

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

Vinicius Cauê Del Mora do Nascimento

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

Vinicius Cauê Del Mora do Nascimento

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2015

NASCIMENTO, Vinicius Cauê Del Mora do.

A Relativização dos Direitos Fundamentais em Face do Direito Penal do Inimigo / Vinicius Cauê Del Mora do Nascimento - Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015. 79 f.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Direito penal do inimigo 2. Postulados normativos 3. Princípios fundamentais I. Título

A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro
Orientador

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Examinador

Florestan Rodrigues do Prado
Examinador

Presidente Prudente/SP, 25 de novembro de 2015

Mais amor, mais perdão, mais tempo, mais um algo a mais.
Menos Lá-Lá-Lá-Lá-Lá.
Mais fervor, mais cor, mais luz, mais fé, mais Deus.
Menos Blá-Blá-Blá-Blá-Blá.
Se é o altar, qual lugar mais apropriado que este?
Para se dizer:
"Sou eu quem pode ser aquele que mudou aquilo que antes era.
E hoje é muito mais"
Mais que eu.

Guilherme de Sá

AGRADECIMENTOS

Agraço primeiramente de uma forma imensa ao meu Deus, por sempre guiar meus passos, mostrar-me a luz quando eu já não a via mais, por me dar força para conseguir passar por todas as turbulências da minha vida.

Certamente não poderia deixar de agradecer a minha família, razão por eu estar aqui! Muito obrigado pela força de vontade que sempre tiveram comigo, muito obrigado pela paciência de suportar um filho, neto, sobrinho, irmão que às vezes descontava seus problemas pessoais com a pressão da faculdade e da vida em vocês.

Quero agradecer de uma força especial também a você Amanda Elise, que se tornou uma luz, uma consciência, uma solução, uma paz, agradeço imensamente por sempre estar ao meu lado, me dando a mão. Você sempre me ajudou sendo diretamente ou indiretamente. Obrigado por esta companheira que você se tornou pra eu, sem sombra de dúvidas a melhor pessoa que entrou na minha vida, agravo a Deus por te colocar em meu caminho, Te amo.

Não poderia deixar de agradecer plenamente o meu orientador do qual eu me inspiro plenamente, como pessoa e como profissional, um dia doutor Rodrigo Arteiro desejo me aproximar um pouco da sua capacidade laborativa e extrema inteligência ao explanar suas convicções.

De forma egoísta não poderia deixar de agradecer a eu mesmo, pois não é fácil aguentar todas as situações que fazer uma faculdade proporciona, estudar, estagiar, provas, vida social, etc. Pois mesmo com a ajuda das pessoas e de Deus que são imprescindíveis em nossa vida, se você mesmo não criar forças e lutar de nada adianta ter estes anjos ao teu lado. Obrigado Vinicius Cauê pela pessoa que esta se tornando, espero que junto de Deus e de seus amados, você (eu) possa se tornar uma pessoa cada vez melhor.

Por fim gostaria de agradecer a vocês que estão lendo este agradecimento e se queixando por não estarem aqui (risada!!!) saibam que vocês estão no meu coração.

RESUMO

A presente monografia foi elaborada como requisito para a conclusão do Curso de Direito e aquisição do Grau de Bacharel em Direito ante o Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, que tem como objetivo discursar sobre a possibilidade de uma relativização dos direitos fundamentais penais frente à Constituição Federal. Referido trabalho trata da utilização do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro de um feitio a se estruturar e legalizar tal formato de penalização, levando em conta que será estudado as formas que existem desse direito na realidade fática sem regulamentação. Se há a viabilidade de sua aplicação em conjunto com a nossa Constituição Federal e com as leis infraconstitucionais, para que se possa verificar a possibilidade de haver uma relativização de princípios fundamentais em casos específicos, em que o indivíduo nas suas ilicitudes, se mostra mais eficaz que o Estado, na tentativa de evitar o ilícito e puni-lo. Será demonstrada a diferença entre princípios, regras e postulados normativos, suas características e a probabilidade de conter relativizações nos postulados normativos e ou nos princípios. Terá também um enfoque no processo judicial, analisado pelo Devido Processo Legal, suas vedações e formalidades, englobando a teoria do direito penal do inimigo.

Palavras-chave: Direito Penal Inimigo. Postulados Normativos. Princípios Fundamentais. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

This monograph has been prepared as a requirement for completion of law studies and acquisition of the Bachelor Degree in Law at the University Center "Antonio Eufrásio of Toledo," which aims to speak about the possibility of a relativization of fundamental rights criminal front Federal Constitution. That work deals with the use of the Criminal Law of the Enemy in the Brazilian legal system of a spell to legalize such penalty structure and format, taking into account that will be studied forms that exist in objective reality of this right without regulation. If there is the feasibility of its application in conjunction with our Federal Constitution and the infra-constitutional laws, so you can check the possibility of a relativization of fundamental principles in specific cases where the individual in their illegal activity, proves more effective the state in an attempt to avoid illegal and punish him. It will be shown the difference between principles, rules and normative postulates, their characteristics and the probability of containing relativizations in the normative postulates and or the principles. There is also a focus in the judicial process, analyzed by due process of law, their seals and formalities, encompassing the theory of criminal law of the enemy.

