade del poder”. Portanto, tem-se que,

⁷⁰ BOBBIO, Norberto, in FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 – prefácio, p. 8.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón – teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 12 e 16.

⁷² Idem, p. 28-29.

consoante a posição do professor italiano, o Estado deve se preocupar de forma especial também com as infrações cometidas pelos “cavalheiros”, isto é, os crimes de corrupção, fraude fiscal e lavagem do dinheiro⁷³.

Destarte, consoante se extrai do pensamento de Ferrajoli, o Estado tem o dever de garantir, ao lado dos direitos fundamentais individuais, os direitos que se ligam à defesa da sociedade, isto é, a adequada proteção contra os praticantes de crimes que a atingem.

A confirmar essa posição do autor italiano, em data posterior, no dia 16 de outubro de 2013, como noticia Douglas Fischer, numa palestra ministrada no Ministério da Justiça, em Brasília, ao ser questionado a respeito da compatibilização entre sua teoria do garantismo penal com a necessidade de punição dos agentes públicos pelos crimes praticados durante o regime militar, Ferrajoli respondeu que, em sua visão garantista, óbices de natureza temporal, como a prescrição, não poderiam ser opostos diante da obrigação positiva do Estado de agir no sentido de punir eficazmente os autores destes delitos⁷⁴.

Em suma, no próprio garantismo penal encontra-se fundamento para o princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente da sociedade, seja no tocante à necessária criminalização de conduta que a atingem, seja quanto à razoabilidade da reprimenda a ser imposta ao criminoso.

Os direitos humanos e fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Lei Magna.

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2008, p. 250 e 254.

⁷⁴ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017, p. 63.

do Texto Constitucional com sua finalidade precípua.

Sob o amparo da Lei Magna, existe uma forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral.

Conforme exposto, o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional. Para tanto, deverá respeitar o princípio da proporcionalidade. Ocorrência de violação ao princípio aludido não apenas quando houver excesso na ação estatal, mas também quando a proteção ao bem jurídico constitucionalmente previsto ocorrer de forma manifestamente deficiente. Isto porque, a proporcionalidade é composta de duplo viés: a proteção positiva (proibição de excesso estatal) e a proteção em face de omissões (proibição da atuação estatal deficiente).

Assim sendo, a inconstitucionalidade poderá decorrer tanto do descomedimento estatal de maneira excessiva, situação em que determinado ato é desarrazoado, acarretando evidente desproporção entre fins e meios, como também derivar de proteção insuficiente a um direito, especialmente quando o Estado desconsidera o uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger bens jurídicos específicos.

Comumente a violação da proibição da insuficiência encontra-se representada por uma omissão do poder público, no que concerne ao cumprimento de um imperativo constitucional. Na medida em que o Estado se omite do seu dever na proteção de direitos fundamentais, ou não o faz de forma adequada e eficaz, seu ato estará eivado de inconstitucionalidade.

A proibição da proteção deficiente constitui não só uma técnica a ser aplicada pelo julgador, mas um limite de valoração para o legislador, uma vez que ele fica restrito a elaborar uma norma que seja suficientemente adequada e eficaz para garantir a proteção mínima exigida pela Constituição. Portanto, se não houver proteção normativa ao direito fundamental, no que diz respeito a sua dimensão objetiva – de imperativo de tutela – verificar-se-á um ato estatal de notória inconstitucionalidade, que impedirá o gozo do direito fundamental pelo seu titular.

Assim, até mesmo o legislador deve respeitar esse princípio, pois não existe liberdade absoluta de conformação legislativa, na medida em que seus atos também devem ser pautados pelas diretrizes constitucionais.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO EM GÜNTHER JAKOBS

Günther Jakobs é um jurista alemão e professor emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito. Na comunidade científica mais ampla, Jakobs é marcado pela sua polêmica teoria denominada Direito Penal do Inimigo⁷⁵.

Segundo Jakobs⁷⁶, a ciência do Direito Penal deve investigar o verdadeiro conceito de Direito Penal, o que significa destacá-lo como parte do entendimento que a sociedade tem de si mesma. O sucesso desta ciência não é garantido, pois pode que as comunicações circulem sob o título “Lei criminal”, sem pertencer ao seu conceito. Essas comunicações são chamadas de Direito Penal, não devem ser ilegítimos em si, mas navegam sob a bandeira errada e – invertendo a questão apresentada – entre as exigências de que a ciência deve se impor diante da sociedade que inclui não se contentar com um nome simples, mas insistir em um conceito – na medida em que existe. É evidente que, sem colocar o ponto de vista no entendimento que a sociedade alcançou de si mesma ou na qual ela leva pelo menos quanto possível e, o que é o mesmo, adotando uma perspectiva absolutamente interna do Direito Penal, não se pode obter o referido conceito; pelo contrário, a ciência deve tomar conhecimento da identidade da sociedade, esforçando-se para entender isso. É verdade que nem todo apelo ao legislador é legítimo, mas também não são conceitos penais reducionistas, que além da ciência ninguém mais entende, eles constituem modelos sociais legítimos (mas utopias).

O ser humano é chamado de pessoa, enquanto desfruta de certos direitos na sociedade civil, à qual se deve acrescentar isso também na medida em que ele deve assumir deveres; em outras palavras, as pessoas são beneficiárias de direitos e deveres e vice-versa. Como o direito original e o dever original podem contemplar a faculdade abstrata de adquirir direitos e deveres concretos: é uma pessoa legalmente capaz. Por conseguinte, é excluído do âmbito das pessoas que ele não pode “gozar” de nenhum direito ou assumir qualquer dever; parcialmente excluídos são aqueles que não participam de certos direitos e deveres. É cristalino que a exclusão não deve ser entendida como mero não ter, porque na grande maioria dos casos, um mero não ter não resultará de uma baixa capacidade legal, mas de certa maneira

⁷⁵ Segundo Cleber Masson (Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1, 9ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015), Jakobs atribui a responsabilidade de ter adaptado o Direito Penal à teoria dos sistemas sociais de Luhmann, com a sua teoria da imputação normativa.

⁷⁶ JAKOBS, Günther. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Civitas Ediciones, 2004, p. 27-28.

A obra utilizada, sem tradução, foi interpretada pelo orientando.

existência pessoal ou de certo uso pela pessoa de seus direitos e deveres, ou pode ser, em vez disso, a consequência de impedimentos factuais⁷⁷.

O conceito moderno de exclusão tem origem em teoria dos sistemas, embora não haja oposição ao conceito de personalidade, mas ao da inclusão. Desde que a pessoa tem que ser entendida como uma “restrição individual atribuída às possibilidades comportamentais”, ou seja, como construção comunicativa em relação às expectativas sociais, com a exclusão também deve sempre ocorrer como resultado da despersonalização. No entanto, Luhmann fala também de “pessoas não integráveis”, usando um conceito normativamente descolorido de pessoa. Parece que, para ele, não se trata tanto da dotação normativa da pessoa, mas de sua delimitação com o sistema de consciência. É por isso que as pessoas podem ser excluídas sem perder o *status*, como, por exemplo, quando em sociedades estratificadas perdem o *status* de pertencer a uma determinada camada social, embora não possa ser excluída, pelo menos suposto limite, perda de personalidade – como no caso dos condenados⁷⁸.

Jakobs parte da premissa de que há dois tipos de criminosos: o cidadão criminoso comum, que cometeu um crime e que será punido para que a norma criminal seja reafirmada; e o inimigo, um ser que, deliberadamente, renega o Estado e a sociedade – que continuará atentando contra eles e, nesse caso, aplicam-se medidas de contenção com o fim de segregá-lo do convívio social, haja vista sua periculosidade – o risco de sua liberdade. Haveria, portanto, um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo, entendendo-se essa distinção mais como modos de compreender o mundo e o direito do que uma separação legislativa clara⁷⁹.

Há dois discursos sobre o Direito Penal do Inimigo, diz Meliá: o americano e o europeu. O primeiro fala abertamente em uma guerra, em que não importa uma aparência jurídica. O segundo tenta dar um ar de normalidade constitucional. Mas em ambos, indubitavelmente, está presente um Direito Penal de Autor, pois parte de uma presunção: ele, o inimigo, cometerá crimes no futuro, pois há algo que lhe é imanente – a característica de se (re)voltar contra do Estado. Portanto, o discurso não é retrospectivo, mas prospectivo, até pela preexistente rotulação de inimigo e pela busca de punir pelo risco – do que poderá vir a fazer, em razão do perigo que representa –, e não do que se tenha, efetivamente, feito. O inimigo perde o *status* de cidadão. Não se está lidando, sob esse prisma, com um sujeito de direito, mas um objeto de contenção, fundamentado na periculosidade e não na culpabilidade. E como

⁷⁷ Op. cit., p. 51-52.

⁷⁸ Op. cit., p. 52-53.

⁷⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 12.

a esse discurso subjaz uma ideia de combate, de guerra, as garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas em prejuízo, por óbvio, do inimigo⁸⁰.

Para Jakobs, as ideias de Direito Penal do Cidadão e de Direito Penal do Inimigo não caracterizam duas realidades puras, dois modos diferentes e estanques de tratamento, mas sim de vocações diferentes dentro de um mesmo modelo jurídico-penal. Para ele, é possível a sobreposição dessas vocações: a) do autor como pessoa; b) ou como perigoso⁸¹.

A relação entre pessoas que são titulares de direitos e deveres é regulada pelo direito. A relação com um inimigo, segundo Jakobs, rege-se pela coação. O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência das normas. O Direito Penal do Inimigo combate perigos. E a disposição do tratamento do criminoso como pessoa diminui, conforme se verifica sua disposição em reincidir⁸².

Após os fatídicos atentados do “11 de setembro”, ganhou mais força o discurso de que o modelo tradicional de delito não se amoldaria a esses novos tipos de criminoso e de criminalidade organizada. Segundo Jakobs⁸³,

[...] quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos “guerra” e “processo penal”. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito Penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito
 [...] deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do inimigo, guerra contida.

Para o autor, o Direito Penal conheceria dois polos de regulação. Um seria o do tratamento do cidadão que comete um crime. Nesse caso, a tendência é de que se espere até que a conduta se exteriorize para que o Estado reaja, com o fim de confirmar sua estrutura normativa da sociedade. O outro polo se caracteriza não pela reação, mas pela interceptação ainda no estágio prévio, haja vista o *status* de inimigo – cuja legitimidade de atuação do Estado se dá em razão de sua periculosidade⁸⁴.

2.1 Considerações iniciais

⁸⁰ Op. cit., p. 12.

⁸¹ Op. cit., p. 21.

⁸² Op. cit., p. 24-33.

⁸³ Op. cit., 2012, p. 35-36.

⁸⁴ Op. cit., 2012, p. 36.

Nada é muito novo no Direito Penal, de modo que a pré-história da legitimação discursiva do tratamento penal diferenciado do inimigo pode ser situada na antiguidade e identificada em Protágoras e Platão. Este último desenvolveu pela primeira vez no pensamento ocidental a ideia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de aceder ao mundo das ideias puras e, quando esta incapacidade é irreversível, ele deve ser eliminado. Protágoras sustentava uma teoria preventiva geral e especial da pena, mas também postulava um Direito Penal Diferenciado, segundo o qual os incorrigíveis deviam ser excluídos da sociedade⁸⁵.

Portanto, não é necessário recorrer aos séculos recentes para encontrar a teoria e a legitimação do exercício do poder punitivo. Isso poderia ser a comprovação de que o inimigo é uma construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo. Cuida-se apenas e tão somente de uma hipótese, porque o que interessa é a forma que este poder assume a partir do seu restabelecimento⁸⁶.

Neste longo período, toda teorização legitimadora do tratamento penal diferenciado para inimigos ou estranhos baseou-se em emergências, ou seja, em ameaças à própria sobrevivência da humanidade ou da sociedade, que assumiam o caráter de guerras e, por consequência, reduziam o Direito Penal ao Direito Administrativo e as penas à coerção direta⁸⁷.

Como o mal que ameaça – a emergência que se invoca – requer uma guerra, a necessidade de neutralizar o mal em ato impõe a eliminação de todos os obstáculos para a defesa frente ao inimigo poderoso, ou seja, a plena disposição do poder ilimitado por parte do *dominus*, que atua sempre pelo e para o bem. Deve-se levar em conta que o *dominus* não é o que é porque atua sempre para o bem, mas ele atua sempre para o bem porque é o *dominus*. Quando isso acontece, o Direito Penal se identifica com as medidas administrativas de coerção direta, ou seja, as que são acionadas quando é necessário neutralizar um perigo atual ou iminente⁸⁸.

A construção da Ciência Penal tal como hoje a entendemos inicia-se com o pensamento da ilustração, em especial com a obra de Beccaria (1738-1794) *Dos delitos e das penas* (1764)⁸⁹, na qual o autor sugere uma série de dilemas relativos à humanização do direito

⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Direito Penal no inimigo: noções e críticas* / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 83.

⁸⁶ Op. cit., p. 83.

⁸⁷ Op. cit., p. 83-84.

⁸⁸ Op. cit., p. 84.

⁸⁹ O nome Beccaria está intimamente ligado à história da Itália do século XIV. Cesare Bonesana, Marquês de

penal, que ainda hoje não perderam sua atualidade. Por outro lado, desde Von Liszt (1851-1919), o Direito Penal é considerado como a “Magna Carta (LGL 1988\3) do delinquente” e, em qualquer caso, “a barreira infranqueável da política criminal”⁹⁰.

Beccaria⁹¹ salienta que as leis são as condições com as quais homens independentes e isolado se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de desfrutar uma liberdade tributada inútil pela incerteza de conservá-la. Aqueles sacrificaram uma parte da liberdade para desfrutarem o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um forma a soberania de uma nação, e o soberano é o legítimo depositário e administrador daquela; mas não bastava formar este depósito, precisava defendê-lo da privada usurpação de qualquer homem em particular, o qual procura sempre retirar do depósito não só a própria porção, mas ainda usurpar-se da dos demais. Era preciso ter alguns motivos sensíveis que bastassem a dissuadir o despótico ânimo de qualquer homem de submergir, no antigo caos, as leis da sociedade. Estes motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Sensíveis motivos porque a experiência fez ver que a multidão não adota princípios estáveis de conduta, nem se distancia daquele princípio universal de dissolução, que no universo físico e moral se observa, se não com motivos que imediatamente golpeiam os sentidos e que de contínuo se expõem às mentes para contrabalançar as fortes impressões das paixões parciais que se opõem ao bem universal; nem a eloquência, nem as declamações, muito menos as mais sublimes verdades são suficientes para frear, por muito tempo, as paixões estimuladas pelos vivos golpes dos objetos presentes.

John Howard⁹² dedicou-se à problemática penitenciária, trazendo através de suas experiências grande contribuição acerca do tema.

Beccaria é considerado o principal representante do iluminismo penal e da Escola Clássica do Direito Penal. Imbuído pelos valores e ideais iluministas, tornou-se reconhecido por contestar a triste condição em que se encontrava a esfera punitiva de Direito na Europa dos déspotas – sem, contudo, contestar como um todo a ordem social vigente. Estas ideias, princípios ou preceitos, começam pela legalidade, a qual Beccaria apresenta como *conditio sine qua non* de qualquer pretensa pena que se deseje aplicar ao autor de um delito. Sua fórmula, imortalizada na latinização realizada por seu contemporâneo Feurbach (Paul Johann Anselm Ritter von Feurbach (1775-1833), filósofo e jurista alemão, imortalizou as expressões latinas do princípio da legalidade), é uma das primeiras proposições encontradas: “(...) somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos, e esta autoridade não pode apoiar-se senão na obra do legislador que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. Não há cânone maior a reger a aplicação material do Direito Penal (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito – Prefácio: René Ariel Dotti – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26).

⁹⁰ CRESPO, Eduardo Demetrio. DO “DIREITO PENAL LIBERAL” AO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”. *Ciências Penais* | vol. 1 | p. 9 | Jul / 2004 | DTR\2004\354.

⁹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito – Prefácio: René Ariel Dotti – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

Com profundo sentido humanitário, Howard nunca aceitou as condições deploráveis em que se encontravam as prisões inglesas. Não admitia que o sofrimento desumano fosse consequência implícita e iniludível da pena privativa de liberdade, embora essa época, como agora, a reforma da prisão não fosse um tema que interessasse ou preocupasse muito ao público ou aos governantes. De acordo com a análise marxista sobre a função da prisão, considera-se que Howard encontrou as prisões inglesas em péssimas condições, porque o desenvolvimento econômico, que já havia alcançado a Inglaterra, fazia desnecessário que a prisão cumprisse uma finalidade econômica e, portanto, indiretamente socializante, devendo circunscrever-se a uma função punitiva e terrífica. Em razão do desenvolvimento econômico e das condições do mercado de trabalho, a prisão não precisava cumprir a missão de produzir e formar “bons proletários”, devendo servir somente como instrumento de intimidação e controle político⁹³.

Embora não tenha conseguido transformações substanciais na realidade penitenciária do seu país, é inquestionável que as ideias de Howard foram muito avançadas para o seu tempo. Insistiu na necessidade de construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sem ignorar que as prisões deveriam proporcionar ao apenado um regime higiênico, alimentar e de assistência médica que permitisse cobrir as necessidades elementares⁹⁴.

Considerava que o trabalho obrigatório, inclusive penoso, serviria de meio adequado para a regeneração moral. Deu grande importância ao trabalho como meio reabilitador. Apesar de tal ideia ser muito discutível atualmente, vigora até nossos dias. Não considerava obrigatório o trabalho para os processados, o que ainda se mantém na prática penitenciária contemporânea⁹⁵.

O poder punitivo, conforme a primeira expressão inquisitorial, foi exercido para garantir a debilitada centralidade da autoridade papal e, por isso, no começo, recaiu, de forma genocida, sobre seitas e dissidentes. Posteriormente, com a quase completa extinção dos dissidentes, passou a ser exercido sobre as mulheres e o procedimento foi rapidamente imitado pelos tribunais laicos. Com a Contra-Reforma, a Inquisição se reorganizou e passou a se ocupar dos hereges luteranos. Tal como foi exercido durante toda a pré-modernidade, tratava-se de um poder punitivo extremamente seletivo⁹⁶.

⁹³ Op. cit., p. 59-60

⁹⁴ Op. cit., p. 60.