Keywords: Enemy Criminal Law. Postulates Normative. Fundamental Principles. Due process of law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS	11
2.1 Diferença Entre Princípios e Regras	11
2.2 Postulados Normativos	13
3 POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	15
3.1 Possibilidades da Relativização	16
4 POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	18
4.1 Substancial ou Material.....	18
4.2 Formal ou Processual	20
5 POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE	21
6 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
6.1 Diferença Entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos	23
6.2 Origens	24
6.2.1 Das gerações.....	24
6.3 Restrições e Relativizações aos Direitos Fundamentais.....	26
6.4 Teoria dos Limites.....	29
6.4.1 Teoria interna.....	30
6.4.1.1 Teoria dos limites imanentes	31
6.4.2 Teoria externa.....	32
7 DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETOS A ESFERA PENAL.....	34
7.1 Liberdade de Ir e Vir	34
7.2 Individualização da Pena	35
7.3 Presunção de Inocência.....	36
8 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	37
8.1 Mandados Explícitos	38
8.2 Mandados Implícitos	39
8.3 Este Poder Não é Ilimitado	40
8.4 Equilíbrio na Implantação do Mandado.....	41
9 DIREITO PENAL DO INIMIGO	45
9.1 Críticas ao Direito Penal do Inimigo	46
9.2 Reconhecimento como fato social	48
9.3 Crise de Confiança dos Líderes do Estado	49
9.4 Prognose de Aplicação das Teorias	49
9.5 Perspectiva Que o Trabalho Pode Melhorar na Sociedade	50
10 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1 INTRODUÇÃO

Há uma grande comoção no âmbito jurídico e na sociedade em geral quando se fala em “*Direito Penal do Inimigo*”, muitos se pronunciam contra, afirmando está ser uma tese sem escrúpulos ou até mesmo sem sentido, devendo sempre prevalecer as garantias do indivíduo, já outros afirmam que é necessário ter um poder mais rígido para se conter algumas infrações penais específicas.

Diante de tal situação, vêm à tona questões acerca do tema que será debatido nesta monografia, motivo pelo qual se perfaz esta discussão.

Hoje há um apelo por parte da sociedade para que ajam penas mais firmes, mais prisões, pela crescente insegurança que todo o país mostra ao seu povo sendo o 11º(décimo primeiro) país mais inseguro do mundo como foi publicado recentemente (FUENTES, 2014, s.p.), levando em consideração que entre as 50 cidades mais violentas do mundo existem no total 19 cidades brasileiras (VAZ, 2015, s.p.), entre este e outros motivos que se da à indignação da população, com um sentimento crescente de impunidade.

Entre esse clamor do povo por mais “justiça”, surge o Direito Penal do Inimigo, que vem emergindo aos poucos na esfera jurídica, afirmando que em determinados casos deveríamos sopesar a ideia de se utilizar este ramo do Direito Penal.

Nesta especialidade do direito, verifica-se que ele não deve ser empregado para qualquer crime ou para qualquer indivíduo, deve ser aquele agente que realmente seja um Inimigo do Estado e não só mais um delinquente, podendo neste caso específico relativizar alguns princípios fundamentais. Mas até que ponto os princípios podem ser relativizados ou até onde existe a possibilidade de um princípio superior a uma regra.

Neste mesmo sentido até quando a sociedade será obrigada a conviver com receio, de ver que uma organização criminosa ou políticos corruptos serem mais fortes que o Estado, por estarem utilizando das leis que seriam para inibir, coagir seus atos, tendo efeito contrario. Eles adotam estas leis em seu favor, sobrepondo a Segurança Pública elencada em nossa Constituição Federal de 1988, para sair impune de todos os seus delitos.

Para tanto devemos antes fazer uma diferenciação básica para se analisar o Direito Penal do Inimigo, que existe uma diferença entre Princípios, Regra e também sobre os chamados Postulados Normativos, para que se haja sua devida aplicação em nosso ordenamento, com o devido processo legal para estes agentes. Após esta análise passaremos a discutir sobre os Direitos Fundamentais e suas possíveis restrições.

2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

É muito comum nos manuais de direito fazer apenas uma diferenciação entre princípio e regra, onde tudo basicamente é princípio. Além de se confundir algumas vezes o que seria regra com princípio - o que facilitaria equívocos com relação ao uso correto tanto de regras como de princípios - é notório em nossa jurisprudência, juízes aplicando de forma medonha princípios, diga-se Postulados, em casos concretos sem a devida base correta, por tal motivo se perfaz a diferenciação entre os três institutos, quais sejam, regras; princípios e postulado normativo, mas ainda hoje não está totalmente difundido em nossa doutrina o chamado Postulado Normativo.

Como ensina nosso doutrinador Humberto Ávila (2005, p. 88-90) postulado normativo não se compara e muito menos não se confunde com uma regra ou princípio, na verdade ele é uma metanorma ou uma norma de segundo grau, que estrutura a aplicação de princípios e regras.

Ora, como se vê, então existe uma diferença entre Postulado Normativo, Princípio e regra, enquanto o primeiro estrutura o modo como deve ser aplicado o princípio ou a regra em nosso ordenamento, o segundo estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido (ÁVILA, 2005, p. 63), com relação ao terceiro é a positivação deste estado ideal.

Se existe assim uma diferença gritante entre os três, cabe mostrá-las neste trabalho, para se ter a exata noção do que possivelmente será restringido ou ampliado.

2.1 Diferença Entre Princípios e Regras

É claro o entendimento de que existe diferença entre princípio e regra, mas também há uma semelhança comumente esquecida, quem bem elucida esta semelhança é Robert Alexy (2008, p. 87), quando afirma que “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”.

Esta expressão “deve ser”, confirma como deveria ser uma sociedade respaldada por estas normas, buscando um modo de vida do qual seja confortável para qualquer indivíduo viver em sociedade.

Entende-se por norma, como ensina Humberto Ávila (2005, p. 22) “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.” Verifica-se que uma norma não precisa ser necessariamente escrita, já que ela não carece de um texto redigido, como pode ser o caso de um princípio que não esteja positivado em uma lei.

É de se analisar a afirmação de que norma é tanto princípio quanto regra e que não é imprescindível ser grafada, tendo sua aplicação fundada na apreciação de ambos, ou seja, para se ter verdadeira finalidade da norma deve se ponderar o que juntas estas normas nos passam.

Corroborando com este pensamento Ávila (2005, p. 54), quando nos ensina que “Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente”, ou seja, aplica-se tanto regra como princípio em conjunto, sempre buscando suas finalidades, respeitando suas hierarquias.

Desta forma, acima das diferenças entre princípios e regras ambos devem ser apreciados de forma conjunta.

Devendo se ponderar as diferenças verificando-se que “princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido” (ÁVILA, 2005, p. 63), este estado ideal não é obrigatório quando o princípio não está transposto em uma lei. Salienta Paulo Henrique dos Santos Lucon (2009, p. 379), “os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores”, corroborando com a ideia de que eles buscam um estado ideal e é ao mesmo tempo um norte para regras inferiores.

É preciosa a intenção do doutrinador ao afirmar que deve ser uma regra hierarquicamente inferior, para que um princípio possa orientá-la, entende-se nas palavras de Humberto Ávila (2005, p. 83) “regra não incorpora valores, quando em verdade, ela os cristaliza”. Aqui pode se compreender que quando um princípio tem seu estado ideal cristalizado em regra, este preceito tem um valor hierarquicamente maior que um princípio, existindo então a possibilidade de uma regra ser mais forte do que um princípio em um potencial conflito.

Destarte, cabe ressaltar que princípios e regras devem ser analisados em conjunto, mas deve ter astúcia, de que ambos têm uma funcionalidade diferente, vejamos como pensa Ávila (2005, p. 84-85):

Essas considerações revelam, pois, a *diferente funcionalidade* dos princípios e das regras: as regras consistem em normas com pretensão de solucionar conflitos entre bens e interesses, por isso possuindo caráter “*prima facie*” forte e superabilidade mais rígida (...); os princípios consistem em normas com pretensão de complementariedade, pois isso tendo caráter “*prima facie*” fraco e superabilidade mais flexível.

Compreende-se então que, “descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio” (ÁVILA, 2005, p. 84), quando esta regra que adveio de uma cristalização de um princípio, que procurava ter seu estado ideal de direito.

Entretanto, pode existir um conflito em que o princípio se sobreponha sobre uma regra, esta exceção só poderá ser plausível quando houver uma razão extraordinária que impeça a aplicação da regra, tendo o princípio na aplicação ser mais eficiente que a regra, mesmo que este não tenha sido positivado, havendo assim o detrimento da regra em razão do princípio (ÁVILA, 2005, p. 85).

2.2 Postulados Normativos

Depois de diferenciado princípio de regra, volta-se ao Postulado Normativo, cujo em sua aplicação “não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado” (ÁVILA, 2005, p. 88).

Como dito, comumente confundem-se qual é o instituto correto para aquele postulado, princípio ou regra.

A distinção entre princípio e postulado normativo se torna nítido, quando se sabe que “os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos” (ÁVILA, 2005, p. 89), já o postulado normativo vem de um viés diferente estruturando esta norma pela busca do estado ideal, diferencia Ávila (2005, p. 63):

Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamento.

Insta salientar que, assim como o princípio, não é plausível igualar regra com postulado normativo, por ambas terem uma função completamente diferente uma da outra, de forma patente, se vê a diferenciação proposta por Ávila (2005, p. 89), “As regras a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem”.

A partir desta distinção se perfaz mais evidente, ser errôneo confundir postulado normativo, tanto com princípio ou com regra, salientando que todos são normas, mas com diferentes finalidades.