⁹⁵ Op. cit., p. 60.

⁹⁶ JAKOBS, Günther. Direito Penal no inimigo: noções e críticas / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p.

A doutrina atual costuma passar por cima do dado da seletividade, o que é muito expressivo, pois se trata da característica estrutural mais vulnerável à crítica política e social do poder punitivo. Diferentemente desta ignorância, ou omissão, atual e pouco explicável, a doutrina pré-moderna fazia carga contra o posicionamento crítico ou o prevenia. A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo⁹⁷.

A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua conseqüente funcionalidade como prevenção geral positiva, pois esta pode ser cumprida, ainda que a pena opere em um número muito reduzido de casos e até em nenhum, com relação a certos delitos. Por consequência, não é de se estranhar que a doutrina pré-moderna tenha elaborado este argumento. Embora costumam ser mostrados como tais, o valor simbólico da pena e a prevenção geral positiva não resultam de desenvolvimentos modernos e contemporâneos, e menos ainda pós-modernos. Na verdade, as teses atuais a esse respeito representam uma volta aos discursos sustentados no século XVI. Seu expositor mais claro foi Jean Bodin⁹⁸, que, juntamente com Hobbes, é um dos fundadores do conceito de soberania⁹⁹.

Bodin reclamava maior repressão às bruxas, cuja perseguição havia diminuído na França, e com esse objetivo discorria sobre a pena em geral da seguinte maneira¹⁰⁰:

Há dois meios pelos quais as Repúblicas mantêm seu Estado e sua grandeza: os prêmios e os castigos. Os primeiros para os bons, os outros para os maus. Sem este equilíbrio, só resta esperar a inevitável ruína do Estado. Sem dúvida, não é necessário que todos os fatos criminosos sejam castigados, porque não haveria juízes em número suficiente para fazê-lo e tampouco carrascos para executar suas ordens. Deste modo, para dez crimes, há apenas uma condenação e normalmente os condenados são ardilosos. Aqueles que têm amigos ou dinheiro habitualmente escapam da mão dos homens. Claro que nem seus amigos nem seus bens os protegerão da mão de Deus.

87-88.

⁹⁷ Op. cit., p. 88.

⁹⁸ Jean Bodin (Angers, 1530 — Laon, 1596) foi um teórico político, jurista francês, membro do Parlamento de Paris e professor de Direito em Toulouse. O autor é reconhecido pelos seus estudos que foram de suma importância para o avanço dos conceitos de soberania e absolutismo dos Estados. Além disso, a exposição de seus pensamentos a respeito do modelo de governo ideal foi muito influente na Europa.

⁹⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal no inimigo: noções e críticas* / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 88.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 89.

Vide J. Bodin, *De la demonomanie des sorciers. De L' inquisition des sorciers*, Livro IV, Capítulo 5, “De la peine qui méritent les sorciers”, 215-217, Paris chez Jacques du Poes, Libraire Iuré, 1587, pp. 215-217.

Como esta passagem evidencia, não importava a extrema seletividade que excluía os amigos e os endinheirados do alcance do poder punitivo, porque bastava punir um em dez, ainda que este um fosse um espero qualquer ou um velhaco. A única explicação para que Bodin visse cumprido o primeiro requisito de seu parágrafo era que as execuções dos espertos servissem apenas exemplarmente, ou seja, para reafirmar a confiança no próprio sistema¹⁰¹.

Günther Jakobs é um penalista no sentido literal da palavra: acredita na pena criminal como método de luta contra a criminalidade. Após o fracasso universal da prevenção especial positiva como correção do condenado criminal, o respeitável autor da Universidade de Bonn desenvolveu o discurso da prevenção geral positiva para legitimar a pena criminal, agora concebida como estabilização das expectativas normativas – um fenômeno de psicologia social definido pela sociologia de Niklas Luhmann¹⁰², que foi fonte de inspiração para a teoria jurídico-penal de Jakobs¹⁰³.

No começo do novo milênio, as energias intelectuais de Jakobs foram consumidas no trabalho de dividir o Direito Penal em dois sistemas diferentes, propostos para compreender duas categorias de seres humanos também considerados diferentes – os cidadãos e os inimigos –, cujos postulados transitam dos princípios do democrático Direito Penal do Fato e da Culpabilidade para um discriminatório Direito Penal do Autor e da Periculosidade¹⁰⁴.

Jakobs reconhece estar correto o que fora afirmado por Hans Welzel¹⁰⁵, no sentido de que o Direito Penal tem como função assegurar os valores éticos e sociais da ação¹⁰⁶.

Destarte, como bem asseverou Welzel, a ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal

¹⁰¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal no inimigo: noções e críticas* / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 89.

¹⁰² Niklas Luhmann foi um sociólogo alemão apontado como um dos principais autores das teorias sociais do século XX. O elemento central da teoria de Luhmann é a comunicação. Ela tem o papel de regular as relações entre o sistema e o ambiente. Na teoria de Luhmann, a ideia de transferência de informação é deixada de lado. O receptor não recebe uma informação da mesma maneira que é emitida. No processo de comunicação, essa informação é multiplicada. Ele aplica esse erro ao excesso de ontologia, ao supor que a informação propagada é a mesma adquirida.

¹⁰³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*.

¹⁰⁴ Op. cit.

¹⁰⁵ Hans Welzel foi um jurista e filósofo do direito alemão.

¹⁰⁶ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1. – 9.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 99.*

externo a um fim e o *domine* finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”¹⁰⁷.

2.2 Origem e conceito

Günther Jakobs nasceu na Alemanha, graduou-se em direito pela Universidade de Bonn em 1967. Há indicativos que Jakobs era devoto de Hans Welzel¹⁰⁸, e considerado um jurista respeitado e polêmico no meio acadêmico, bem como idealizador do funcionalismo sistêmico baseado na teoria de Niklas Luhman.

Sob a égide do funcionalismo sistêmico, Jakobs sustenta que o Direito Penal tem função primordial de reafirmar a vigência da norma (apenas indiretamente tutelaria bens jurídicos fundamentais). A pena seria autopreservação do sistema jurídico-penal, um equilíbrio com a prática criminosa¹⁰⁹.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi aventada pela primeira vez em 1985, em um Seminário de Direito Penal na Alemanha¹¹⁰.

Menciona-se que no referido Seminário, Jakobs afirmou que um Estado Liberal, o autor de um crime seria considerado somente um cidadão, e não um inimigo. Ademais, o Direito Penal do Inimigo não seria já um direito, mas luta ou guerra, sendo sua denominação meramente epistemológica¹¹¹.

¹⁰⁷ WELZEL, Hans, 1904-1977. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista; tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. – 3. ed. rev. e ampl. da tradução. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31-32.

¹⁰⁸ SILVA, Kelly Cardoso. Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo – aspectos jus-filosóficos e normativos. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2011, p. 57.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 57.

¹¹⁰ Em termos simplificados, Jakobs se pauta em alguns pilares: 1) antecipação da punição: o ponto de referência não é o ato cometido, mas um ato futuro; 2) desproporcionalidade das penas: as penas previstas são desproporcionalmente elevadas em relação ao ato cometido ou ao resultado lesivo; 3) criação de leis especialmente severas direcionadas à clientela dessa específica engenharia de controle social (criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais consideradas perigosas); 4) flexibilização de certas garantias do processo penal que podem, inclusive, ser suprimidas (como na prisão preventiva sem prazo, interceptação telefônica sem prazo ou no uso de tornozeleira eletrônica), mediante a introdução de figuras delitivas, como crime hediondo, dentre outros; 5) descrição vaga dos crimes e das penas, para que o Estado possa punir como bem entender.

¹¹¹ SILVA, Kelly Cardoso. Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo – aspectos jus-filosóficos e normativos. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2011, p. 58.

Portanto, o Direito Penal do Inimigo significa a suspensão ou, se o caso, a não aplicação de certas leis justificada pela necessidade de proteger a sociedade ou o Estado contra determinados perigos. Jakobs propõe que qualquer pessoa que não respeite as leis e a ordem legal de um Estado – ou que pretenda mesmo destruí-los – deve perder todos os direitos como cidadão e como ser humano, e que o Estado deve permitir que essa pessoa seja perseguida por todos os meios disponíveis¹¹².

Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não se submete ou não admite fazer parte do Estado e, por isso, não deve usufruir do *status* de cidadão, tampouco de pessoa. Estabelece, todavia, uma distinção entre cidadão e inimigo¹¹³.

2.3 Função do direito penal do inimigo na sociedade

O Direito Penal destinado a tutelar a norma é o que Jakobs chama de Direito Penal do Cidadão, que não perde seu *status* de pessoa em face dos crimes que comete. O “Direito” Penal aqui analisado (do inimigo) não se trata de um Direito propriamente dito, mas de uma coação contra indivíduos que põe em perigo a paz e a segurança social¹¹⁴.

Essa construção se dirige a coibir os perigos à segurança da sociedade. Até 1985, a abrangência dada a essa teoria punitivista era ainda maior. Após 1999, Jakobs restringiu seu ângulo de abertura, valendo-se sobretudo do terrorismo para exemplificar sua aplicabilidade.

¹¹² Em verdade, o conceito de Jakobs irmana-se com o que Hassemer sustenta sobre teorias absolutas e relativas da pena (HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal; tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 369): Seneca, que viveu no início da era cristã, – do modo como foi transmitido por Grotius – tomou de Protagoras uma teoria da pena que hoje designamos como “moderna”: “nenhum indivíduo racional pune pelo pecado cometido, mas para que futuramente não mais se peque”. Esta frase, que se perdeu na obscuridade histórica da filosofia prática, caracteriza o que hoje nós denominamos “teorias preventivas da pena”, isto é, teorias que atribuem às penas força e a tarefa inibitória dos futuros delitos. Estas teorias possuem duas orientações finalísticas: uma variante “preventiva especial”, que dirige a sua atenção ao autor concreto condenado a uma pena e espera para ele, a partir da pena, um efeito “ressocializador”, um efeito de adaptação; e uma variante “preventiva geral” que se interessa pela generalidade dos cidadãos e, através da pena e da execução penal, espera em sua concepção estrita uma intimidação do potencial delincente, e em sua concepção ampla robustecer a consciência normativa de todos.

¹¹³ <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>

No Brasil, a Operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal, é um conjunto de investigações em andamento que cumpriu mais de mil mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva, visando apurar um esquema de lavagem de dinheiro que movimentou bilhões de reais em propina. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que a Operação Lava Jato não precisa seguir as regras dos processos comuns, uma vez que as situações escapam do regramento genérico, uma ameaça permanente às investigações. Cuida-se, indubitavelmente, de criminosos inimigos do Estado.

¹¹⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. O direito penal do inimigo. Günther Jakobs. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1747, 13 abr. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11142>. Acesso em: 15 out. 2019.

Mas não se presta a coibir apenas estes, dirige-se também aos crimes sexuais, à criminalidade econômica, ao tráfico de drogas, ao terrorismo, ao racismo etc¹¹⁵.

O “Direito” Penal do Inimigo não se limita, porém, ao direito substantivo, vale dizer, abarca também o direito processual. Admite, por exemplo, a prisão preventiva independentemente do perigo concreto, factível, que o processado possa representar, baseando-se na periculosidade instintiva do “inimigo”¹¹⁶.

Em suma, o “Direito” Penal do Inimigo se dirige à eliminação de um perigo, o que não exclui a possibilidade de que sejam excluídos aqueles que o Estado assim considere. Nessa vereda, defende-se uma ampla antecipação da punibilidade no curso do *iter criminis*¹¹⁷, ocupando-se de punir fatos futuros, eventuais, e não atual ou passado como se espera¹¹⁸.

2.4 Pessoa *versus* inimigo

Jakobs, em sua obra, procura contrapor, de um lado, o cidadão – que vive conforme as regras do pacto social –, e de outro, o inimigo, colocado fora da tutela estatal por violar o pacto social, em razão do que deixa de ter direitos.

Anota ele que¹¹⁹,

Quem não presta uma segurança cognitiva o suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

E continua¹²⁰,

Só é a pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento social, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.

O próprio autor ressalva que isso não significa que tudo seria permitido ou que se sucederiam ações desmedidas; antes, seria possível que aos adversários se reconheça uma

¹¹⁵ Op. cit.

¹¹⁶ Op. cit.

¹¹⁷ Cuida-se do percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020).

¹¹⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. O direito penal do inimigo. Günther Jakobs. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1747, 13 abr. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11142>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42.

¹²⁰ Op. cit., p. 45.

personalidade potencial, de tal modo que na disputa contra eles não se possa ultrapassar a medida do necessário. Sem dúvida, isso permitiria “muito mais do que legítima defesa, na qual a defesa necessária só pode ser reação perante a uma agressão atual, no Direito Penal ‘oposição’, trata-se também da defesa a agressões futuras”¹²¹.

Compreender o conceito de pessoa implica considerar que o sujeito livre, sempre será pautado por responsabilidades.

Aduz Jakobs¹²²,

Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão de subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível.

A noção de ‘pessoa’ utilizada por Jakobs importa na separação jurídica entre o indivíduo, entendida como sistema psíquico que opera com base na consciência, e a sociedade, entendida como sistema que opera com base na comunicação¹²³.

Nestes termos, a pessoa não é algo dado pela natureza, senão uma construção social e, conseqüentemente, nem todo ser humano é pessoa jurídico-penal¹²⁴.

2.5 Violação de garantias penais e processuais

A dicotomia cidadãos/inimigos coloca em cheque compatibilidade com o princípio do fato como princípio básico de um direito de penas próprio dum Estado de Direito, a se inclinar muito mais a um Direito Penal do Autor, mesmo que não se possa negar se tratar dum Direito Penal do Autor de características distintas às dos modelos até então conhecidos¹²⁵.

A teorização do Direito Penal do Inimigo nos termos expostos acaba por ter como efeito – não necessariamente almejado – a legitimação dos discutíveis e disfuncionais processos de endurecimento punitivo que estão a experimentar os ordenamentos jurídico-penais. A ideia de que o inimigo (definido terrivelmente como não-cidadão) apresenta uma

¹²¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: O ‘Direito Penal do Inimigo’. Volume I. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 162.

¹²² JAKOBS, Günther. Sociedade, norma e pessoa. Teoria de um direito funcional, São Paulo, Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v.6, Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 30.

¹²³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: O ‘Direito Penal do Inimigo’. Volume I. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 163.

¹²⁴ Op. cit., 2006, p. 163.

¹²⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. (Professor Titular da Universidade Autônoma de Madri) O Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito. Traduzido por: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Igor Rodrigues Brito.

culpabilidade distinta. Jakobs fundamenta a atual expansão em intensidade do Direito Penal com base na concepção de que o inimigo não apenas lesa a segurança jurídica como também a cognitiva e que, por isso, deve suportar não só uma reação normativa como os cidadãos, mas também uma reação cognitivamente necessária¹²⁶.

A concretizar o conceito de inimigo, este traz certa confusão à análise jurídico-penal, e, dentro do Direito Penal para Inimigos se têm mesclado questões muito diversas. Giza-se, nos trabalhos de Jakobs posteriores à sua mudança de rumo de 1999 sobre o Direito Penal do Inimigo, têm-se encontrado de forma crescente a partir do atentado do onze de setembro de 2001 referências pontuais ao fenômeno do terrorismo globalizado de origem islâmica. Tudo acaba posto no mesmo campo de ação se for considerado que com os inimigos se trata de combater riscos na medida do necessário, de modo que optar por uns instrumentos violentos ou outros para combater o inimigo não é mais que uma questão de conveniência. O Direito Penal do Inimigo pode canalizar-se como tal por meio de um processo ou se transformar sem problemas em algo complementar ao Direito Penal (e, inclusive, ao direito em geral). Isso é indiferente à medida que o que importa é a prevenção do delito, de modo que a reflexão sobre os instrumentos para alcançar tal objetivo perde importância¹²⁷.

A posição de Jakobs acaba por justificar uma guerra sem quartel contra o inimigo, o que pode fazer desaparecerem todos os limites inerentes a um Estado Democrático de Direito, especialmente ao serem combatidos os riscos que vêm de fora de nossas fronteiras (os inimigos externos)¹²⁸.

2.6 Legislação comparada

Pela história recente no que tange à atividade terrorista praticada no seu território, bem como pelas características que as reações políticas e legislativas adotadas revestiram – duramente criticadas quer por atentarem contra o núcleo essencial de direitos fundamentais, quer pela aproximação com a teoria do Direito Penal do Inimigo – Espanha, Reino Unido e Estados Unidos da América sobressaem no panorama internacional no que concerne ao severo problema da criminalidade organizada e do terrorismo, pelo que se assumem como merecedores de uma breve referência neste trabalho¹²⁹.

¹²⁶ Op. cit.

¹²⁷ Op. cit.

¹²⁸ Op. cit.

¹²⁹ SERRA FERNANDES, Hélène Marine. O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito? Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) U. Porto – Faculdade de Direito Universidade do Porto. Julho

Em 21 de Setembro de 2004, na cidade de Nova Iorque, José Luis Rodríguez Zapatero interveio com um discurso marcante, quando da “Mision Permanente de España en las Naciones Unidas”, onde definiu a posição do Governo espanhol na luta contra o terrorismo¹³⁰.

Na realidade, temos vindo a assistir, dentro do movimento de “securitização expansiva no uso de instrumentos da luta antiterrorista”, ao “papel dinamizador” que a Espanha assume nessa matéria, razão pela qual o seu estudo assume particular interesse¹³¹.

Pese embora o Governo espanhol detivesse, pelas piores razões, alguma experiência, quer legislativa, quer política no que toca a atividade terrorista, a verdade é que os atentados terroristas de 11 de Março, na capital espanhola, “fizeram com que a Espanha voltasse a viver o terror, desta vez não por parte dos independentistas radicais bascos da ETA¹³², mas por parte de extremistas islâmicos. Os ataques provavelmente despoletados pela posição espanhola no que concerne ao período pós 11 de Setembro e à intervenção militar no Iraque, causaram num dia um quarto das vítimas que a ETA provocou em todo o seu historial de violência”, trazendo consequências políticas, legislativas e sociais¹³³.