3 POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aqui claramente pode se falar que a Dignidade da Pessoa Humana é um Postulado Normativo e não um princípio, pois sem sombra de dúvida, é utilizado corriqueiramente em nosso ordenamento, influenciando alguns princípios ou até mesmos regras, orientando a forma como devem ser regidas em nosso sistema jurídico, do qual havendo uma colisão entre eles, se serve deste Postulado para poder se apurar o resultado final.

Não me atrevo aqui, a conceituar a Dignidade da Pessoa Humana, pois trata-se de um tema com um grau de complexidade extrema, não podendo ser conceituado em algumas breves paginas, mas trago um parecer do doutrinador Cavalcante Filho (2010, s.p.), do qual ele afirma que, “ É certo que o conceito de dignidade humana é aberto, isto é, não admite um único conceito concreto e específico.”

Por ser considerado um conceito aberto, é de difícil definição, mas ainda complementa Cavalcante Filho (2010, s.p.) que a Dignidade da Pessoa Humana pode ser sintetizada dessa maneira, “podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais”.

Assim, faz-se necessário regulamentar alguns direitos, e deixar de forma explicita que nosso Estado Democrático de Direito, tutela e preserva essa Dignidade Humana.

Atualmente, existem diversos princípios e regras, que servem para se tutelar a dignidade humana, nossa Lei Maior expressamente resguarda este Postulado em seu artigo 1º inciso III.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Pela sua suma importância, se pode afirmar que este postulado abrange todo nosso ordenamento, pois como afirma nossa Carta Magna é um dos

fundamentos da nossa República Federativa, estruturando as normas para que todos ajam com dignidade humana perante a sociedade.

Importante destacar também que a sociedade deve agir com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, sendo para um indivíduo unicamente ou para um grupo de pessoas.

3.1 Possibilidades da Relativização

Certamente, se falar que um princípio pode ser flexível em determinadas situações, é aceito em nosso ordenamento, conforme expõe Robert Alexy (2008, p. 93), “se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido”. Nesta situação apenas deve se analisar com o postulado da Proporcionalidade - que será visto mais a frente como é possível a sua utilização - qual será a melhor decisão a ser tomada, havendo assim um detrimento de um princípio em função do outro.

Entretanto, se afirmar que um Postulado Normativo de suma importância como o da Dignidade da Pessoa Humana, possa ser relativizado é um tema mais complexo, mas não de difícil realização.

Haja vista que, são os postulados que estruturam a aplicação dos princípios e regras (ÁVILA, 2005, p. 90), auxiliando e dando um norte para como tomar decisões, deve se imaginar que eles podem ser mutáveis.

Ademais, a função básica de um Postulado como dito é auxiliar na aplicação e estruturação de um princípio ou regra, mas para que possa se fazer tal função, ou seja, a de se afirmar que o postulado deve mudar conforme a situação presente, basta fazer uma interpretação sociológica do Postulado, para adequá-lo a esta nova necessidade.

Com pensamento contrário, escreve Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 46), “Por isso (...) é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal”.

Ao seguir este pensamento compreende-se então, que este postulado nunca poderá ser excluído do contexto penal, do qual para a Teoria do Direito Penal do Inimigo se mostra equivocado, pois se valoriza a Dignidade da Pessoa Humana como um todo, ou seja, para a sociedade e não somente para um indivíduo que se utiliza da torpeza para prática de seus delitos.

Torna saliente o ensinamento que prevendo a possibilidade de haver uma possível relativização quando se tratar de uma pessoa determinada, como é o caso da teoria do Direito Penal do Inimigo, alumia Sarlet (2006, p. 51):

Ainda no que diz com a tentativa de clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato.

Convém expor também que, é oportuno analisar a dignidade da pessoa humana em relação para com a sociedade, já que o sujeito convive nela, e em consequência justamente pelo fato de que todos os indivíduos possuem o direito de se beneficiar deste postulado da dignidade da pessoa humana, existe a possibilidade de haver um detrimento de uma única pessoa para uma sociedade, é o que afirma Sarlet (2006, p. 52).

4 POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste Postulado se vê nitidamente a diferença entre princípio e postulado, cujo Devido Processo Legal não é tratado como um princípio, mas sim, um conjunto de inúmeros princípios e garantias fundamentais que integram a sua órbita de ascendência (NUCCI, 2012, p. 71), abarcando-se todos os princípios e garantias neste Postulado do Devido Processo Legal.

Nota-se que nossa Constituição Federal, é adefpta de forma expressa deste postulado, em seu artigo 5º inciso LIV.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Afirma Lucon (2009, p. 390) que “devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica”, confirmando que este postulado não se designa a apenas um princípio, direito ou garantia, mas sim, em um todo na ordem jurídica.

4.1 Substancial ou Material

O devido processo substancial é uma subdivisão do devido processo legal. Aqui é uma forma deste principio substancial estruturar as normas e reger a sua aplicação, no sentido de limitar o poder do Estado no processo judicial, expõe Lucon (2009, p. 382):

Modernamente concebe-se o devido processo legal substancial como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático.

Esta norma é uma garantia que o indivíduo pode arguir para afastar uma norma do processo, limitando seu mérito podendo ser questionada tanto no controle difuso como no concentrado (LUCON, 2009, p. 385).

Em nossa Lei Maior em seu artigo 3º inciso I, afirma que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa, ter uma sociedade justa, logo é de se idealizar que o processo também deve ser justo.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Corroborando com este pensamento Canotilho (2000, p. 482) “A teoria substantiva está ligada à ideia de um processo legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei”.

Ora, exatamente isso que o direito penal do inimigo busca, um processo justo, uma sociedade livre do medo da impunidade de pessoas que não podem ser freadas por nossas leis atuais.

Entende-se que as normas que vão contra algumas garantias mínimas, não são justas, isso vai contra a aplicação do Direito Penal do Inimigo, que busca mitigar algumas garantias somente para o inimigo do Estado, não para todo o processo penal.

Esta limitação da aplicação de uma regra que cristalizou um direito, sofre críticas, eis o que afirma o doutrinador Paulo Henrique dos Santos Lucon (2009, p. 391):

Respeitar as garantias mínimas de *meios* e de *resultados* significa efetivar o devido processo legal substancial e ao mesmo tempo fazer cumprir o objetivo central de todo o processo civil, que é justamente o acesso à *ordem jurídica justa*.

Pois bem, é digno que se respeite as garantias mínimas e um processo justo, desde que o indivíduo também o faça, não se utilize desta norma para sair impune de um delito, do qual para a sociedade deixaria de ser uma ordem jurídica justa, deixaria de se ter um processo justo e adequado, clareando que, neste caso deve haver uma análise ponderada do postulado do devido processo legal juntamente com o da dignidade da pessoa humana, pois como exposto no capítulo

do Postulado da Pessoa Humana, deve se levar em consideração a sociedade e não somente um indivíduo.

4.2 Formal ou Processual

Em poucas palavras podemos destacar que o devido processo legal formal, é a sub divisão do postulado do devido processo legal, em que afirma Tavares (2002, p. 483) “significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes” .

Ao analisar este pensamento pode se extrair que essa plenitude pode ser convertida nos meios jurídicos do contraditório, ampla defesa, e também em paridade de armas, ou seja, podem ser traduzidas nas garantias processuais mínimas.

Um problema vivido hoje pelo nosso sistema persecutório, é exatamente esta paridade de armas. É comum se ver agentes públicos, organizações criminosas dentro do devido processo se ter mais garantias, mais armas que o Estado que em tese era pra ser o ente mais forte da relação processual.

Neste caso para o direito penal do inimigo, pode-se dar um força maior para o Estado, fazendo com que o processo seja igualitário para ambas as partes. Pois o que se busca é a punição do indivíduo que praticou crimes, em um processo justo, sem sopesamento para qualquer uma das partes, o Estado ou o réu.

5 POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Este postulado da Proporcionalidade, não deve ser aplicado como princípio, pelo fato de que este pode satisfazer qualquer pessoa que o invoque. Certo de que este postulado é um argumento frágil se usado equivocadamente, deve-se encontrar a melhor forma para sua aplicação, é o que defende o ilustre Humberto Ávila (2005, p. 112-113):

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Como clareou Ávila, para se invocar o Postulado da Proporcionalidade, deve se fazer um pré-julgamento da situação fática e averiguar se a mesma situação responde a todos os quesitos suscitados, para que enfim possa manusear sem temor, aplicando-o em sua melhor finalidade.

Para entender melhor, como deve fazer este exame de aplicabilidade do Postulado da Proporcionalidade, em um caso concreto, cabe deslindar os três viés apresentados por Ávila, quais sejam, adequação, necessidade e por fim a proporcionalidade em sentido estrito. Em poucas palavras elucida bem Ávila (2005, p. 114):

Devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Apresentados os requisitos para uma correta aplicação do Postulado da Proporcionalidade, convém agora, trazer a baila motivos ensejadores de que o Direito Penal do Inimigo encontra base em conjunto a este postulado.

Ora, primeiramente cabe destacar que o direito penal do inimigo esta encrustado em nossa realidade fática, existindo então a necessidade de uma regulamentação.

Dessa forma, se perfaz adequado a sua legalização, tendo em vista que é um ramo do direito penal aplicado sem controle e que dificilmente sairá da realidade fática, passando assim pelo primeiro exame.

Agora, dizer que está é a medida menos restrita aos direitos envolvidos, deve se analisar a sociedade como um todo não somente um individuo, pois aqui deve se tutelar o direito coletivo da sociedade como o da Segurança e não somente o direito do agente individualmente, portanto claramente essa seria a medida menos restrita para a sociedade, superando o segundo requisito da necessidade.

Por fim, com relação ao terceiro requisito, sendo este o da proporcionalidade em sentido estrito, praticamente não há discussão a se fazer, veja que este requisito deve se valorar a finalidade publica para que se possa haver uma restrição, é nítido o pensamento de tal restrição quando sabe-se que estaria beneficiando toda uma nação e também o Estado, para combate efetivo contra possíveis inimigos.