Da análise às reformas legislativas levadas a cabo na Espanha, denota-se que estas constituem resultado de uma infiltração da linha de pensamento propugnada pelo Direito Penal do Inimigo no sistema normativo penal espanhol, especialmente à adoção de medidas cujo conteúdo conduz à associação de determinadas características inerentes ao conceito de Estado securitário. É inegável que – à semelhança do sucedido nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, quando dos atentados terroristas do 11 de Setembro de 2001 e do 7 de Julho de 2005, respectivamente – os acontecimentos do 11 de Março de 2004 conduziram a uma ação legiferante intensiva, de cunho reativo e securitário, criando novos tipos de crime associados ao terrorismo (agravando as penas e atualizando os crimes previstos à data, no Código Penal – visto que a Espanha não detém uma lei antiterrorista especial, contrariamente ao Reino Unido e aos EUA), determinando a eleição do endurecimento da segurança como principal meio de combate face ao terrorismo¹³⁴.

O combate ao terrorismo, por parte do Reino Unido, assumiu “três fases diferentes, porque fundamentalmente correspondeu a três tipos de impulsos causais: a primeira fase

de 2011.

¹³⁰ Op. cit., p. 21.

¹³¹ Op. cit., p. 21.

¹³² Cuida-se de uma organização nacionalista basca armada. É a principal organização do Movimento de Libertação Nacional Basco e o principal ator do chamado conflito basco.

¹³³ SERRA FERNANDES, Hélène Marine. O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito? Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) U. Porto – Faculdade de Direito Universidade do Porto. Julho de 2011, p. 21-22.

¹³⁴ Op. cit., p. 22.

corresponde às medidas antiterroristas delineadas para combater o terrorismo doméstico ou interno, caracterizado fundamentalmente pelo conflito da Irlanda do Norte. A segunda fase foi desencadeada pelos ataques do 11 de Setembro de 2001 ao World Trade Center, na medida em que obrigou o Governo a encontrar medidas que, além de combater o terrorismo, prevenissem possíveis e prováveis atentados no território britânico. A terceira fase corresponde aos ataques do 7 de Julho de 2005, que pela sua surpresa e gravidade veio a por a nu muitas deficiências no sistema de segurança do Governo Britânico e além disso, descobrir novos inimigos insuspeitos.”¹³⁵

Cumprir fazer referência ao Terrorism Act 2000 (cuja entrada em vigor ocorreu em 28 de Fevereiro de 2001), quer pelo fato de ter sido a primeira grande medida legislativa de cunho marcadamente antiterrorista adotada pelo Reino Unido, quer por ter constituído um papel decisivo na construção do conceito e criminalização do terrorismo, visto que, à data, tal construção era praticamente inexistente no ordenamento jurídico britânico¹³⁶.

Os atentados do 11 de Setembro de 2001 ao World Trade Center e ao Pentágono constituíram um marco histórico de repercussões políticas, sociais, econômicas e legais na vida dos norte-americanos, e acabaram por afetar não só àqueles cidadãos, mas também o resto do mundo¹³⁷.

É notório que “o combate ao terrorismo foi um fator gregário com duplo sentido, um positivo e um negativo. No sentido positivo, o povo americano identificou-se necessariamente com estas prerrogativas patriotas: “erradicar os terroristas e dizimar Al Qaeda”, esquecendo diferenças e unindo esforços para reconstruir a “Nação”. No sentido negativo, o combate ao terrorismo permitiu ao Governo usar métodos legais repressivos, coativos das liberdades e limitadores dos direitos fundamentais, como o direito à privacidade, o direito a pedir apoio jurídico, o direito à liberdade. As medidas que aumentam a segurança, alargando o âmbito e os mecanismos permitidos legalmente para efetuar vigilâncias, buscas e apreensões de registros confidenciais, que proíbem o recurso judicial normal contra ilegalidades ou abusos do Governo, que restringem o acesso às provas que determinam prisões, detenções por tempo indeterminado, legitimam-se no argumento de que o governo tem o dever de proteger o povo, de criar condições de segurança para garantir o bem-estar da América”¹³⁸.

¹³⁵ Op. cit., p. 25.

¹³⁶ Op. cit., p. 25.

¹³⁷ Op. cit., p. 28.

¹³⁸ Op. cit., p. 28.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL.

Conforme se depreende da doutrina majoritária, foram as Ordenações do Reino os primeiros diplomas jurídicos, podendo se afirmar que constituem as fontes primitivas do Direito Penal pátrio¹³⁹.

As últimas a vigorarem foram as Ordenações Filipinas¹⁴⁰, que cuidavam da matéria criminal, do mesmo modo que suas antecessoras, no Livro V (*Libris Terribilis*)¹⁴¹.

Sua característica era marcante: promover a intimidação pelo terror¹⁴².

A punição mais frequente era a morte. O legislador finalizava a descrição da maioria dos comportamentos incriminados com a expressão *morra por ello*, ou “morra por isso”¹⁴³.

Não só as condutas mais graves, como o crime de lesa-majestade (Título VI), a falsificação de moeda (Título XII), o estupro (Título XVIII), o homicídio (Título XXXV), o roubo (Título LXI) ou o falso testemunho (Título LIV), eram sancionadas com a pena capital, mas também outras, como a feitiçaria (Título III), a bigamia (Título XIX) e o ato de, “em desprezo do Rey”, quebrar ou derrubar alguma imagem à sua semelhança ou armas reais postas em sua honra e memória¹⁴⁴.

Punia-se com morte, por exemplo, quem dormisse com mulher casada (Título XXV). Apenava-se com determinação de utilizar capela de chifres o marido condescendente. Também era crime, embora sancionado com pena pecuniária e degredo, o ato de “arrenejar, descrer, ou *pezar de Deos*, ou de sua Santa Fé, ou disser outras blasfêmias (...)” (Título II)¹⁴⁵.

As penas impostas eram, em sua maioria, cruéis: morte precedida de tortura, morte para sempre, mutilação, marca de fogo, açoite, degredo, entre outras¹⁴⁶.

A entrada em vigor do Código Criminal representou enorme avanço no direito positivo; saiu-se da “Idade das Trevas” e, guiados pelos faróis do Iluminismo, ingressou-se no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa¹⁴⁷.

¹³⁹ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

¹⁴⁰ As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, é uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV. Vigeu no Brasil em matéria civil até 1500.

¹⁴¹ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

¹⁴² Op. cit., p. 85.

¹⁴³ Op. cit., p. 86.

¹⁴⁴ <https://beatricee.jusbrasil.com.br/artigos/111691326/o-livro-do-terror-em-a-lei-do-morra-por-ello>

¹⁴⁵ Op. cit.

¹⁴⁶ Op. cit.

¹⁴⁷ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios

O Código Criminal foi promulgado quando o Brasil era ainda incipiente como nação. A elaboração de uma nova legislação criminal era premente, sobretudo porque simbolizava uma ruptura com a dominação colonial. Além disso, fazia-se sentir a necessidade de adaptar o Direito às ideias da Idade das Luzes e às novas doutrinas que à época se formulavam¹⁴⁸.

Cumprir alertar, ademais, que a primeira Constituição fora outorgada em 25 de março de 1824¹⁴⁹, e consagrara princípios penais incompatíveis com o Código Filipino, cuja vigência estendia-se por força da Lei de 27 de setembro de 1823, de D. Pedro I, que revigorou as disposições do Livro V das Ordenações.

Observe-se que a Constituição de 1824, ainda que outorgada após D. Pedro I ter destituído a Assembleia Constituinte, era pródiga na previsão de direitos e garantias aos cidadãos brasileiros, como se notava em seu artigo 179¹⁵⁰.

Com a proclamação da República, em 1889, fez-se necessária uma reformulação no direito positivo. Lamentavelmente, contudo, inverteu-se a ordem natural da reforma normativa, que teve início com o Código Penal, promulgado em 1890, sobrevivendo a reforma constitucional somente no ano seguinte¹⁵¹.

Eram, obviamente, outros tempos. O Brasil já se consolidara como nação, não mais dependendo da Igreja Católica, justificando-se a separação entre Estado e Igreja. Mudara a forma de governo. A escravatura fora abolida, o que tornava sem sentido as disposições que conferiam tratamento penal diferenciado a escravos e homens livres. As alterações, contudo, vieram rápido demais, sem a necessária reflexão e maturação; tanto assim que o Código Penal foi alvo das mais ácidas (e justas) críticas¹⁵².

Em 1º de janeiro de 1942, entrava em vigor, no Brasil, um novo Código Penal (Decreto-lei nº. 2.848, de 07.12.1940). Este fora elaborado na vigência da Constituição de 1937 (a “Polaca” 74). À época, o Ministro da Justiça Francisco Campos determinou ao jurista Alcântara Machado a tarefa de preparar um projeto de Código Penal, o qual foi concluído em abril de 1940. Seu trabalho foi revisto por uma comissão integrada por Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Roberto Lyra, sob a presidência do Ministro Francisco Campos¹⁵³.

Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

¹⁴⁸ Op. cit., p. 87.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. Malheiros Editores, p. 74-75.

¹⁵⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm

¹⁵¹ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

¹⁵² Op. cit., p. 89.

¹⁵³ <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868>

De modo geral, a doutrina qualifica o Código de 1940 como “ecclético”, uma vez que teria logrado conciliar o pensamento clássico e o positivismo. Aliás, sua Exposição de Motivos consigna que “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”¹⁵⁴.

Ao Direito Penal, neste contexto legislativo, atribuíam-se finalidade retributiva e preventiva. A adoção do sistema do duplo binário (artigo 78, incisos. IV e V, do Código de 1940), a aplicação de medidas de segurança aos casos de crime impossível (artigos 14 e 76, parágrafo único) e a participação impune (artigos 27 e 76, parágrafo único) bem o demonstravam¹⁵⁵.

Na Reforma de 1984, a qual resultou na modificação da Parte Geral, percebe-se uma tentativa de adaptar o Código à dogmática vigente, notadamente de inspiração finalista e, sobretudo, de conferir às penas criminais o papel de ressocialização (cujo principal instrumento foi o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade)¹⁵⁶.

Como destacou Francisco de Assis Toledo, presidente da comissão responsável pela feitura do projeto que resultou na Lei nº. 7.209/84, “a reforma penal, presentemente, como em outras épocas, decorreu de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento (...)”¹⁵⁷.

A filosofia que se buscou imprimir ao Direito Penal, por meio da reforma, notadamente no que refere à finalidade da pena, residiu no dever de castigar, com a intenção primeira de prevenir e com o escopo final de ressocializar¹⁵⁸.

O cumprimento da missão do Direito Penal é entregue à entidade que conheça o Estado¹⁵⁹.

Quase a totalidade da doutrina, a partir disso, afirma a existência de um direito subjetivo do Estado consistente no exercício punitivo, ao qual se costuma denominar *jus puniendi*¹⁶⁰.

Uma perfunctória passagem pelos principais contratualistas faz identificar a origem dessa concepção¹⁶¹.

exposicaodemotivos-148972-pe.html

¹⁵⁴ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90.

¹⁵⁵ Op. cit., p. 91.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 91.

¹⁵⁷ Apud José Henrique Pierangeli, Códigos penais do Brasil: evolução histórica, 2. ed., p. 85

¹⁵⁸ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 91.

¹⁵⁹ BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 18.

¹⁶¹ Op. cit., p. 18.

É inegável que desde o período monárquico até o Direito Penal Moderno, existe uma significativa afinidade com o Direito Penal do Inimigo¹⁶².

Fala-se em prevenção especial quando se considera que a função da pena é manter o agente afastado de crimes futuros. Não se está afirmando que o conteúdo do Direito Penal vigente esteja configurado na medida da prevenção especial por inteiro ou apenas em seus elementos essenciais; mas postula-se que o Direito Penal seja configurado de *lege ferenda*, de tal modo que esteja apto à prevenção especial ou, então, que seja substituído por medidas de reabilitação e segurança adequadas. A exigência mínima, em todo caso, é que se prescindam daquelas penas com cuja execução até mesmo se eleva o risco de que o agente cometa crimes ulteriores¹⁶³.

O efeito sobre o agente deve-se dar de forma que ele seja mantido afastado de outros crimes mediante força física ou, então, que seja levado, por sua própria vontade, a não praticar mais nenhum crime. Este último se dá pela via da reabilitação do agente, seja esta via a da educação, ou a da intervenção física, ou, então, a via da intimidação por meio de uma pena admonitória. Assim, na esteira de Von Liszt, a função da pena ou da medida que a substitui ou flanqueia pode ser caracterizada da seguinte forma: “1. Reabilitação do criminoso suscetível ou necessitado de reabilitação; 2. Intimidação do criminoso necessitado de reabilitação; 3. Neutralização do criminoso não suscetível de reabilitação”¹⁶⁴.

Não é evidente a resposta à pergunta sobre se e por que razão um modelo desse tipo funciona. Contudo, as dúvidas sobre o funcionamento não são oportunas enquanto surgirem tanto sofrimento no tratamento de reabilitação, intimidação ou segurança dispensado ao agente, que este último fique marcado como titular dos custos da violação normativa ocorrida, pois, enquanto se imputar um mal como consequência continuarão sendo possíveis os efeitos positivos da prevenção geral. A própria circunstância de se responsabilizar o agente e de se reagir contra ele caracteriza-o como origem do conflito, reafirmando-se, assim, a norma. Esses efeitos baseiam-se, porém, sobre a impressão que a sentença penal de imputação e o tratamento preventivo provocam na coletividade, não guardando, portanto, nenhuma relação com as particularidades da prevenção especial; trata-se, antes, de efeitos secundários de caráter preventivo-geral¹⁶⁵.

¹⁶² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 12.

¹⁶³ Direito penal contemporâneo / Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Série IDP) Vários autores. 1. Direito penal I. Mendes, Gilmar Ferreira. II. Bottini, Pierpaolo Cruz. III. Pacelli, Eugênio. IV. Série, p. 14.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 14.

¹⁶⁵ Op. cit., p. 14.

Especificamente preventivo-especial não é definir como conflito a violação efetiva da eficácia normativa através da violação normativa, mas considerar esta última como simples sintoma de futuros crimes a serem cometidos pelo mesmo agente; do ponto de vista preventivo-especial, o risco de que esses crimes venham a ser cometidos é o que constitui o conflito. Portanto, é preciso renunciar à solução da frustração de uma expectativa normativa em favor da solidez da decepção diante de futuras expectativas cognitivas. Essa renúncia pode ter bom êxito se a solução cognitiva prometer sucesso e, ademais, se os decepcionados puderem definir o agente como diferente, anormal, necessitado ou algo semelhante, ou seja, em todo caso, uma pessoa que ocupa uma posição especial no que diz respeito à obediência normativa. Nesses casos, a obrigatoriedade normativa a todos imponível não é afetada, pois o agente distingue-se de “todos” num aspecto relevante. O caso principal de aplicação dessa solução de decepção cognitiva é o tratamento preventivo daquelas pessoas para as quais são plausíveis tanto a educabilidade quanto um déficit de educação, concretamente falando: o tratamento de jovens e adolescentes. Por essa razão é que o Direito Penal Juvenil constitui um domínio da prevenção especial, e sua substituição por medidas não punitivas que, no caso ideal, nem sequer são sentidas como um mal, mas apenas constitui uma consequência preventivo-especial na medida em que um déficit educativo possa ser plausivelmente demonstrado e suprimido na prática, pois, do contrário, o Direito Penal Juvenil também se sujeita ao modelo da prevenção geral positiva¹⁶⁶.

No entanto, não se podendo determinar nenhuma particularidade no agente, a reinterpretção preventivo-especial do conflito no plano cognitivo traz como consequência necessária o fato de que, para os decepcionados, o seu próprio comportamento também se torna uma questão de caráter meramente cognitivo. Se o comportamento desviante praticado por uma pessoa qualquer constitui uma frustração de expectativas cognitivas, como o é uma doença, a questão sobre como devemos nos comportar converte-se, para todos, na questão de como iremos nos comportar. Nessa abstinência normativa, a vida social (da mesma forma que a vida humana individual) já não pode mais ser organizável, pelo menos não se partirmos de uma sociedade como a atual¹⁶⁷.

Assim, existe ao menos a suspeita de que a prevenção especial apenas funciona quando flanqueada por efeitos secundários de cunho preventivo-geral. O próprio Von Liszt admite, no caso de pessoas que não apresentam nenhuma particularidade relativamente a qualquer pessoa, que se façam considerações tácitas, ainda que de caráter inequivocamente

¹⁶⁶ Op. cit., p. 14.

¹⁶⁷ Op. cit., p. 14.

preventivo-geral: no caso de reincidentes adultos, não se trataria tanto de reabilitação (que, em todo caso, traz para o agente não apenas um mal), mas de segurança, e não numa jaula de ouro, mas em “sujeição penal”¹⁶⁸.

A insistência de Von Liszt no princípio do fato também não se poderia basear apenas nas razões de Estado de Direito por ele exaltadas, mas também na força intimidadora de natureza preventivo-geral desse princípio¹⁶⁹.

Também existem objeções mais enérgicas contra a prevenção especial. A mais importante é a violação do princípio do fato. Na prevenção geral, é possível – ao menos nominalmente – limitar a responsabilidade à medida do prejuízo que o agente, através de seu fato, tenha trazido à eficácia normativa (prevenção geral positiva) ou à expectativa fática da obediência normativa (prevenção geral negativa). Contrariamente, na prevenção especial, é impossível, de antemão – com exceção dos delinquentes ocasionais –, desviar o agente apenas da punição dos crimes iguais aos que ele cometeu, deixando-o, ademais, sem tratamento. Não existe uma forma de dissuadir o agente unicamente de cometer furtos e fraudes de média gravidade ou outros crimes, apenas crimes do tipo dos que ele praticou. Ainda que não se siga o princípio do tudo ou nada, mas que se aceite que o ser humano pode ser mais ou menos socialmente adaptado, carece de senso prático – ao menos na maioria dos casos – a ideia de que é possível adaptar uma pessoa não adaptada somente segundo o tipo e a medida do crime por ela cometido. A teoria da prevenção especial precisa, portanto, abandonar o princípio do fato: o fato é tão somente a causa do tratamento¹⁷⁰.

Obviamente, o fato não é senão uma causa deficiente da prevenção especial, pois, no mais das vezes – novamente, à exceção dos delinquentes ocasionais –, é cometido ou evidenciado num momento em que o lapso não é mais reversível. Os procedimentos aptos para a prevenção especial não são as penas ou outros tratamentos posteriores à prática dos crimes do Código Penal, mas seria, por exemplo, a assistência em caso de desemprego, indisposição para o trabalho, sobre-endividamento, dificuldades familiares, vícios, etc¹⁷¹.