6 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como não poderia faltar neste trabalho, entrará agora a discussão sobre os direitos fundamentais, visto que a todos cabem esses direitos, mas que existem exceções, indicando agentes e situações que são passíveis de restrição.

6.1 Diferença Entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Antes de adentrar no tema sobre as gerações dos direitos fundamentais, convém expor uma breve diferenciação do que seria direitos fundamentais e os chamados direitos humanos.

Embora tanto direitos fundamentais quanto direitos humanos, tenha por destinatário final a pessoa humana, se conclui necessário demonstrar a sua diferença, ainda que para alguns seja meramente terminológica.

Destarte é adequado passar o incrível ensinamento do ilustre doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 249):

(...) o termo "direitos fundamentais" se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

Extrai-se desse ensinamento então que da nossa Lei Maior é um belo exemplo de um positivamento de direitos fundamentais, passo que um exemplo de documento internacional que trata de direitos humanos é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Portanto, para efeitos desse trabalho deve se utilizar a expressão "Direitos Fundamentais", por se ter em foco também nossa Constituição Cidadã.

6.2 Origens

Quando se fala na origem dos direitos fundamentais vem à cabeça as chamadas Gerações de direitos fundamentais, mas estas não surgiram imediatamente, mas sim ao longo do tempo.

Essas gerações dos direitos fundamentais são divididas em quatro, sendo a primeira geração os direitos a liberdade; segunda direitos sociais, culturais e econômicos; terceira direitos a fraternidade e por fim a quarta geração os direitos da democracia.

6.2.1 Das gerações

Deve se salientar que os direitos fundamentais, são direitos que surgiram paulatinamente na construção da história, com muita luta e dificuldade eles foram conquistados com o passar dos anos, de tal forma que esta subdivisão em gerações não quer dizer que uma geração irá elidir outra.

Assim, essas gerações são divididas em quatro, sendo a primeira os direitos de liberdade; segunda os direitos sociais; terceira os direitos fraternidade e por fim a quarta os direitos à democracia. Passando então a analisar cada geração.

Os direitos de liberdade dessa primeira geração, claramente foram os primeiros direitos a serem conquistados, são direitos que prezam pela figura individual do homem, são os direitos que vão de encontro de algumas atitudes do Estado, são direitos que coíbem o Estado de algum possível abuso.

Estes direitos de primeira geração tratam da liberdade do indivíduo, esta liberdade é em sua definição a forma ampla, devendo se considerar toda e qualquer tipo de liberdade, podendo ser a de ir e vir; a religiosa; política, entre outras, dessa forma se faz valiosa as palavras de Bonavides ao definir estes direitos de primeira geração (1997, p. 517):

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Certamente, ao se falar em qualquer direito fundamental deve se ter em mente a Carta Magna, ainda mais se tratando de todas as formas de Liberdade, Bonavides (1997, p. 517) conceitua que "os direitos da primeira geração - direitos civis e políticos - já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão".

Com relação aos direitos de segunda geração, não trazem proibições ao Estado, mas pelo contrario, são direitos que devem ser positivados. Estes direitos de segunda geração que tratam dos direitos sociais impõem ao Estado que atue a favor da sociedade nas políticas públicas, ou seja, aqui o Estado tem a obrigação de fazer e concretizar estes direitos sociais. Assim, vem conceituar Bonavides (1997, p. 518) que "Os direitos da segunda geração (...) São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social."

Como dito, o Estado em razão dessa segunda geração de direitos tem a obrigação de atuar nos direitos sociais, mas deve se proceder sempre na rasteira do princípio da igualdade, para que constantemente aja no verdadeiro sentido dessa segunda geração, preceitua Bonavides que os direitos sociais (1997, p. 518) "Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula".

Agora ao se identificar a terceira geração, ou seja, os direitos da Fraternidade, deve se ter em mente que não é um direito individual, mas sim, direitos coletivos, eles transcendem a individualidade, não se determinam exclusivamente à guarita dos interesses de uma pessoa, de um grupo ou especificamente sobre um determinado Estado, mas isso não significa que ele é mais ou menos importante que as demais gerações de direitos, isso é reflexo de uma evolução histórica da humanidade (BONAVIDES, 1997, p. 523).

Passou então a se dizer na doutrina que estes direitos a Fraternidade pode ser subdivisível, assim identifica Bonavides (1997, p. 523) que essa terceira

geração pode ser explanada em “cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direitos ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

Por fim, os direitos da quarta geração como conceitua Bonavides (1997, p. 525) “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.

Existe uma duvida que cerca a doutrina, se as gerações antecedentes estão sobrepujados com relação a esta última geração, somente pela denominação dada a estes direitos chamando-os de "geração", é fato que uma geração não exclui a outra, afinal todas estas gerações estão prevista em nossa Constituição Federal, preceitua de forma esplêndida Bonavides (1997, p. 525):

Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia (...)