A discordância entre a vinculação do Direito Penal a um fato socialmente danoso (e não a uma situação de crescente inclinação ao crime) foi identificada por Von Liszt. Consoante sua solução, deve ser o “Direito Penal... a barreira intransponível da política criminal” o que significa que o “Direito Penal”, com o seu princípio do fato, deve cuidar do “se” da pena, mas que é a “política criminal” que deve responder pelo tipo e medida da pena.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 14.

¹⁶⁹ Op. cit., p. 14.

¹⁷⁰ Op. cit., p. 14.

¹⁷¹ Op. cit., p. 14.

Com isso, ambos os lados são beneficiados e prejudicados ao mesmo tempo: o princípio do fato deve sua origem às teorias da pena, que pretendem graduar a sanção de acordo com a dimensão do dano causado, e carece de função num modelo orientado para a prevenção especial. Nesse modelo, impede a eficácia, perdendo, por sua vez, metade de sua função, qual seja, a de indicar a medida do déficit de eficácia normativa e, por conseguinte, a medida da pena compensatória¹⁷².

A dissociação com relação ao fato vai tão longe que, em vários casos, chega a ser impossível indicar uma determinada duração da consequência jurídica no momento da sentença, o que, do ponto de vista do Estado de Direito, é nocivo, em se tratando de consequências jurídicas que consistam principalmente em assistência, mas não nos casos em que constituem infligência de um mal. A razão da indeterminabilidade reside na circunstância de o fato (cometido) apenas ensejar uma adaptação social (futura) do agente; o olhar voltado somente para o futuro apenas não pode buscar como objetivo senão o efeito da adaptação social, e, muitas vezes, nem sequer é possível prever aproximadamente – e nunca se pode prever exatamente – quando esse fim foi alcançado¹⁷³.

A admissibilidade de uma pena privativa de liberdade de duração indeterminada é, portanto, o principal sinal de reconhecimento de um Direito Penal orientado primordialmente para a prevenção especial¹⁷⁴.

Ademais, deve-se objetar contra esse modelo que, nele – assim como na prevenção geral negativa –, o *quantum* do dano social e o *quantum* da reação não estão associados, podendo-se chegar a desproporções severas. De acordo com os princípios da prevenção especial, o autor multirreincidente em crimes de lesão mínima deveria ser apenas “assegurado”, não obstante sejam meramente medianos os danos de seus crimes (ou seja, dever-lhe-ia impor uma custódia de segurança de alguns anos). É possível corrigir esses resultados com a ajuda do princípio da proporcionalidade, mas, nesse caso, esbarra-se na dificuldade de ter que se prescindir de uma reação preventivo-especial por falta de proporcionalidade, e de uma reação preventivo-geral, porque a prevenção geral não pode ser legitimada como mera preenchedora de lacunas. Surgem dificuldades parecidas no caso de autores de crimes graves que não carecem de nenhuma adaptação ou, senão, de muito pouca. São exemplos não só vários assassinos dos tempos do nacional-socialismo que, posteriormente, conseguiram levar, durante decênios, uma vida de respeito à legalidade, mas

¹⁷² Op. cit., p. 14.

¹⁷³ Op. cit., p. 14.

¹⁷⁴ Op. cit., p. 14.

também agentes que se encontram em situações de conflito cuja reincidência é improvável; no caso de estrangeiros sem direito a asilo, bastaria a expulsão. Mas, em se renunciando a uma reação que compense os danos à eficácia normativa, eleva-se o risco – já descrito acima de forma geral com relação à prevenção especial – da possibilidade de perda total da orientação normativa¹⁷⁵.

Não há dúvidas que o Direito Penal Moderno segue as orientações político-criminais de um Direito Penal Máximo, deixando de lado, muitas vezes, as garantias penais e processuais penais, sob o argumento falso de defesa da sociedade¹⁷⁶.

3.1 Considerações iniciais

A reforma penal brasileira de 1984, como em outras épocas, decorreu de uma exigência histórica, em razão da transformação da sociedade e da mudança das regras de comportamento, já inadiável em razão fisionomia da sociedade que se apresentava diferente de 1940, época em que o Código Penal foi editado¹⁷⁷.

Houve uma grande reforma da parte geral do Código Penal com a Lei nº. 7.209/84. Foi constituída uma comissão com jovens juristas que tinham uma concepção diferente: olhar o Direito Penal como *ultima ratio*, partindo da premissa de um Estado Democrático de Direito em que a regra não é proibir, mas permitir, reprimindo apenas o necessário¹⁷⁸.

A mesma premissa se adotou com relação à função da pena, que não poderia ter caráter apenas retributivo, mas garantir a reinserção social. Daí criou-se os três regimes de prisão. Essa reforma de 1984 se afastou preceitos da Escola Clássica Tradicional-Causalista italiana de Francesco Carrara¹⁷⁹ e passou a adotar a concepção finalista alemã de Hans Welzel¹⁸⁰.

Assim, o Código Penal Brasileiro vigente apresenta, hoje, uma divisão: a Parte Geral com a reforma de 1984 inspirada na Alemanha e a Parte Especial à base da Itália¹⁸¹.

¹⁷⁵ Op. cit., p. 14.

¹⁷⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 13.

¹⁷⁷ PONTE, Antônio Carlos da; FELICIO, Guilherme Lopes. O direito penal a partir de um estado democrático de direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁸ Op. cit.

¹⁷⁹ Era um jurista italiano e político liberal, um dos principais estudiosos europeus de direito penal e advogados de abolição da pena de morte do século XIX.

¹⁸⁰ PONTE, Antônio Carlos da; FELICIO, Guilherme Lopes. O direito penal a partir de um estado democrático de direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988.

¹⁸¹ Op. cit.

Por sua vez, posteriormente com Constituição Federal de 1988 verificou-se uma série de princípios constitucionais penais e aplicáveis ao Direito Penal, realizando uma verdadeira filtragem e indicando a adoção das mesmas premissas da reforma penal de 1984¹⁸².

Esta sintonia da reforma penal de 1984 com a Constituição Federal de 1988 ensinou, ainda, uma grande lição: a importância de se adotar uma linha filosófica e um Direito Penal que caminhe junto com sua Constituição¹⁸³.

Desde a entrada em vigor da atual Parte Geral, muitas foram as alterações promovidas no corpo do Código Penal. Tais mudanças pontuais, por mais bem-intencionadas que possam ser, quebram a harmonia do texto normativo e produzem severas incongruências na legislação¹⁸⁴.

Para se ter uma ideia, já houve mais de trinta leis modificadoras do Código Penal editadas depois da reforma da Parte Geral em 1984¹⁸⁵.

Destas, merecem destaque a Lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº. 9.268/96 (que, entre outras disposições, impediu a conversão da pena de multa em prisão), a Lei nº. 9.426/96 (que modificou tipos penais com vistas a coibir delitos envolvendo veículos automotores), a Lei nº. 9.677/98 (que aumentou o rigor punitivo dos crimes contra a saúde pública), a Lei nº. 9.714/98 (responsável pela ampliação das penas alternativas), a Lei nº. 10.028/2000 (que instituiu os crimes contra as finanças públicas), a Lei nº. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), a Lei nº. 11.106/2005 (que modernizou o tratamento penal dos crimes sexuais), a Lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a Lei nº. 11.596/2007 (que alterou o elenco das causas interruptivas da prescrição), as Leis nº. 12.012, nº. 12.015 e nº. 12.033, de 2009 (responsáveis pela inserção do crime de favorecimento real impróprio — artigo 349-A, pela introdução dos crimes contra a dignidade sexual e pela alteração da ação penal no crime de injúria qualificada pelo preconceito), a Lei nº. 12.234/2010 (que modificou o regime jurídico da prescrição), a Lei nº. 12.550/2011 (que ampliou o leque de penas restritivas de direitos e tipificou o ato de fraudar certames de interesse público), a Lei nº. 12.650/2012 (responsável por estabelecer como termo inicial da prescrição de delitos sexuais cometidos contra menores de 18 (dezoito) anos a data em que a vítima atinge a maioridade), a Lei nº. 12.653/2012 (que inseriu o crime do artigo 135-A — condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial), a Lei n. 12.694/2012 (alteradora das regras sobre a perda do

¹⁸² Op. cit.

¹⁸³ Op. cit.

¹⁸⁴ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

¹⁸⁵ https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852_exposicaodemotivos-148879-pl.html

produto ou proveito do crime como efeito da condenação), a Lei nº. 12.720/2012 (que, entre outras disposições, criou o delito de constituição de milícia privada), a Lei nº. 12.737/2012 (a qual passou a punir no Código a violação de dispositivo informático alheio — artigo 154-A), a Lei nº. 12.850/2013 (modificadora do crime de quadrilha ou bando, agora denominado associação criminosa, e responsável por elevar a pena do falso testemunho — artigo 342), Lei nº. 12.978/2014 (que tornou hediondo o crime de facilitação da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou vulnerável) e a Lei nº. 13.008/2014 (que cindiu o artigo 334 em duas disposições — artigos 334 e 334-A —, passando a definir, em tipos diferentes, o descaminho e o contrabando)¹⁸⁶.

O domínio da legislação penal pátria, contudo, não exige apenas o conhecimento das regras gerais e dos tipos penais contidos no Código Penal, pois há um número considerável de textos esparsos que merecem a atenção do agente desse ramo do Direito¹⁸⁷.

Para que se possa questionar a presença do Direito Penal do Inimigo, de rigor a interpretação e integração da lei penal¹⁸⁸.

Durante muito tempo prevaleceu a máxima *in claris cessat interpretatio*, querendo significar que quando o texto fosse claro o suficiente não haveria necessidade de interpretação¹⁸⁹. Contudo, ensina Manoel Messias Peixinho¹⁹⁰:

Não há norma suficientemente clara que prescindida da interpretação e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo. Assim, para decidir se determinado texto é claro ou obscuro, bem como para decidir se determinada controvérsia é contemplada ou não por certa norma, é imprescindível, evidentemente, uma operação intelectual. Pois bem, o nome dessa operação é justamente o que se conhece por interpretação.

As espécies de interpretação pode-se dividir em: objetiva (*voluntas legis*) e subjetiva (*voluntas legislatoris*)¹⁹¹.

A doutrina distingue a interpretação da lei penal quanto ao sujeito que a faz, em autêntica ou legislativa, doutrinária e judicial¹⁹².

¹⁸⁶ <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>

¹⁸⁷ ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

¹⁸⁸ É fundamental que salientar a hierarquia das normas, através do que a doutrina denomina “pirâmide de Kelsen”. Essa pirâmide foi concebida para fundamentar a teoria, baseada na ideia de que as normas jurídicas inferiores (normas fundadas) retiram seu fundamento da validade das normas jurídicas superiores (normas fundantes).

¹⁸⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 83.

¹⁹⁰ PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 16-17.

¹⁹¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 83. Busca-se descobrir a suposta vontade da lei, bem como alcançar a vontade do legislador.

A interpretação autêntica ou legislativa é feita pelo próprio legislador, por meio da própria lei. Ao elaborar determinada lei, verifica o legislador a existência de um conceito, um termo, um instituto, inserido na norma que pode ser interpretado de forma dúbia ou ambígua e, como a norma penal deve ser precisa, ele mesmo apresenta a solução da dúvida ou da ambiguidade, espancando futuras controvérsias¹⁹³.

A interpretação doutrinária é realizada pelos juristas, estudiosos e cientistas do direito¹⁹⁴.

Tão logo em vigor uma lei, torna-se necessário interpretá-la. As dúvidas aparecem, e os agentes sobre ela se debruçam e, conquanto sejam profundos conhecedores do direito, investigam, com base nos métodos científicos indicados, e apresentam à comunidade dos operadores do direito seu entendimento acerca da vontade da lei¹⁹⁵.

A interpretação judicial é realizada pelos juízes e pelos tribunais, quando do julgamento dos casos concretos¹⁹⁶.

Ocorrendo o crime e nascendo, para o Estado, o direito de punir o infrator da norma penal, vai ele, perante o juiz, pedir a condenação do homem acusado de desobedecer ao mandamento. Ao juiz caberá descobrir qual a vontade da norma, qual seu alcance, qual sua extensão e profundidade, seu significado, o âmbito de sua eficácia, diante daquele caso ocorrido¹⁹⁷.

Contudo, não se pode descobrir a vontade da lei ao acaso, tampouco amadoristicamente. Em suma, devem ser utilizadas outras formas, como métodos literal e teleológico¹⁹⁸.

3.2 (D) Legitimidade do Direito Penal do Inimigo

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e,

¹⁹² TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. – São Paulo: Atlas, 2004, p. 130.

¹⁹³ Op. cit., p. 130-131.

¹⁹⁴ Op. cit., p. 132.

¹⁹⁵ Op. cit., p. 132.

¹⁹⁶ Op. cit., p. 132.

¹⁹⁷ Op. cit., p. 132.

¹⁹⁸ Op. cit., p. 134.

afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão¹⁹⁹.

Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pela Constituição Federal²⁰⁰.

Ademais, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, encontra-se a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se constrói o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos²⁰¹.

Sobremaneira, na declaração dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontra-se no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, uma evidente intenção que também orienta a atividade jurisdicional em matéria penal, qual seja, o propósito de construir uma sociedade livre e justa. Nessa esteira, também se pode afirmar que entre os princípios norteadores das relações internacionais estabelecidos no artigo 4º da Constituição Federal, a prevalência dos direitos humanos representa um inquestionável limite para o exercício do poder punitivo estatal, até mesmo contra aqueles delitos que possuem um caráter transfronteiriço e, principalmente, para o cumprimento das medidas de cooperação internacional em matéria penal²⁰².

Todavia, é no artigo 5º da Constituição Federal que está abarcado os princípios constitucionais específicos em matéria penal, cuja função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da Culpabilidade, um Direito Penal Mínimo e garantista²⁰³.

Não obstante, é patente que nas últimas décadas surgiu a necessidade de uma segurança a nível mundial com o fim de eliminar meios de perigos que são recorrentes²⁰⁴.

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. – 22. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. Malheiros Editores, p. 93.

²⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. – 22. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

Neste sentido, finca a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: A superlotação e a precariedade do estabelecimento penal, é dizer, a ausência de condições necessárias ao cumprimento da pena em regime aberto, permite ao condenado a possibilidade de ser colocado em prisão domiciliar, até que solvida a pendência, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da individualização da pena. – HC 216.828/RS, 6ª T., j. 02.02.2012, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 15.02.2012. (HC 217058/RS, 6ª T., rel. Min. Vasco Della Giustina, 20.03.2012, v.u).

²⁰² Op. cit., p. 88.

²⁰³ Op. cit., p. 88.

²⁰⁴ http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34786&Itemid=8

Segundo o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada só em 2017 foram mais de 65 mil homicídios.

No Brasil, contatam-se várias leis e projetos de leis que guardam simetria com o modelo liberal-clássico²⁰⁵.

A discussão frente a (i)legitimidade de um Direito Penal do Inimigo, inegavelmente, indicam valores sociais perdidos (ou não) e eficiente gerenciamento por parte dos administradores públicos (ou não)²⁰⁶.

Nesta mesma trilha, Santo (apud MORAES, 2010, p. 284) afirma que “nenhuma parcela do ordenamento jurídico é mais sensível às variações políticas que a penal. Quando muda a constituição política de um Estado está próxima a transformação de seu sistema punitivo e vice-versa.”

Com percuciência Roberto da Freiria Estevão²⁰⁷ assevera ao fincar sobre o direito e a razão como primeira existência citando Abbagnano, em seu conhecido Dicionário de Filosofia, Vico entendia o senso comum como “um juízo sem reflexão, comumente sentido por toda uma ordem, todo um povo, toda uma nação, ou por todo o gênero humano” (Vico, Dignidade 12 – apud Abbagnano, 2003, p. 873).

O mesmo pensador também insistiu que o senso comum tem a função de “confirmar e determinar o arbítrio humano, incertíssimo por sua própria natureza, (...) no que diz respeito às necessidades ou utilidades humanas” (Dignidade 11, *ibid*)²⁰⁸.

Na “Escola Escocesa”, não foi muito diferente a compreensão sobre o assunto, como se constata em “Investigação sobre o espírito humano segundo os princípios do senso comum”, de T. Reid (1764). Ele usou a expressão “para designar as crenças tradicionais do gênero humano, aquilo em que todos os homens acreditam ou devem acreditar” (apud Abbanano, 2003, p. 203)²⁰⁹.

Esta é a conotação mais adotada nos dias em que vivemos: são as opiniões e decorrentes ações que, impostas pela tradição aos indivíduos de um grupo social numa determinada época e local, acabam aceitas sem questionamento como verdades e comportamentos típicos do ser humano²¹⁰.

²⁰⁵ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1672165>

²⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229.

²⁰⁷ ESTEVÃO, Roberto da Freiria. Direito e realidade social: velhos inimigos. In “A construção do saber jurídico no século XXI”, 2005, Marília/SP, Anais do XIV encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

²⁰⁸ Op. cit.

²⁰⁹ Op. cit.

²¹⁰ Op. cit.

Dentro do tema em análise, em rápidas palavras pode-se entender o senso comum dos juristas como o agir baseado na compreensão de um direito limitado ao ordenamento normativo em vigência, o que constitui verdadeiro obstáculo à necessária ruptura com o vetusto sistema jurídico entre nós impregnado²¹¹.

Esse sistema está deteriorado pelo tempo; deveria ser “embalsamado” e “colocado” num imaginário museu jusfilosófico. Impõe-se a abertura ao novo, que leve o direito à aproximação da realidade social²¹².

Só assim o Direito atenderá à razão primeira de sua existência, ou seja, a pesquisa do justo em meio aos problemas sociais. Para tanto se faz necessário buscar a compreensão dos motivos que levam aos conflitos individuais e sociais. Então, será possível a efetiva justiça na solução desses conflitos através de instrumentos e formas que tenham plena acolhida e aceitação na coletividade²¹³.

O divisor de águas da (i)legitimidade do Direito Penal do Inimigo é, sob a ótica da teoria de Günther Jakobs, a questão de relativização dos princípios fundamentais²¹⁴.

Com o advento das teorias da ação e a teoria finalista as mesmas pretendiam transformar a dogmática penal de um ponto de partida ontológico que seria chave. Mais tarde, na década de 1970, Claus Roxin viria a criticar o finalismo, utilizando a expressão “final” para explanar sobre o caráter teleológico do Direito Penal, que, para o autor, o Direito Penal tem uma finalidade que serve de guia para si mesmo²¹⁵.

Já no funcionalismo preocupou-se com a operacionalização do Direito, partindo de um sistema de normas oferecidas por uma interpretação política. A partir de Claus Roxin, vários movimentos funcionalistas surgiram. Gunther Jakobs, igualmente partiu da ideia de um funcionalismo, entendendo o Direito Penal como orientado a proteger a identidade normativa e garantir a Constituição²¹⁶.

O Direito Penal deve, então, ter uma função – a de construir política criminal²¹⁷.

A política criminal se consubstancia em uma relação de meio e fim, isto é, o Estado procura instrumentos para lutar contra o crime. A missão da política criminal, pela sua

²¹¹ Op. cit.

²¹² Op. cit.

²¹³ Op. cit.

²¹⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº. 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 93.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados.

²¹⁵ PONTE, Antônio Carlos da; FELICIO, Guilherme Lopes. O direito penal a partir de um estado democrático de direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988.

²¹⁶ Op. cit.

²¹⁷ Op. cit.

precípua finalidade, é a de definir os fins do Estado diante do problema do crime e formular os meios necessários para realizá-los²¹⁸.

O sopesamento ao princípio da proporcionalidade há de ser levado em consideração²¹⁹.

Proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais. Por isso, o princípio difunde-se por todos os ramos do Direito, adquirindo especial atenção na seara penal. Não teria o menor sentido, levando-se em conta a proteção secundária assegurada pelo Direito Penal aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo²²⁰.

Ao discorrer sobre o tema, Claus Roxin²²¹ sustenta que os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o Direito Penal no âmbito do ordenamento estatal. Segundo ele, o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas²²².

A tese segundo a qual o Direito Penal deve assegurar a coexistência livre e pacífica dos cidadãos tem as suas raízes na época do Iluminismo, que exerceu grande influência em todos os países ocidentais desde o século XVIII. Segundo essa teoria, o Estado deve ser concebido a partir do modelo ideal de um contrato – independentemente da questão de seu surgimento histórico, que pode ser respondida em sentido bem diverso. Parte-se de uma hipótese, segundo a qual todos os habitantes de determinado território celebram um acordo, no qual eles delegam a certos órgãos a garantia de sua convivência. Eles criam uma organização, o Estado, e lhe conferem o direito de obter a proteção dos cidadãos através da

²¹⁸ Op. cit.

²¹⁹ De rigor contrapor o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (STF – MS 23.452 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 12 mai. 2000).

²²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 42.

²²¹ É um dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão, tendo conquistado reputação nacional e internacional neste ramo.

²²² ROXIN, Claus. Estudos de direito penal – 2ª ed.; tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

emissão e execução de leis penais e de outras regras. Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual²²³.

A finalidade do Direito Penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O Direito Penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas²²⁴.

O recuo do Direito Penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista do contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada²²⁵.

Em muitos países, esses princípios básicos estão garantidos legal ou mesmo constitucionalmente. Mesmo onde isso não tenha ocorrido expressamente, eles derivam dos fundamentos da democracia parlamentar, bem como do reconhecimento de direitos humanos e de liberdade que devem ser respeitados em um estado de direito moderno²²⁶.

O Direito Penal do Inimigo, hoje, não passa apenas de uma ideia a ser analisada com o fim de questionarmos as leis vigentes atuais, algumas inclusive até muito antigas e com franca necessidade de reavaliação, para o estabelecimento de leis que venham a atender a sociedade atual, limitando-se e respeitando-se os direitos e as garantias individuais conquistadas ao longo do tempo²²⁷.

A discussão frente a (i)legitimidade de um Direito Penal do Inimigo remete “ao tema da ética e dos valores.” (MORAES, 2010, p. 281)

3.3 Leis penais especiais e o Direito Penal do Inimigo

²²³ Op. cit., p. 32-33.

²²⁴ Op. cit., p. 33.

²²⁵ Op. cit., p. 33.

²²⁶ Op. cit., p. 33-34.

²²⁷ <https://igortescobar.jusbrasil.com.br/artigos/360430832/direito-penal-do-inimigo-analise-sobre-legitimidade-e-ilegitimidade>

Muito da legislação penal especial é fruto de agenda internacional que envolve Direitos Humanos de grupos vulneráveis, como o combate de condutas criminosas que alcançam espectro transnacional, como a Lei de Drogas – também impactada pela pauta internacional – ou disciplinam fatos que ocorrem diariamente em uma sociedade complexa como a brasileira – Violência Doméstica (Lei nº. 11.340/2006) – sem falar na legislação de momento, produzida por pressão dos veículos de comunicação ou clamor social (“Carolina Dieckmann” – Lei nº. 12.737/2012)²²⁸.

Sobremodo, é fato que as leis especiais foram produzidas em épocas distintas e por motivos diversos, ferramental jurídico com finalidades específicas, para disciplinar de forma singular o surgimento de determinados fatos sociais²²⁹.

É crucial reconhecer os fenômenos jurídicos criados na legislação especial, pois eles terão particulares consequências e, invariavelmente, palavras de forma não técnica, chamando um fenômeno por outro, podendo levar a uma interpretação errônea, com aplicação equivocada ou distorcida do Direito²³⁰.

Nesta senda, através de uma interpretação hodierna e *pro societate*, o Direito Penal do Inimigo está alinhavado com várias leis penais especiais. O criminoso que não é cidadão e não pode, portanto, ser tratado como pessoa pelo Estado, é aquele que considerado um perigo latente e não simplesmente um delinquente, perde sua qualidade de pessoa e pode de certo modo ser visto como um criminoso inimigo do Estado. É por esse prisma que se salienta algumas das principais leis esparsas que albergam o Direito Penal do Inimigo²³¹.

A Lei nº. 11.343/2006 proíbe as drogas em todo o território nacional, bem como o plantio, cultura, colheita e exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, salvo estrita e expressa autorização legal ou regulamentar para a manipulação e interação com drogas ou, então, reconhecido o caráter para finalidade ritualística e religiosa.

²²⁸ CAPANO, Evandro Fabiani. Legislação penal especial. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 17.

²²⁹ Op. cit., p. 17.

²³⁰ Op. cit., p. 18.

²³¹ O ponto nevrálgico para dar justa causa está dormente no Texto Constitucional, por exemplo, no artigo 5º: XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII — a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII — a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV — constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Em razão da constatação do poder destrutivo e corruptivo das drogas na sociedade e estudos que relacionam os principais tipos de criminalidade à presença das drogas, ou motivados por elas, desde o furto à roubos e homicídios, é que pode-se afirmar uma latente presença do Direito Penal do Inimigo²³².

O mercado da droga está plenamente operante, ainda que as autoridades consigam apreender parte da carga circulante, conforme se deduz das estatísticas oficiais. Nos grandes centros urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita²³³.

Desta forma, a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que levam jovens e agricultores ao negócio da droga, que mesmo ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoas sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal²³⁴.

Na análise da situação brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que “o contingente anual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam um vaga no mercado formal de trabalho”, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico²³⁵.

A Lei nº. 8.072/1990 avulta a necessidade de tratar determinadas condutas valoradas como mais gravosas pelo legislador. Cuida-se da lei que dispõe sobre os crimes hediondos²³⁶.

A legislação foi, em verdade, fruto de clamor social, pois no início da década de 90 a população brasileira tomou conhecimento dos sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberta Medina, o que formatou a opinião pública para constituir uma lei dessa envergadura²³⁷.

²³² Neste diapasão, encontra-se o Plano de Prevenção e repressão às drogas da Segurança Pública Estadual de Mato Grosso (<http://www.sejudh.mt.gov.br/-/prevencao-e-repressao-as-drogas-sao-algumas-das-aco-es-da-seguranca-publica-em-plano-estadual>).

²³³ Projeto Pensando o Direito. Tráfico de Drogas e Constituição. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Coordenação Acadêmica Luciana Boiteux; Ela Wiecko Volkmer de Castilho; Beatriz Vargas; Vanessa Oliveira Batista; Geraldo Luiz Mascarenhas Prado; Carlos Eduardo Adriano Japiassu (colaborador), 2009, p. 39.

²³⁴ Op. cit., p. 39.

²³⁵ Op. cit., p. 39.

²³⁶ Com o advento do Texto Constitucional, ficou expresso que o legislador infraconstitucional tinha obrigação de legislar sobre a matéria, fazendo-o especificar quais seriam as infrações penais classificadas como hediondas. Extrai-se, assim, do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem;”.

²³⁷ CAPANO, Evandro Fabiani. Legislação penal especial. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.

O legislador, então, cunhou uma legislação, em seu nascedouro, que tornou defeso o arbitramento de fiança e vedou também a progressão da pena, ou seja, o condenado teria que cumprir a pena totalmente em regime fechado²³⁸.

Deste modo, o legislador, valendo-se da fragmentariedade da legislação penal, destacou determinadas condutas, tratando-as com mais rigor não só na fase processual, bem como na execução, o que se mostrou inconstitucional, seja por vulnerar o princípio da presunção de inocência, seja por deitar por terra o princípio da individualização da pena²³⁹.

Diante do incontestado rigor da lei, bem como sua efetiva aplicação, evidencia-se uma forte presença do Direito Penal do Inimigo.

No afã de verticalizar o Direito Penal do Inimigo com a legislação especial, destaca-se, indiscutivelmente, a Lei nº. 9.613/1998, que define os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na referida lei, bem como a criação do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras²⁴⁰.

Impulsionada pela globalização econômica, a prática de delitos transnacionais experimentou grande crescimento, na mesma proporção em que aumentaram os lucros obtidos por meio dessas atividades ilícitas. De fato, o avanço da tecnologia financeira tem ampliado o mercado global e, com ele, as atividades do crime organizado²⁴¹.

Nesse contexto, a lavagem de dinheiro, modalidade delituosa moderna e sofisticada, aparece como motor essencial das organizações criminosas, afinal, é o meio pelo qual elas podem dispor livremente de seus ganhos ilícitos²⁴².

O fabuloso fluxo de capitais lavados permite a conquista de espaços de poder, a ocasionar gradual destruição do tecido econômico do Estado. De tal sorte, as organizações criminosas passam a interferir na vida econômica, social e política das comunidades em que atuam²⁴³.

Diversas são as autoridades reguladoras que realizam estimativas anuais acerca da dimensão de dinheiro sendo lavado, quer seja a nível mundial ou ao nível da economia

327.

²³⁸ Op. cit., p. 327.

²³⁹ Op. cit., p. 327.

²⁴⁰ <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-893-de-19-de-agosto-de-2019-211446132>

O COAF mudou de nome e passou a ser vinculado ao Banco Central através da Medida Provisória nº. 893 de 19 de agosto de 2019.

²⁴¹ PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional. – São Paulo: LTr, 2016, p. 25.

²⁴² VIGNA, Piero L. apud PEREIRA, p. 25.

²⁴³ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello apud PEREIRA, p. 32.

nacional. Em geral, é absolutamente impossível produzir uma estimativa fiduciária da quantidade de dinheiro sendo lavado²⁴⁴.

Apesar da dificuldade na mensuração, a quantidade de dinheiro sendo lavado todos os anos está na casa dos bilhões de reais e representa uma enorme preocupação ao Governo.

Em que pese o esforço na prevenção, fim e encarceramento dos responsáveis pela lavagem de dinheiro, casos relacionados com lavagem de dinheiro estão correlacionados. A guerra às drogas, combate ao terrorismo, etc.

Em 15 de março de 2003, ocorreu o homicídio do então Juiz Corregedor da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente, Dr. Antônio José Machado Dias, por obra de facção criminosa insatisfeita com sua atuação honesta e exemplar no trato de presos perigosos²⁴⁵.

A partir de então, foram incrementados os esforços para o necessário enrijecimento das regras prisionais em face de indivíduos cujo comportamento no cárcere ponha em risco a sociedade e as próprias autoridades públicas. De início, tentou-se adotar instrumentos eficazes de custódia por meio de simples atos administrativos, via esta que foi alvo de merecidas críticas, sobretudo ante a realidade de que somente lei em sentido formal constitui veículo constitucionalmente adequado para dispor sobre tópico que, necessariamente, envolve justificadas restrições a direitos fundamentais²⁴⁶.

A Lei n.º 10.792/2003 introduziu no ordenamento jurídico o regime disciplinar diferenciado para os presos provisórios e condenados, que pode ser aplicado nas seguintes hipóteses: a) quando a prática de fato previsto como crime doloso ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; b) para presos nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) para o acusado em que recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando²⁴⁷.

O novo regime, inserido dentro do fechado, deve ser cumprido em total isolamento, devendo haver nos presídios equipamento de bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos, além de detectores de metais para a submissão de qualquer pessoa que queira ingressar no estabelecimento, seja ocupante de cargo público ou não²⁴⁸.

²⁴⁴ <https://oglobo.globo.com/economia/lavagem-de-dinheiro-movimenta-cerca-de-6-bi-por-ano-estima-bc-20483152>

²⁴⁵ BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Regime disciplinar diferenciado: aplicação e constitucionalidade. – São Paulo: Porto de Ideias, 2017, p. 92.

²⁴⁶ Op. cit., p. 93.

²⁴⁷ Op. cit., p. 94.

²⁴⁸ Op. cit., p. 94.

O regime disciplinar diferenciado é, em tese, caracterizado pelo seguinte: a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias²⁴⁹.

Note-se o rigor incontestado do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos²⁵⁰.

Quando a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIII e a Lei dos Crimes Hediondos em seu artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.º 8.072/90 fizeram menção ao crime de terrorismo, conferindo-lhe tratamento mais rigoroso do que aos crimes comuns, surgiu questionamento acerca da existência de delito dessa natureza na legislação em vigor²⁵¹.

Encontrou-se apenas no artigo 20, da Lei n.º 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional) um tipo penal que faz menção ao terrorismo²⁵²:

Art. 20 — Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.
Pena — reclusão, de três a dez anos.

Com efeito, esse artigo 20 contém um tipo misto alternativo em que as várias condutas típicas se equivalem pela mesma finalidade — inconformismo político ou obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas²⁵³.

O Supremo Tribunal Federal entende que é efetivamente cabível a punição concomitante em relação a atos que atinjam, a um só tempo, bens individuais e coletivos, descritos em tipos penais diversos²⁵⁴.

²⁴⁹ Op. cit., p. 94.

²⁵⁰ Op. cit., p. 95.

²⁵¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Legislação penal especial / Victor Eduardo Rios Gonçalves, José Paulo Baltazar Junior; coordenador Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Coleção esquematizado®), p. 183.

²⁵² Op. cit., p. 183.

²⁵³ Op. cit., p. 183.

²⁵⁴ É o que ocorre, por exemplo, nos casos de punição concomitante pelos crimes de genocídio e homicídio (RE 351.487/RR), bem como pelos delitos de abuso de autoridade e lesões corporais, ainda que decorrentes de ação única, na medida em que os bens jurídicos tutelados são diversos.

Na linha conservadora de presença do Direito Penal do Inimigo é possível extrair do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal:

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Por sua vez, o artigo 2º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90, proibiu também o indulto em relação ao terrorismo, e o seu § 1º estabeleceu a necessidade do regime inicial fechado aos condenados por tal crime²⁵⁵.

De acordo com o artigo 3º, inciso III, da Lei n.º 9.474/97, são excluídos da condição de refugiados políticos aqueles que tenham cometido atos terroristas.

O artigo 5º, inciso LI, da Lei Magna veda a extradição de brasileiro, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da lei.

Já em relação ao estrangeiro, o artigo 5º, inciso LII, da Constituição Federal só proíbe a extradição quando a acusação for relacionada a crime político ou de opinião.

Em relação à possibilidade de o terrorismo ser considerado crime político, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional responsável pelo julgamento dos pedidos de extradição, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea *g*, da Constituição²⁵⁶.

²⁵⁵ Dispositivo que, todavia, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840/MS.

²⁵⁶ “os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). — A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política. (...) O estatuto da criminalidade política não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzam práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sulamericanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado. — O terrorismo — que traduz expressão de uma macrodelinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas — constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apoia o Estado democrático de direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do

A despeito do tema, o ordenamento jurídico penal necessita ser sistemático e harmônico, criando um equilíbrio entre a filosofia e o direito positivo, no qual a primeira atue como fonte do segundo. A codificação favorece a análise e a compreensão dos institutos jurídicos por ele regradados. Propicia uma compatibilidade lógica entre suas regras, dispostas de forma harmônica e despida de contradições. Também facilita o acesso às normas vigentes, ao contrário do que ocorre com o sistema de legislação esparsa ou de criação consuetudinária²⁵⁷.

3.4 Direito Penal do Inimigo e sua seletividade

Existem condutas que sempre foram reprimidas em qualquer sociedade com um grau baixo de organização, como o homicídio, o roubo, o estupro etc. São os chamados crimes naturais, previstos no passado, sendo punidos hoje e, certamente, serão objeto de censura no futuro, posto que garantam amparo a bens pessoais que interessam à sociedade como um todo. A obediência ao comando legal é medida natural, assim como a punição ao infrator²⁵⁸.

A maioria das pessoas não delinque. Além de caber perguntar por qual razão alguns praticam crimes, cumpre analisar por que a grande parte das pessoas não vem a delinquir. O controle social exerce-se, primeiramente, por via da família, da escola, da igreja, do sindicato, atuantes na tarefa de socializar o indivíduo, levando-o a adotar os valores socialmente reconhecidos e os respeitar, independentemente da ação ameaçadora e representativa do Direito Penal, que constitui uma espécie de controle social, mas de caráter formal e residual, pois só atua diante do fracasso dos instrumentos informais de controle²⁵⁹.

O Estado aponta quais condutas que a seu ver são importantes e devem ser proibidas. Cuida-se de criminalização primária. Nesse momento, de maneira abstrata o Estado elenca e descreve aquelas condutas que julga passíveis de punição. Trocando em miúdos, poder-se-ia afirmar que a lei penal vincularia todas as pessoas na medida em que ao prever de maneira

Brasil (art. 5º, LII) reservou aos atos configuradores de criminalidade política. — A cláusula de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição da República — que veda a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião — não se estende, por tal razão, ao autor de atos delituosos de natureza terrorista, considerado o frontal repúdio que a ordem constitucional brasileira dispensa ao terrorismo e ao terrorista. — A extradição — enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum — representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui “uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)” (Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, Art. 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua descaracterização como delito de natureza política”. (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2004, DJ 01/07/2005, p. 5, Ement. v. 2198-1, p. 29, RB v. 17, n. 501, 2005, p. 21-22).