Dessa forma, tem-se a certeza que uma geração não exclui a outra. Assim, os direitos da quarta geração vão além, eles alcançam a objetividade tanto os direitos da segunda e terceira geração e absolvem a subjetividade dos direitos de primeira geral, mas não as exclui, assim estes direitos irradiam com mais força sua eficácia normativa (BONAVIDES, 1997, p. 525).

6.3 Restrições e Relativizações aos Direitos Fundamentais

Não é necessário mensurar a tamanha importância que os Direitos fundamentais ensejam sobre o nosso ordenamento. Mas, resta claro que, mesmo com tal importância, é imprescindível que até mesmo este direito contenha algumas restrições.

Perfaz-se então, relevante demonstrar que é possível haver restrições em sede alguns direitos fundamentais, pensando na aplicação do Direito Penal do Inimigo, visto que, para combater esses inimigos do Estado – leia-se organização

criminosa, corruptos políticos, entre outros – deve se ter uma restrição a alguns direitos, para haver uma devida prestação jurisdicional do Estado, onde o Estado tenha o poder de conseguir combater estes indivíduos, punindo-os conforme dispõe a lei.

Previamente, deve se ter o discernimento de que nenhum direito fundamental pode ser considerado como sendo absoluto, pois todos aqueles direitos fundamentais considerados como sendo básicos, podem ser relativizados. Podendo expor esta concepção em dois pontos, no primeiro pode se afirmar que os direitos fundamentais podem entrar em conflito entre si, devendo então um desses direitos ser privado em relação ao outro; na segunda hipótese e mais relevante para tema em tela é que, os direitos fundamentais não podem ser usados para prática de nenhum ilícito (CAVALCANTE FILHO, 2010, s.p.).

Dessa forma, é lúcido afirmar que uma das melhores maneiras de se restringir um direito de suma importância como este, é utilizando ele mesmo, ou seja, para haver alguma restrição em sede de direito fundamental, um outro direito fundamental deve restringi-lo, assim, vem nos orientar Alexy (2008, p. 296):

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.

Como bem explanado pelo professor Alexy, essa restrição é feita de maneira que, um princípio fundamental tenha peso maior que outro no caso concreto. Mas, essa restrição também poderá ser feita de forma expressa. Essa forma expressa são as restrições contidas em lei, podendo ser tanto em nossa Carta Magna, quanto em uma lei infraconstitucional.

Irrefutável dizer que nossa Constituição Federal tem poderes para restringir qualquer direito fundamental aja vista que, nosso ordenamento jurídico e vida social, são regulamentados por ela. Ora, se vê este poder de restrição em nossa Magna Carta ao analisar que um dos direitos fundamentais essencial, como a vida foi mitigado de forma explícita no artigo 5º, prevendo a possibilidade de haver pena de morte em caso de guerra declarada:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Com esse conceito, vem complementar Alexy (2008, p. 286), “Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”.

Por tal conceito, que pode se entender ser possível uma lei infraconstitucional restringir um direito fundamental, pelo fato de nossa Lei Maior dar poderes para tanto. Acrescenta ainda Alexy (2008, p. 286), “Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizadas por normas constitucionais”.

Esta autorização das normas constitucionais para se restringir esses direitos fundamentais, em se tratando de Direito Penal, são os chamados Mandados de Criminalização Constitucional, sobre estes Mandados serão dissertados mais a frente.

Assim, ainda vem completar Alexy (2008, p. 285) sobre o significado das restrições: “O que significa restringir a realização de um princípio de direito fundamental é algo demonstrado de forma paradigmática por meio das normas mandatórias e proibitivas”.

Como dito, existem indivíduos que se utilizam das leis penais para se beneficiarem, dificultando ou até mesmo tornando ineficaz os atos do Estado para se combater os crimes desses agentes. Com base nessas restrições vem ilustrar Ponte (2008, p. 164):

Atualmente, o combate a determinadas práticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social.

Com este pensamento, fica claro a ideia de que com tais inimigos do Estado, devem se ter alguns direitos restringidos e outros flexibilizados, pois para conseguir se combater essas praticas são necessários meios mais eficazes do que

eles estão utilizando para se desvencilhar das possíveis punições que deveriam ser impostas.

Continua o pensamento Ponte (2008, p. 164):

Caso todos os direitos e garantias individuais previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes, necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a deleção premiada que resultasse em perdão judicial, etc.

Aqui se chega a um dos principais pontos deste trabalho, no momento atual, com escândalos de corrupções, facções criminosas sempre impunes, salta aos olhos possíveis novos meios para se combaterem estes agentes. A questão principal é que diversos juristas não admitem a utilização do direito penal do inimigo, relativizando ou restringindo alguns direitos destes indivíduos.

Para casos excepcionais deve se ter medidas excepcionais, como dito diversas vezes, tais inimigos se utilizam das brechas da lei para sua impunidade.

Como explanado no capítulo três deste trabalho, é possível uma flexibilização ou restrição de alguns direitos como o da dignidade da pessoa humana, quando versar sobre o bem da sociedade e não somente em função de uma pessoa.