²⁵⁷ PONTE, Antônio Carlos da. Crimes eleitorais. — 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁵⁸ Op. cit.

²⁵⁹ REALE JÚNIOR, Miguel, 1944- Instituições de direito penal. — Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 03.

abstrata a proibição de determinada conduta, qualquer pessoa que violasse a lei seria em tese por ela punida o que conferiria neutralidade à norma penal incriminadora²⁶⁰.

Se de um lado tem-se a criminalização primária, pode-se afirmar que essa se opera no momento em que é criada a lei penal, a criminalização secundária se realiza na medida em que essa lei passa a ser aplicada. Nesse ínterim, é importante refletir que essa a lei a ser cumprida na criminalização secundária, não é simplesmente revelada ou descoberta, ao contrário, em se tratando de direito é imperioso que se reconheça que este pode ser imposto ou pode ser fruto de um longo processo de lutas²⁶¹.

Oportuno contra pontuar os crimes de plástico, como bem assevera Ponte²⁶²:

São condutas que apresentam um particular interesse em determinada época ou estágio da sociedade organizada, de acordo com as necessidades políticas do momento, tal como ocorre atualmente nos crimes contra as relações de consumo, os crimes contra o meio ambiente, os delitos informáticos etc. A criminalidade que atenta contra interesses difusos e coletivos, que exige a atuação de um direito penal supra individual, é o grande desafio do Mundo Contemporâneo.

O momento atual exige cautela e reflexão, na medida em que a alternativa a ser adotada não pode ser simplista, nem cair no campo supérfluo²⁶³.

A leitura que deve ser dada ao Direito Penal que busca combater as novas formas de criminalidade não pode ser meramente dogmática, ela necessita obrigatoriamente do componente constitucional, atrelado à concepção filosófica do papel da Ciência Penal. Em outras palavras, a única leitura válida do Direito Penal é a constitucional, adstrita a uma pauta mínima de Direitos Humanos, que, por sua vez, deve servir a um modelo de Estado. Ademais, quando se cogita de uma reforma ou até mesmo da mera alteração da lei penal, com a criação de novos tipos penais e a supressão ou não de outros, em primeiro lugar aparecem os problemas político-criminais e somente depois os dogmáticos²⁶⁴.

Ao pensar muito das novas formas de criminalidade, torna-se imprescindível o reconhecimento de que as ferramentas tradicionais de combate à criminalidade não apresentam nesse campo eficácia plena; quando muito limitada²⁶⁵.

A complexidade da vida contemporânea e a necessidade de efetiva prestação jurisdicional no campo penal não se contentam com modelos ultrapassados, cuja aplicação,

²⁶⁰ <https://canalcienciascriminais.com.br/sobre-a-seletividade-do-direito-penal-ou-como-o-estado-escolhe-quem-quer-punir/>

²⁶¹ Op. cit.

²⁶² PONTE, Antônio Carlos da. Crimes eleitorais. – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁶³ Op. cit.

²⁶⁴ Op. cit.

²⁶⁵ Op. cit.

carente da preocupação constitucional, pode levar, num primeiro momento, à frustração e, num desencadeamento mais trabalhado, à desilusão com a Justiça; primeiro passo ao fomento de um Estado paralelo, cujo principal braço é o crime organizado²⁶⁶.

Assim, não há que se falar em ruptura com o Direito Penal tradicional e, simultaneamente, cravar um Direito Penal libertário e inconsequente, preocupado unicamente com os interesses dos criminosos, no sentido de atendê-los a qualquer custo, ainda que para isso haja uma subversão total dos valores sociais. Não se combate a fome dizendo ao faminto que aguarde por políticas públicas que serão implementadas nos próximos anos; muito menos com a entrega singela a ele de alimentos²⁶⁷.

O mesmo raciocínio deve ser desenvolvido em relação ao Direito Penal. O crime organizado; delitos que atentam contra o conceito de Segurança Pública; Administração Pública; que atingem o consumidor; o meio ambiente; a lisura do processo eleitoral, dentre outros não podem ser combatidos eficazmente por um Direito Penal simbólico, subsidiário, vinculado na intervenção mínima, que abusa de medidas despenalizadoras, prestigia o criminoso e, por via de consequência, condena a sociedade²⁶⁸.

O Direito Constitucional Penal prega a adoção de princípios constitucionais penais, concomitantemente, com a utilização de mecanismos distintos no combate das diferentes formas de criminalidade. As ferramentas devem ser novas, mas os princípios constitucionais não podem ser abandonados quando muito flexibilizados²⁶⁹.

A seletividade do sistema penal é, em tese, mais acentuada aos negros e pobres, é uma das tantas violações de direitos operadas frequentemente pelo sistema. São necessários o aperfeiçoamento do trabalho dos agentes do sistema penal, bem como a observância irrestrita dos direitos dos suspeitos, presos, acusados ou réus, independente de antecedentes, condição social e cor da pele, a fim da correta realização do Direito Penal²⁷⁰.

Carnelutti²⁷¹ afirma que o direito é como a chuva que molha a todos, exceto aqueles que possuem guarda-chuva, tal afirmação é assaz pertinente quando se está falando da realidade do sistema penal.

Contudo, há de se impor que o Direito Penal do Inimigo não será aplicado somente ao menos abastado ou afrodescendente. Prova disso foi a fatídica “Operação Narciso”,

²⁶⁶ Op. cit.

²⁶⁷ Op. cit.

²⁶⁸ Op. cit.

²⁶⁹ Op. cit.

²⁷⁰ <http://estadodedireito.com.br/algumas-linhas-sobre-seletividade-do-sistema-penal/>

²⁷¹ Foi um dos mais eminentes advogados e juristas italianos e o principal inspirador do Código de Processo Civil italiano.

deflagrada pela Polícia Federal em julho de 2005, visava apurar crimes de sonegação fiscal cometidos pelos proprietários da Villa Daslu²⁷². As suspeitas tiveram início em 2004 quando a Receita Federal do Brasil realizava uma fiscalização de rotina em alguns contêineres no aeroporto de São Paulo. Dentro deles havia vários artigos de luxo e as respectivas notas fiscais em nome da Villa Daslu com preços muito superiores aos declarados pelas importadoras²⁷³.

A Justiça Federal determinou a prisão antecipada e sem acusação formal dos proprietários da loja, com exibição pública dos presos, submetendo-os à execração pública e tratando-os como “inimigos” do país²⁷⁴.

Alardeou-se, na mídia, que, no Brasil, os ricos não ficam na cadeia. Posteriormente, a proprietária da loja, Eliana Tranchesi, foi novamente presa, embora fizesse jus a aguardar, em liberdade, até o trânsito em julgado do processo. Após um processo extremamente célere, todos os réus foram condenados a penas próximas de cem anos de prisão. Eliana Tranchesi, que sofria de grave problema de saúde, também foi levada imediatamente ao cárcere²⁷⁵.

Dessa forma, o poder de punir através do Direito Penal do Inimigo apresenta-se, primeiramente, como um dado de realidade inarredável, inquestionado pela sociedade quando são atingidos interesses vitais de uma organização e desenvolvimento, independente de quem seja o autor – branco, negro, rico ou pobre – correspondendo a uma exigência sentida não só pela vítima, mas por toda a comunidade, que reconhece a necessidade de uma proteção promovida de forma organizada pelo Estado²⁷⁶.

3.5 Política criminal

A discussão sobre política criminal sempre esteve ligado aos campos do Direito Penal e da Criminologia. Por se tratar de uma questão controvertida, pois as disciplinas se ocupam do delito, embora selecionem seu objeto com critérios autônomos e tenham seus respectivos métodos e pretensões²⁷⁷.

²⁷² Loja de artigos de luxo da cidade de São Paulo.

²⁷³ <https://www.conjur.com.br/dl/daslu-sentenca-1a-in.pdf>

²⁷⁴ Op. cit.

²⁷⁵ Op. cit.

²⁷⁶ REALE JÚNIOR, Miguel, 1944- Instituições de direito penal. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 17.

²⁷⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. O que é criminologia?; tradução Danilo Cymrot. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 16.

Não existe uniformidade na doutrina quanto ao surgimento da criminologia segundo padrões científicos, porque há diversos critérios e informes diferentes que procuram situá-la no tempo e no espaço²⁷⁸.

No plano contemporâneo, a criminologia decorreu de longa evolução, marcada, muitas vezes, por atritos teóricos irreconciliáveis, conhecidos por “disputas de escolas”²⁷⁹.

É bem verdade que a criminologia como ciência autônoma existe há pouco tempo, mas também é indiscutível que ela ostenta um grande passado, uma enorme fase pré-científica²⁸⁰.

Para que se possa delimitar esse período pré-científico, é importante definir o momento em que a criminologia alcançou *status* de ciência autônoma²⁸¹.

Muitos doutrinadores afirmam que o fundador da criminologia moderna foi Cesare Lombroso²⁸², com a publicação, em 1876, de seu livro *O homem delinquente*²⁸³.

Não se pode perder de vista, no entanto, que o pensamento da Escola Clássica somente despontou na segunda metade do século XIX e que sofreu uma forte influência das ideias liberais e humanistas de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, com a edição de sua obra genial, intitulada *Dos delitos e das penas*, em 1764²⁸⁴.

O conceito jurídico-penal constitui seu obrigatório ponto de partida – sua referência última –, mas nada mais, porque o formalismo e o normativismo jurídico resultam incompatíveis com as exigências metodológicas de uma disciplina empírica como a criminologia²⁸⁵.

A função básica da criminologia consiste em informar a sociedade e os poderes públicos sobre o delito, o delinquente, a vítima e o controle social, fornecendo um núcleo de conhecimentos mais seguro e contrastado que permita compreender cientificamente o problema criminal, previne-lo e intervir com eficácia e de modo positivo no homem delinquente²⁸⁶.

²⁷⁸ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

²⁷⁹ *Op. cit.*, p. 31.

²⁸⁰ *Op. cit.*, p. 31.

²⁸¹ *Op. cit.*, p. 31.

²⁸² Foi um psiquiatra, cirurgião, higienista, criminologista, antropólogo e cientista italiano.

²⁸³ *Op. cit.*, p. 31.

²⁸⁴ *Op. cit.*, p. 32.

²⁸⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *O que é criminologia?*; tradução Danilo Cymrot. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 21.

Portanto, abstrai-se da criminologia, que o delito se apresenta, antes de tudo, como problema social e comunitário²⁸⁷.

A política criminal²⁸⁸ se responsabiliza por transformar as análises e orientações criminológicas em opções e estratégias concretas de controle da criminalidade; e por último, o Direito Penal encarregar-se-ia de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico aplicado pela política criminal²⁸⁹.

Assim sendo, Direito Penal e saber criminológico estão inscritos, no marco legal, como referências centrais das decisões dos operadores do sistema penal (polícias, ministério público, juízes, agentes e técnicos penitenciários), que desenvolvem uma atividade seletiva, orientada pela definição do que seja criminalidade e pela identificação dos criminosos²⁹⁰.

Nesse enfoque, o campo do Direito Penal deveria estar orientado por um sistema de políticas criminais, seguindo os preceitos do Estado Democrático de Direito, sendo-lhe conferido, um caráter estritamente instrumental. Isto é, as normas e ações penais sempre expressam um dado modelo de política criminal – liberais ou conservadores – e falar de Direito Penal é falar, portanto, de um modelo de política normatizado que, em razão das múltiplas possibilidades de interpretação no contexto sociocultural, jamais será um modelo estático, mas dinâmico, em permanente transformação²⁹¹.

Verticalizando, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, *caput*, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do mais importante dispositivo da Carta de 1988, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais do Estado²⁹².

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu Direito Penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional. Não se admitem mais critérios absolutos na definição dos crimes, os quais passam a ter exigências de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material

²⁸⁷ Op. cit., p. 20.

²⁸⁸ Foi aprovado o Plano Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias na 372ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), em 26 de abril de 2011, porém grande parte do plano não foi executada.

²⁸⁹

<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/cadernos/cadernos%20%20-%20sistemas%20politica%20criminal.pdf>

²⁹⁰ Op. cit.

²⁹¹ Op. cit.

²⁹² CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 60.

(o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito)²⁹³.

Malgrado, no Estado Formal de Direito todos são iguais porque a lei é igual para todos e nada mais. No plano concreto e social não existe intervenção efetiva do Poder Público, pois este já fez a sua parte ao assegurar a todos as mesmas chances, do ponto de vista do aparato legal. De resto, é cada um por si²⁹⁴.

Partindo-se do pressuposto de que o sistema penal deve continuar exercendo seu papel de instrumento de controle social, existe ampla convicção de que então a legislação criminal, para alcançar sua meta, deve se submeter a um profundo processo de modernização²⁹⁵, vale dizer, isso inclui o debate de aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Entretanto, no estágio atual, após o experimento de um modelo fracassado, que não cumpre suas funções, há de ser fazer a seguinte pergunta: O Direito Penal do Inimigo como ferramenta de política criminal é a solução?

3.6 Direitos fundamentais e suas restrições

Apesar da falta de historicidade inerente a esses direitos, é com a história e seus grandes pensadores que se observa a “evolução” da humanidade, no sentido de ampliar o conhecimento da essência humana, a fim de assegurar a cada pessoa seus direitos fundamentais²⁹⁶.

A este respeito, anota Roberto da Freiria Estevão: “Quando se fala em direitos humanos e fundamentais há uma ideia de que eles possuem um status de superioridade em relação aos direitos em geral” (ESTEVÃO, 2017, p. 59).

Pode-se destacar que a noção de direitos humanos foi cunhada ao longo dos últimos três milênios da civilização²⁹⁷.

Fábio Konder Comparato²⁹⁸, fazendo uma análise histórica dessa evolução, aponta que foi no período axial que os grandes princípios, os enunciados e as diretrizes fundamentais da vida, até hoje considerados em vigor, foram estabelecidos. Informa que nesse período,

²⁹³ Op. cit., p. 63.

²⁹⁴ Op. cit., p. 61.

²⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Introdução e Princípios Fundamentais, v. 1), p. 251.

²⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 319.

²⁹⁷ Op. cit., p. 319.

²⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva. p. 8.

especialmente entre 600 e 480 a.C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos (entre eles, Buda, na Índia; Confúcio, na China; Pitágoras, na Grécia e o profeta Isaías, em Israel) e, a partir daí, o curso da História passou a constituir o desdobramento das ideias e princípios estabelecidos nesse período.

Inclusive, foi nesse período que surgiu a filosofia, tanto na Ásia como na Grécia, quando então substituiu-se, “pela primeira vez na História, o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão”²⁹⁹.

Em resumo, assinala que foi nesse período que nasceu a ideia de igualdade entre os seres humanos: “é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação de direitos universais, porque a ela inerentes”³⁰⁰.

Na sequência, destaca-se o Cristianismo, que em muito contribuiu para o estabelecimento da igualdade entre os homens. O Cristianismo, sem dúvida, no plano divino, pregava a igualdade de todos os seres humanos, considerando-os filhos de Deus, apesar de, na prática, admitir desigualdades em contradição com a mensagem evangélica (admitiu a legitimidade da escravidão, a inferioridade da mulher em relação ao homem)³⁰¹.

Na Idade Média havia a noção de que os homens estavam submetidos a uma ordem superior, divina, e deviam obediência às suas regras. Era incipiente, todavia, o reconhecimento da dualidade Estado-indivíduo. Como disse Enrico Eduardo Lewandovski: “... na ordem política medieval, jamais se aceitou, de fato ou de direito, a ideia de que o indivíduo possuísse uma esfera de atuação própria, desvinculada da polis. Desconhecia-se completamente a noção de direitos subjetivos individuais oponíveis ao Estado”³⁰².

Aponta, contudo, que nesse período houve um avanço, à medida em que se passou a reconhecer que o indivíduo estava submetido a duas autoridades (secular e espiritual) e, com esse reconhecimento, o homem passou a ser considerado “como um ser moral, e não apenas como um ser social”, derivando daí que “enquanto seres morais, ou seja, enquanto membros

²⁹⁹ Op. cit. p. 8.

³⁰⁰ Op. cit. p. 1.

³⁰¹ Op. cit. p. 8.

³⁰² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional. São Paulo: Forense, 1984. p. 8.

da *civitas Dei*, todos os homens eram iguais, sem embargo das distinções de *status* circunstancialmente registradas na cidade terrena³⁰³.

A partir do século XIV, as transformações que ocorreram abalaram toda a estrutura concebida e que dava sustentação à organização social e política da época, culminando, tais mudanças, com o Iluminismo (período entre a Revolução Inglesa de 1688 e a Revolução Francesa de 1789). Foi durante o Iluminismo e o Jusnaturalismo desenvolvidos na Europa, entre os séculos XVII e XVIII, que a ideia de direitos humanos se inscreveu, inclusive estendendo-se aos ordenamentos jurídicos dos países³⁰⁴.

A constatação ética da imperiosa necessidade de se resguardar certos direitos advém da fusão da doutrina Judaico-cristã com o Contratualismo. Para a primeira, o homem foi criado “à imagem e semelhança de Deus”, sendo a igualdade e liberdade características divinas presentes em todas as pessoas³⁰⁵.

No Iluminismo, o princípio da igualdade essencial dos seres humanos foi estabelecido sob o prisma de que todo homem tem direitos resultantes de sua própria natureza, ou seja, “firmou-se a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado”³⁰⁶.

A concepção, que espalhou-se pelos ordenamentos de vários países, era a de que os direitos individuais eram preexistentes, portanto, não eram criações do Estado e, assim sendo, deveriam ser respeitados, cabendo ao Estado zelar pela sua observância³⁰⁷.

A evolução da doutrina estoíca, que alegava a supremacia da “natureza”, culminou no Contratualismo, que teve como seus maiores representantes Hobbes, Locke e Rousseau³⁰⁸.

Hobbes cria que o homem em seu estado de natureza sofria com a “guerra de todos contra todos”, sendo imperiosa a necessidade de um órgão que lhes garantisse a segurança. Assim, eles alienaram sua liberdade ao Estado, detentor de todo o poder. Esse poder só seria retirado do governante se ele não assegurasse aos cidadãos a segurança desejada³⁰⁹.

Roberto da Freiria Estevão, a respeito desse pensamento hobbesiano, observa “que,

³⁰³ Op. cit., p. 8.

³⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 320.

³⁰⁵ Op. cit., p. 320.

³⁰⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional. São Paulo: Forense, 1984, p. 20.

³⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 320.

³⁰⁸ Op. cit., p. 321.

³⁰⁹ Op. cit., p. 321.

nesse ‘pacto’ há uma total renúncia de todos os seres humanos em favor do idealizado ‘homem artificial’, que acaba por concentrar todas as forças, poderes e vontades de cada ser humano.” Em consequência, conforme o mesmo autor, poder e vontade são transformados “em uma só força” e “inseridos num único corpo artificial, qual seja, o corpo político, isto é, o Estado, que exerce o poder absoluto do soberano” (ESTEVÃO, 2017, p. 61).

Locke³¹⁰ afirmava a existência de certos direitos fundamentais do homem, como a vida, a liberdade e a propriedade. No estado natural, o homem era bom. A liberdade individual só foi transferida ao Estado para que este melhor garantisse os direitos do indivíduo, podendo os cidadãos retirar o poder concedido ao governante, caso ele não atendesse aos anseios da comunidade, isto é, eles têm o direito de retomar a liberdade originária³¹¹.

Rousseau³¹² assevera que o homem natural seria instintivo. O Contrato Social foi criado, assim, como forma de garantir ao mesmo tempo a igualdade e a liberdade por meio da soberania popular, pela qual os homens cediam parte de sua liberdade para a realização do bem comum³¹³.

Pode-se inserir no contexto, ainda, a posição de Montesquieu³¹⁴ que apresentava sua teoria da tripartição do poder como forma de garantir o bom governo e controlar os arbítrios³¹⁵.

Essa união teológica e racionalista originou o conceito de Direito Natural, que culminou com a doutrina de Kant³¹⁶, para quem o Estado era um instrumento fixador de leis,

³¹⁰ John Locke (Wrington, 29 de agosto de 1632 — Harlow, 28 de outubro de 1704) foi um filósofo inglês conhecido como o “pai do liberalismo”, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social.

³¹¹ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 321.

³¹² Jean-Jacques Rousseau, também conhecido como J.J. Rousseau ou simplesmente Rousseau (Genebra, 28 de junho de 1712 — Ermenonville, 2 de julho de 1778), foi um importante filósofo, teórico político, escritor e compositor autodidata genebrino. É considerado um dos principais filósofos do iluminismo e um precursor do romantismo.

³¹³ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 321-322.

³¹⁴ Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (castelo de La Brède, próximo a Bordéus, 18 de janeiro de 1689 — Paris, 10 de fevereiro de 1755), foi um político, filósofo e escritor francês. Ficou famoso pela sua teoria da separação dos poderes, atualmente consagrada em muitas das modernas constituições internacionais, inclusive a Constituição Brasileira.

³¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 322.

³¹⁶ Immanuel Kant (Königsberg, 22 de abril de 1724 — Königsberg, 12 de fevereiro de 1804) foi um filósofo prussiano. Amplamente considerado como o principal filósofo da era moderna, Kant operou, na epistemologia, uma síntese entre o racionalismo continental (de René Descartes, Baruch Espinoza e Gottfried Wilhelm Leibniz, onde impera a forma de raciocínio dedutivo), e a tradição empírica inglesa (de David Hume, John Locke, ou George Berkeley, que valoriza a indução).

criadas pelos cidadãos, e a liberdade era um imperativo categórico fundamental para se conceber a figura humana³¹⁷.

A contribuição de Kant foi muito valiosa para a construção do princípio dos direitos universais da pessoa humana. Kant observa “que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão denominada razão prática, também observa “que as regras jurídicas, às quais os homens passam a sujeitar-se, devem ser elaboradas pelos membros da associação”. Sua visão, complementando, é de que o ser humano não existe como meio para uma finalidade, mas existe como um fim em si mesmo, ou seja, todo homem tem como fim natural a realização de sua própria felicidade, daí resultando que todo homem tem dignidade. Isso implica, na sua concepção, que não basta ao homem o dever negativo de não prejudicar alguém, mas, também, e essencialmente, o dever positivo de trabalhar para a felicidade alheia³¹⁸.

Essa concepção foi fundamental para o reconhecimento dos direitos necessários à formulação de políticas públicas de conteúdo econômico e social³¹⁹.

Pode-se falar em três ápices da evolução dos direitos humanos: o Iluminismo, a Revolução Francesa e o término da Segunda Guerra Mundial³²⁰.

Com o primeiro foi ressaltada a razão, o espírito crítico e a fé na ciência. Esse movimento procurou chegar às origens da humanidade, compreender a essência das coisas e das pessoas, observar o homem natural³²¹.

A Revolução Francesa deu origem aos ideais representativos dos direitos humanos, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Estes inspiraram os teóricos e transformaram todo o modo de pensar ocidental. Os homens tinham plena liberdade (apesar de empecilhos de ordem econômica, destacados, posteriormente, pelo Socialismo), eram iguais, ao menos em relação à lei, e deveriam ser fraternos, auxiliando uns aos outros³²².

³¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 322.

³¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 20.

³¹⁹ Op. cit., p. 20-24.

³²⁰ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016, p. 322-323.

³²¹ Op. cit., p. 323.

³²² Op. cit., p. 324.

Foi um período de intensa agitação política e social na França, que teve um impacto duradouro na história do país e, mais amplamente, em todo o continente europeu. A monarquia absolutista que tinha governado a nação durante séculos entrou em colapso em apenas três anos. A sociedade francesa passou por uma transformação épica, quando privilégios feudais, aristocráticos e religiosos evaporaram-se sobre um ataque sustentado de grupos políticos radicais, das massas nas ruas e de camponeses na região rural do país.

Por fim, com a barbárie da Segunda Grande Guerra, os homens se conscientizaram da necessidade de não se permitir que aquelas monstruosidades ocorressem novamente, de se prevenir os arbítrios dos Estados. Isto culminou na criação da Organização das Nações Unidas e na declaração de inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como “A Declaração Universal dos Direitos do Homem”, como ideal comum de todos os povos³²³.

Os documentos de proteção aos Direitos Humanos foram surgindo progressivamente. O antecedente mais remoto pode ser a Magna Carta, que submetia o governante a um corpo escrito de normas, que ressaltava a inexistência de arbitrariedades na cobrança de impostos. A execução de uma multa ou um aprisionamento ficavam submetidos à imperiosa necessidade de um julgamento justo³²⁴.

A *Petition of Rights* tentou incorporar novamente os direitos estabelecidos pela Magna Carta, por meio da necessidade de consentimento do Parlamento para a realização de inúmeros atos³²⁵.

O *Habeas Corpus Act* instituiu um dos mais importantes instrumentos de garantia de direitos criados. Bastante utilizado até os nossos dias, destaca o direito à liberdade de locomoção a todos os indivíduos³²⁶.

A *Bill of Rights* veio para assegurar a supremacia do Parlamento sobre a vontade do rei³²⁷.

A Declaração de Direitos do estado da Virgínia declara que “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar de sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e procurar e obter felicidade e segurança”. Assegura, também, todo poder ao povo e o devido processo legal (julgamento justo para todos)³²⁸.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, assim como a Constituição Federal de 1787, consolidam barreiras contra o Estado, como tripartição do poder e a alegação que todo poder vem do povo; asseguram, ainda, alguns direitos fundamentais, como a igualdade entre os homens, a vida, a liberdade, a propriedade. As dez Emendas Constitucionais americanas permanecem em vigor até hoje, demonstrando o caráter atemporal desses direitos fundamentais. Essas Emendas têm caráter apenas exemplificativo, já

³²³ Op. cit., p. 324.

³²⁴ Op. cit., p. 324-325.

³²⁵ Op. cit., p. 325.

³²⁶ Op. cit., p. 325.

³²⁷ Op. cit., p. 325.

³²⁸ Op. cit., p. 325-326.

que, constantemente, novos direitos fundamentais podem ser declarados e incorporados à Lei Fundamental Americana³²⁹.

Com a Revolução Francesa, foi aprovada a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que garante os direitos referentes à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Destacam os princípios da legalidade e da igualdade de todos perante a lei, e da soberania popular. Aqui, o pressuposto é o valor absoluto da dignidade humana, a elaboração do conceito de pessoa abarcou a descoberta do mundo dos valores, sob o prisma de que a pessoa dá preferência, em sua vida, a valores que elege, que passam a ser fundamentais, daí porque os direitos humanos não de ser identificados como os valores mais importantes eleitos pelos homens³³⁰.

A partir do século XX, a regulação dos direitos econômicos e sociais passaram a incorporar as Constituições Nacionais. A primeira Carta Magna, a revolucionar a positivação de tais direitos, foi a Constituição Mexicana de 1917, que versava, inclusive, sobre a função social da propriedade³³¹.

A Constituição de Weimar de 1919, pelo seu capítulo sobre os direitos econômicos e sociais, foi o grande modelo seguido pelas novas Constituições Ocidentais³³².

A partir da segunda metade do século XX, iniciou-se a real positivação dos Direitos Humanos, que cresceram em importância e em número, devido, principalmente, aos inúmeros acordos internacionais. O pensamento formulado nesse período acentua o caráter único e singular da personalidade de cada indivíduo, derivando daí que todo homem tem dignidade individual e, com isto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 6.º, afirma: “Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”³³³.

Atualmente não se pode discutir a existência desses direitos, já que, além de amplamente consagrados pela doutrina, estão presentes também na Lei Fundamental Brasileira.

Mesmo os mais pessimistas, que alegam a falta de eficácia dos direitos fundamentais, não podem negar a rápida evolução, tanto no sentido normativo, como no sentido executivo,

³²⁹ Op. cit., p. 326.

³³⁰ Op. cit., p. 326.

³³¹ Op. cit., p. 326.

³³² Op. cit., p. 327.

Elaborada após a derrota da Alemanha imperial na primeira guerra mundial, a Constituição de Weimar declarou a Alemanha como uma república democrática parlamentar. Ela tecnicamente permaneceu em vigor durante toda a existência do Terceiro Reich de 1933-1945, apesar de ser suspensa, não se realizando mais eleições nem sendo respeitados os direitos fundamentais.

³³³ Op. cit., p. 327.

desses direitos, que já adquiriram um papel essencial na doutrina jurídica, apesar de apenas serem realmente reconhecidos por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948³³⁴.

Pode-se constatar, por estes apontamentos, que a evolução dos Direitos Humanos foi gradual; todavia, o pensamento moderno “é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento da validade – do Direito em geral e dos Direitos Humanos em particular – já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica – a natureza como essência imutável de todos os entes do mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa...”³³⁵.

O conceito de restrição a um direito parece familiar e não problemático. Que direitos tenham restrições e que possam ser restringidos parece ser uma ideia natural, quase trivial, que encontra expressão na Constituição³³⁶.

O problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações³³⁷.

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se, sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao

³³⁴ Op. cit., p. 327.

³³⁵ Op. cit., p. 327-328.

³³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores, 2015, p. 276.

³³⁷ Op. cit., p. 276.

direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos³³⁸.

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em restrições no lugar de limites, então, se fala em restrições iminentes³³⁹.

A polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é, de forma alguma, uma polêmica exclusivamente acerca de questões conceituais e problemas de construção teórica. Entre teorias sobre restrições e hipóteses normativas gerais existem conexões claras. Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna. Antes de uma análise mais detalhada da relação entre direito e restrição não é possível, contudo, estabelecer mais que essas meras tendências gerais³⁴⁰.

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser³⁴¹.

Todavia, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão

³³⁸ Op. cit., p. 277.

³³⁹ Op. cit., p. 277-278.

³⁴⁰ Op. cit., p. 278.

³⁴¹ Op. cit., p. 278.

“gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais³⁴².

Em ato contínuo, ao examinar a Constituição Federal de 1988, tem-se a divisão dos direitos humanos com base no seu Título II (denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), em cinco categorias, a saber: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos; e e) partidos políticos³⁴³.

Essa enumeração não é exaustiva, uma vez que o artigo 5º, § 2º, da Lei Magna prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, também denominado abertura da Constituição aos Direitos Humanos, dispondo que os direitos previstos não excluem outros decorrentes do regime e princípios da Constituição, além dos que estão mencionados no restante do texto da Constituição e em Tratados de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil³⁴⁴.

No que concerne aos direitos fundamentais e suas restrições, especificamente os “direitos individuais”, fixados na Constituição Federal, evidentemente consistem no conjunto de direitos cujo conteúdo impacta a esfera de interesse protegido de um indivíduo. Por isso, são também considerados como sinônimos de “direitos de primeira geração”, pois representam os direitos clássicos de liberdade de agir do indivíduo em face do Estado e dos demais membros da coletividade. Representam direitos tanto a ações negativas do Estado (abstenção de agir do Estado) quanto a ações positivas (prestações)³⁴⁵.

Também são conhecidos como sendo os direitos do “rol do artigo 5º”, no qual constam os direitos à vida, liberdade, segurança individual, integridade física, igualdade perante a lei, intimidade, entre outros. Essa denominação é imperfeita, pois o Supremo Tribunal Federal estabelece que os direitos individuais podem ser encontrados em qualquer parte da Constituição. De qualquer modo, o artigo 5º impressiona pelo alargamento na enumeração de incisos e parágrafos, contendo nada menos que 78 incisos e quatro parágrafos, tendo a Constituição Federal de 1988 atendido a um anseio liberalizante após anos de ditadura militar³⁴⁶.

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 31.

³⁴³ RAMOS, André de Carvalho Curso de direitos humanos. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 62.

³⁴⁴ Op. cit., p. 62.

³⁴⁵ Op. cit., p. 62.

³⁴⁶ Op. cit., p. 62-63.

Por outro lado, o regime jurídico dos direitos individuais é robusto: são de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º) e ainda componentes do núcleo pétreo da Constituição (artigo 60, § 4º, IV), tornando-os elementos centrais na identidade constitucional imutável do Brasil³⁴⁷.

A definição de “direito individual” (referente ao conteúdo de afetação somente a interesses de um indivíduo) permite que sejam identificados tais direitos em toda a Constituição, inclusive nos chamados direitos políticos (por exemplo, o direito de voto) e nos direitos sociais (direito à saúde e à educação tem claro perfil de atendimento à pretensão individual). Além disso, a restrição do termo “direitos individuais” aos direitos que constam somente do artigo 5º poderia produzir interpretações restritas quanto ao conjunto de direitos protegido pela imutabilidade do artigo 60, § 4º, IV, e quanto ao alcance do artigo 5º, § 1º (aplicação imediata)³⁴⁸.

É aqui o ponto sensível da discussão. O Direito Penal do Inimigo viola um direito fundamental? O Direito Penal do Inimigo ataca o núcleo pétreo estabelecido pela Constituição Federal? O Direito Penal do Inimigo ainda que regulamentado pelo Congresso Nacional seria constitucional?

3.7 Garantismo penal em face do Direito Penal do Inimigo

O garantismo penal encontra-se relacionado ao conjunto de teorias penais e processuais penais estabelecidas pelo jusfilósofo Luigi Ferrajoli. O significado do termo garantista que dizer proteção naquilo que se encontra positivado, escrito no ordenamento jurídico, por muitas vezes tratando de direitos, privilégios e isenções que a Constituição confere aos cidadãos. Porém garantismo não é apenas legalismo, seu pilar de sustentação não está fundado apenas naquilo que a lei ampara e sim no axioma de um Estado Democrático de Direito³⁴⁹.

O contexto histórico deste teorema é apontado pela bancarrota do Estado de bem-estar social e pela expressiva elevação da criminalidade, na década de 1970. Por consequência deste cenário, a chamada teoria da criminologia crítica propõe reindexar a criminologia, buscando modelos de política criminal que pudessem satisfazer às necessidades daquele momento histórico³⁵⁰.

³⁴⁷ Op. cit., p. 63.

³⁴⁸ Op. cit., p. 63.

³⁴⁹ <https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>

³⁵⁰ CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de

Vigorosamente, o garantismo penal, como um dos modelos propostos pela escola minimalista, como resposta à legislação de emergência que diminuía as garantias do processo, emergiu a partir de três razões: i) crise da legalidade do poder, marcada por agentes políticos envolvidos em corrupções, burocracias, *lobbies* de negócios e esvaziamento do parlamento e do Poder Judiciário; ii) inadequação da estrutura do Estado, que vivia uma contradição entre o modelo clássico liberal e o modelo social, gerando uma inflação legislativa provocada por pressão de interesses sociais e corporativos; e iii) crise no Estado Social, com o enfraquecimento do constitucionalismo, decorrência da globalização³⁵¹.

Com efeito, conforme acentua o autor italiano, o garantismo penal pode ser difundido sob dois aspectos: i) sob o prisma político, cuida-se de técnica de reduzir a violência e maximizar a liberdade; ii) sob a perspectiva jurídica, é uma forma de limitar o poder punitivo em garantia dos direitos fundamentais do cidadão³⁵².

O garantismo penal proposto por Ferrajoli, em vista disso, procura extirpar o abuso no direito de punir do Direito Penal Máximo, adotado em Estados denominados antiliberais e, também, o liberalismo selvagem presente no abolicionismo penal, prestigiando a máxima de que a virtude está no meio termo³⁵³.

Aproximadamente há 30 anos foi introduzida, no ordenamento jurídico, uma terminologia nova, “garantismo”, com designação a um modelo de orientar a garantir direitos subjetivos³⁵⁴.

Existem vários tipos de garantismo, porém o foco é, sem dúvida, o penal. O ponto nevrálgico é estabelecer a defesa dos direitos de liberdade, sobretudo individual, frente as intervenções policiais e judiciais arbitrárias³⁵⁵.

Nesta trilha, o garantismo está fixado na tradição clássica do pensamento penal liberal e expressa a exigência, própria da ilustração jurídica, de suavizar o terrível poder – como chamou Montesquieu – que é o poder punitivo, mediante rigorosa submissão a lei³⁵⁶.

Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2018.

³⁵¹ Op. cit.

³⁵² Op. cit.

³⁵³ Op. cit.

³⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo penal. Serie estudios jurídicos, número 34. Colección lecturas jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2006, p. 10.

A obra utilizada, sem tradução, foi interpretada pelo orientando.

³⁵⁵ Op. cit., p. 10.

³⁵⁶ Op. cit., p. 10-11.

Por isso, há uma necessidade flagrante de arquitetar um projeto de um Direito Penal Mínimo. Trata-se de um modelo teórico e normativo de Direito Penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva, impondo limites para tutelar direitos individuais³⁵⁷.

O que se tem, todavia, em nível epistemológico, é uma teoria embasada na centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Está evidente, a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais apresentam-se na base do ideal garantista, uma vez que somente a democracia material seria capaz de conferir legitimação ao Estado (Democrático) de Direito³⁵⁸.

Ressalte-se que a tipificação penal, no âmbito do Estado de Direito, há de referir-se a fatos, condutas, e não à intenção³⁵⁹.

Os princípios da anterioridade e da legalidade penal consagram direito fundamental não submetido à possibilidade de restrição expressa³⁶⁰.

Ressalvadas as questões associadas a problemas estritamente técnico-jurídicos, como aquele referente à lei temporária ou à definição do *tempus delicti*, não está o legislador autorizado a proceder a qualquer intervenção que reduza o âmbito de aplicação desse direito³⁶¹.

É verdade que alguns sistemas jurídicos admitem a mitigação desse princípio em situações excepcionais³⁶².

É interessante, a propósito, lembrar que a Corte Constitucional alemã reconheceu a possibilidade de afastamento do princípio da anterioridade penal no caso dos assassinatos ou lesões corporais perpetrados por agentes policiais da antiga Alemanha Oriental contra pessoas que tentavam ultrapassar o muro. Invocou-se, nesse caso, possível conflito entre o princípio da anterioridade e a ideia de justiça material, que teria sido vilipendiada gravemente por um ilícito estatal extremo³⁶³.

De efeito, as três maiores distorções da teoria garantista, no Brasil, parecem ser as seguintes: i) associar o garantismo penal à ideia de impunidade ou de não punição, a qualquer custo; ii) confundir o ideal garantista com doutrinas abolicionistas; e iii) reconhecer exclusivamente direitos fundamentais de natureza individual relativos aos investigados e

³⁵⁷ Op. cit., p. 11.

³⁵⁸ <https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/academia-policia-garantismo-penal-investigacao-criminal-dialogo-necessario>

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 688.

³⁶⁰ Op. cit., p. 699.

³⁶¹ Op. cit., p. 699.

³⁶² Op. cit., p. 699.

³⁶³ Op. cit., p. 700.

acusados em geral, desprezando a necessidade de idêntica defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos tutelados pelos tipos penais incriminadores³⁶⁴.

Em um contraponto, giza-se o aumento significativo da criminalidade na atualidade e a ingerência estatal em conter esse avanço da violência acabaram na sociedade contemporânea, desviando o foco do Direito Penal, afastando seu papel de pacificação social e se centrando pura e simplesmente na proteção da norma. Consequência direta desse fenômeno é a proliferação desenfreada de leis penais sem responsabilidade. Em virtude disso, o modelo clássico, tal qual como pensado, ou pelo menos imaginado durante os últimos séculos, vem sendo substituído por um Direito Penal Simbólico. E foi nesse ambiente que surgiu o instituto do Direito Penal do Inimigo, aquele que, muito provavelmente, nas últimas décadas, foi a teoria que mais causou polêmica na comunidade jurídica, despertando, em sua grande maioria, reações críticas, principalmente, no fundamento de que seria ela incompatível com um Estado de Direito, e também que seria uma prática de disseminação do medo. Diante desses aspectos, revela-se de elevada importância que se compreenda, ou pelo menos, frente à complexidade da questão, que se tente compreender o que de fato é o Direito Penal do Inimigo e a sua devida aplicação³⁶⁵.

Em síntese, “garantismo” não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito³⁶⁶.

Uma vez demonstrada a absoluta impertinência da inadvertida assimilação da teoria do garantismo penal como instrumento de impunidade, impõe-se a avaliação a respeito de sua relação com a doutrina do abolicionismo penal³⁶⁷.

Semelhantemente, muitos agentes jurídicos, notadamente na área criminal, tendem à propagação do repúdio do sistema penal e ao apreço às ideias abolicionistas, muitas vezes, classificando a imposição de penas privativas de liberdade como um fenômeno antigarantista, como se fosse a prisão, necessária e invariavelmente, um instrumento contrário ao ideal garantista³⁶⁸.

Não se ignora, evidentemente, que, inspirado pela ideia iluminista, o modelo

³⁶⁴ CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2018.

³⁶⁵ Exposição de motivos nº. 211, de 9 de maio de 1983. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

³⁶⁶ CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2018.

³⁶⁷ Op. cit.

³⁶⁸ Op. cit.

proposto pelo autor italiano, a par de denunciar o desenvolvimento hipertrófico do Direito Penal, pretende ampliar, na maior medida possível, a esfera de liberdade e restringir, ao mínimo necessário, o poder punitivo, permitindo a cada indivíduo o gozo da máxima liberdade possível³⁶⁹.

Ainda sim, há de se levar em consideração que a ideia de garantismo penal, as garantias vedadas pelas Constituições e como são fielmente asseguradas, o Direito Penal do Inimigo fica à mercê, sendo altamente questionado, visto que sua ideia principal é uma grande afronta aos princípios constitucionais, especialmente em relação a dignidade da pessoa humana³⁷⁰.

No entanto, não se pode olvidar que o Direito Penal do Inimigo traz o indivíduo como uma ameaça em potencial ao Estado, ou seja, um criminoso inimigo do Estado, que deve ser contido antes mesmo do delito, deixando de lado sua essência humana e não sendo sujeito processual³⁷¹. Vale dizer, casos excepcionais requer medidas extremas.

Mormente, fica nítido que o garantismo penal e o Direito Penal do Inimigo são completamente antagônicos, pois enquanto um garante liberdades públicas, respeito e preservação aos direitos, princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, o outro é radical, com uma perspectiva de tolerância zero, desprezando direitos inerentes ao ser humano, visando apenas o poder do Estado³⁷².

³⁶⁹ Op. cit.

³⁷⁰ <https://catapan.jusbrasil.com.br/artigos/388819354/garantismo-penal-e-o-direito-penal-do-inimigo>

³⁷¹ Op. cit.

³⁷² Op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A palavra fenômeno tem sua origem na expressão grega “*phainómenon*” “*phaenomenon*” no latim tardio. Fenômenos são os fatos morais ou sociais, suscetíveis de descrição ou explicação, ou que sejam passíveis de observação (HOLANDA, 1999)³⁷³.

Fenômenos sociais podem gerar efeitos jurídicos. Daí a existência dos fenômenos jurídicos³⁷⁴.

Faz-se necessário que o direito se torne mais presente e mais efetivo em meio à realidade social, ao contexto (o todo) social condicionante do ser humano e, pois, mais presente no cotidiano³⁷⁵.

Sendo assim, o direito não tem existência autônoma, independente, própria e isolada. Ao contrário, é total sua dependência dos fenômenos sociais. Por isto, a ordem jurídica perde toda a sua essência ao se distanciar da realidade social, ao desconsiderar a existência do ser humano que vive em sociedade e que deve ocupar o lugar central nessa ordem³⁷⁶.

Sustenta-se, deste modo, que o sistema jurídico possui tão-somente uma aparente autonomia, relacionando-se, necessariamente, com outros campos e ligando-se umbilicalmente à fenomenologia, à realidade socioeconômica, cultural e política³⁷⁷.

Os agentes do direito precisam considerar a maneira como os indivíduos produzem sua vida social e material no tempo, ou seja, o cotidiano³⁷⁸.

Adotando-se este caminho, certamente se obterá uma redução no distanciamento hoje existente do direito em relação à fenomenologia, com possibilidade de aplicação da justiça mais adequada e que atenda ao seu fim primeiro, a efetivação do justo. Ademais, o caminho proposto levará a mudanças nos estudos jurídicos e nas pesquisas que são realizadas, considerando-se as transformações sociais no curso da história³⁷⁹.

O modelo constitucional de organização social e política no Brasil é o Estado Democrático de Direito, de forma que toda a estratégia política criminal deve estar voltada para proteger e estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana e aos valores a ela

³⁷³ ESTEVÃO, Roberto da Freiria. Direito e realidade social: velhos inimigos. In “A construção do saber jurídico no século XXI”, 2005, Marília/SP, Anais do XIV encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

³⁷⁴ Op. cit.

³⁷⁵ Op. cit.

³⁷⁶ Op. cit.

³⁷⁷ Op. cit.

³⁷⁸ Op. cit.

³⁷⁹ Op. cit.

inerentes. Na linha do explicitado, mesmo que a política criminal aplicada não proteja efetivamente tais bens, deve ser construída com o objetivo de consolidar a expectativa de que o espaço de autodeterminação do indivíduo seja preservado, tanto em relação à interferência invasiva de outros indivíduos quanto em relação à intervenção estatal³⁸⁰.

Em regra, não se pode dizer que haja em um Estado de Direito uma estratégia única de política criminal. A própria pluralidade dos discursos e interesses, bem como as distintas concepções normativas, acaba por conceber diversas linhas de atuação política criminal, concretizadas em distintos setores de consolidação de políticas públicas. Assim, o legislador sistematiza e desenvolve diretrizes de política criminal, buscando um consenso nem sempre possível na heterogeneidade dos interesses e setores representados no parlamento, ao mesmo tempo em que é possível a concepção de diretrizes distintas pelos órgãos do poder executivo, cujas decisões estratégicas passam por outras esferas de debate, que, por sua vez, podem ser substancialmente diferentes da concepção judicial ou com os ideais acadêmicos de política criminal³⁸¹.

Esta heterogeneidade complexifica a compreensão dos rumos da política criminal em uma sociedade plural, mas, ao mesmo tempo, enriquece o debate e permite a construção de soluções democráticas para o enfrentamento daqueles comportamentos identificados como contrários às expectativas de autodeterminação no Estado Democrático de Direito³⁸².

É sob esse aspecto de interatividade entre os setores responsáveis pelo desenvolvimento de políticas criminais, e sob a ótica de um sistema penal construído com o objetivo (dentre outros) de estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana que permite avaliar a existência e a efetividade da teoria do Direito Penal do Inimigo³⁸³.

As mudanças diante da práxis político-criminal habitual até o momento não apenas dizem respeito aos tempos e às formas, como também têm alcançado, gradativamente, os conteúdos tamanho grau de intensidade que se pode formular a suspeita³⁸⁴.

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, é constatado um amplo progresso da punibilidade, isto é, que, neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro),

³⁸⁰ Direito penal contemporâneo / Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Série IDP) Vários autores. 1. Direito penal I. Mendes, Gilmar Ferreira. II. Bottini, Pierpaolo Cruz. III. Pacelli, Eugênio. IV. Série

³⁸¹ Op. cit.

³⁸² Op. cit.

³⁸³ Op. cit.

³⁸⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. DE NOVO: “DIREITO PENAL” DO INIMIGO?# AGAIN: “CRIMINAL LAW” FOR THE ENEMY? Manuel Cancio Meliá Professor titular de Direito Penal na Universidade Autónoma de Madrid, Espanha. Traduzido por: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira.

em lugar de – como é o habitual – retrospectivo (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é levada em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas³⁸⁵.

No que se refere ao alcance concreto destas normas realmente existente, há muito trabalho por fazer. Posto que se trata, como antes se indicou – e o próprio Jakobs sublinha em muitas ocasiões –, de uma definição típico-ideal, para determinar a “parte especial” jurídico-positiva do Direito Penal do Inimigo seria necessário um estudo detalhado, tipo por tipo, de diversos setores de regulação. Neste diapasão, é seguramente certo (como tem afirmado Silva Sánchez) que é necessário demarcar na práxis de diversos níveis de intensidade nos preceitos jurídico-penais concretos, e que, no plano teórico, cabe avaliar que em seu alcance concreto, a noção de Direito Penal do Inimigo proposta por Jakobs na primeira aproximação (1985) é consideravelmente mais ampla que a da segunda e terceira fase (a partir de 1999), mais orientada com base em delitos graves contra bens jurídicos individuais (terrorismo)³⁸⁶.

A significação especial do conceito de Direito Penal do Inimigo está, então, em que este constitui uma reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significa, já que de modo paralelo às medidas de segurança supõe tão-só um processamento desapassionado, instrumental, de determinadas fontes de perigo especialmente significativas³⁸⁷.

Com esse instrumento, então, o Estado não fala com seus cidadãos, e sim ameaça seus inimigos³⁸⁸.

³⁸⁵ Op. cit.

³⁸⁶ Op. cit.

³⁸⁷ Op. cit.

³⁸⁸ Op. cit.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. Revista Bonijuris – Ano XXIII – Nº. 566 – Janeiro/11 – www.bonijuris.com.br

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito – Prefácio: René Ariel Dotti – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. – 22. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto, in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica: Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti / Apresentação Alaôr Caffé Alves** – São Paulo: EDIPRO, 5ª ed. revista, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico: tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo. Malheiros 2002.

BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. **Regime disciplinar diferenciado: aplicação e constitucionalidade** – São Paulo: Porto de Ideias, 2017.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Ed. renovar, 1999.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. **O direito penal do inimigo. Günther Jakobs**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1747, 13 abr. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11142>. Acesso em: 15 out.

2019.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **DE NOVO: “DIREITO PENAL” DO INIMIGO?# AGAIN: “CRIMINAL LAW” FOR THE ENEMY?** Manuel Cancio Meliá Professor titular de Direito Penal na Universidade Autônoma de Madrid, Espanha. Traduzido por: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Legislação penal especial.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral.** – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Aplicação da pena.** – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.**

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2.^a ed. São Paulo: Saraiva.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. **O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2018.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **DO “DIREITO PENAL LIBERAL” AO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”.** Ciências Penais | vol. 1 | p. 9 | Jul / 2004 | DTR\2004\354.

DURKHEIM, Emile. **Las reglas del método sociológico.** Trad. de L. V. Echavarría. Barcelona/Espanha: Ed. Morata, 1985.

D’URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade.** – São Paulo: Atlas, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza.** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção esquematizado®)

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Direitos humanos no Cone Sul (Brasil e Argentina): a herança das ditaduras e a construção do estado democrático de direito na perspectiva do direito penal.** Tese de doutorado em Ciências Sociais – UNESP – Marília, 2017, 314 p.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Direito e realidade social: velhos inimigos.** In “**A construção do saber jurídico no século XXI**”, 2005, Marília/SP, Anais do XIV encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Edición de Miguel Carbonell. Madrid:

Trota, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoria del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal. Serie estudios jurídicos, número 34**. Colección lecturas jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2006.

FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

GARCIA, Basileu, 1905-1985. **Instituições de Direito Penal, v. 1, tomo I**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. – (Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça) Coordenação Maíra Rocha Machado, Denise Garcia.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **O que é criminologia? / Antonio García-Pablos de Molina; tradução Danilo Cymrot**. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1**. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e tortura: doutrina e jurisprudência**. – Niterói, RJ: Impetus, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial / Victor Eduardo Rios Gonçalves, José Paulo Baltazar Junior; coordenador Pedro Lenza**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção esquematizado®)

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Introdução e Princípios Fundamentais, v. 1)

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal; tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva**. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal no inimigo: noções e críticas / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli**. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Civitas Ediciones, 2004.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa. Teoria de um direito funcional**. São Paulo, Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v.6, Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

KELSEN, Hans. (1881-1973). **Jurisprudência Normativa e Sociológica (do ensaio “A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica” in La Idea del Derecho Natural Y otros Ensayos, pp. 215-220, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946 – tradução de A. L. Machado Neto)**. Texto inserido na obra “O direito e a vida social – leituras básicas de sociologia jurídica”, de Antonio Luiz Machado Neto e Zahidê Machado Neto. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1966, pp. 16-20. OBS: texto também inserido in “A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica”, no livro “O que é justiça?”, de Hans Kelsen. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, pp. 262-266, publicação original em 1957, no EUA. E, ainda, in “Teoria Geral do Direito e do Estado”. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 235-238).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito; tradução João Baptista Machado**. – 8.^a ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. São Paulo: Forense, 1984.

MACÊDO, Fabrício Meira. **O princípio da proibição da proteção insuficiência do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, Ano 3 (2014), nº 9, 7029-7072 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

MARMOL, José Luiz Martí. **El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: um análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005, p. 384: “el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales”.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. – 9.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito penal contemporâneo / Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli (coordenadores)**. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Série IDP) Vários autores. 1. Direito penal I. Mendes, Gilmar Ferreira. II. Bottini, Pierpaolo

Cruz. III. Pacelli, Eugênio. IV. Série.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº. 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: O ‘Direito Penal do Inimigo’. Volume I**. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. **Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional**. – São Paulo: LTr, 2016.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. – 9. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo, Saraiva: 2016.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTE, Antônio Carlos da; FELICIO, Guilherme Lopes. **O direito penal a partir de um estado democrático de direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988**.

PROJETO PENSANDO O DIREITO. **Tráfico de drogas e Constituição**. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Coordenação Acadêmica Luciana Boiteux; Ela Wiecko Volkmer de Castilho; Beatriz Vargas; Vanessa Oliveira Batista; Geraldo Luiz Mascarenhas Prado; Carlos Eduardo Adriano Japiassu (colaborador), 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel, 1944- **Instituições de direito penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e justiça – tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro** – Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed., 2007.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal – 2ª ed.; tradução de Luís Greco.** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias.** 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. (Professor Titular da Universidade Autônoma de Madri) **O Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito. Traduzido por: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Igor Rodrigues Brito.**

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SERRA FERNANDES, Hélène Marine. **O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito?** Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) U. Porto – Faculdade de Direito Universidade do Porto. Julho de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011.** Malheiros Editores.

SILVA, Kelly Cardoso. **Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo – aspectos jus-filosóficos e normativos.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2011

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, mar. 2005, p. 180.

STRECK, Lênio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder.** Revista de Estudos Criminais 51. Doutrina Nacional, outubro/dezembro 2013.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1.** – São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans, 1904-1977. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista; tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado.** – 3. ed. rev. e ampl. da tradução. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.