Por fim é de boa consciência saber que estas restrições não ilimitadas, que existem limitações e uma teoria específica para tais limitações, sendo ela a Teoria dos Limites.

6.4 Teoria dos Limites

Como visto, todo direito fundamental é restringível, não podendo se elencar nenhum direito absoluto, nesse diapasão resta claro afirmar que todos os direitos fundamentais possuem limites. Assim afirma Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 253) "Todo direito fundamental é, portanto, restringível".

Mas claro, esta restringibilidade não é absoluta, deve se haver meios para aferir o melhor mecanismo para esta restrição. Assim, surgiu na doutrina os

chamados limites imanentes ou também os limites dos limites, abarcado pela nossa Constituição Federal de 1988. Tais limites devem ser baseados no postulado da proporcionalidade e da razoabilidade para que não aja qualquer violação dos direitos fundamentais. Explica de forma clara Gilmar Mendes (2010, p. 393-394)

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perde de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites", que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Através dessa teoria dos "limites dos limites" se verifica que até mesmo para se restringir um direito existem limites para esta limitação. A opção por este termo limite, é proposital, vem complementar o pensamento Silva (2010, p. 132):

A opção pelo termo "limite", como se mencionou anteriormente, é proposital, já que pretende denotar que, nesses casos, não se deve falar em restrições aos direitos fundamentais ou de colisões entre eles, mas de meros limites que decorrem da própria constituição. Nesse sentido, é comum dizer que tais limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, já que não se pode falar em liberdades ou em direitos ilimitados e que é tarefa por excelência da interpretação constitucional tornar seus contornos os mais claros possíveis.

Neste contexto de restrição aos direitos fundamentais deve se analisar que existem duas teorias que possivelmente podem ser aplicadas para se restringir estes direitos, são a Teoria Interna e a Teoria Externa.

6.4.1 Teoria interna

Em poucas palavras de forma singela escreve Silva apud Planiol e Ripert (2010, p. 128) "o direito cessa onde o abuso começa". Esta é uma definição rápida do que seria a Teoria Interna. De forma a complementar continua Silva (2010, p. 128) "Com isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna – e daí o seu nome –, que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele".

Ora, se a definição desses limites devem ser retiradas internamente do próprio direito, resta claro afirmar que nesta teoria não se pode haver nenhuma interferência externa, assim não se cogita haver colisões entre os direitos fundamentais, não podendo haver sequer uma ponderação de qual direito possa ser aplicado e qual a sua limitação (SILVA, 2010, p. 128).

Com essa rigidez certamente pode se concluir que "em termos de estrutura normativa, é que direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras" (SILVA, 2010, p. 129). Assim como já visto no segundo capítulo caso a norma seja considerada como regra há que se levar em conta a sua rigidez com relação a uma possível relativização, mas não pode se interpretar de forma que os direitos para esta teoria são absolutos.

Destarte para esta teoria as restrições desses direitos devem estar pautadas em lei, o que nos leva a teoria dos limites imanentes. Explica Silva (2010, p. 131):

Assim, para não ter que partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos, a teoria interna tende a recorrer à idéia de limites imanentes. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria constituição.

Dessa forma, se tem a certeza de que os direitos fundamentais não são absolutos e existem limites.

6.4.1.1 Teoria dos limites imanentes

Como mostrado acima a teoria interna pode passar a impressão de que existem direitos absolutos, caso em que para esta teoria não e verdade, por haver limites nestes direitos, diz-se que por esta limitação tais direitos não seriam absolutos.

Destarte, resta clara a existência de um limite pra as limitações dos direitos fundamentais. Assim, cabe ao legislador se ater a estes limites para que na tentativa de regular um direito de suma importância o faça de forma equivocada, ferindo este direito fundamental. Neste contorno explica Mendes (2010, p. 393-394)

Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites", que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Como visto estes limites imanentes decorrem da própria Carta Magna, devendo os direitos serem restritos de forma expressa, é o que conclui Silva (2010, p. 132) dizendo que “quando se trata dos limites imanentes o que a interpretação constitucional faz é apenas declarar limites previamente existentes”.

6.4.2 Teoria externa

Esta teoria é o pensamento contrario a teoria interna. Aqui se trata de uma relação cordial com os princípios, sendo através dessa tese que se extrai a teoria de que um direito fundamental não exclui o outro, apenas cede em favor do outro.

De forma esplendida vem nos ensinar Silva (2010, p. 138) que “Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições”.

A partir dessas considerações podemos analisar que não há exclusão de um direito em razão do outro. Continua Silva (2010, p. 138) :

Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu *exercício* – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*.

Ora, veja que, nesta teoria externa devemos levar em conta o caso concreto para poder se pensar em qualquer tipo de limitação, não devendo deixar limitado qualquer princípio, sem antes se analisar o fato.

Assim, podemos dizer que em um caso concreto, existe um direito definitivo, que norteia uma situação tangível, para elucidar melhor nos explica Silva (2010, p. 140):

O direito definitivo não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido internamente e a priori. Somente nos casos concretos, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes.

Um dos principais problemas dessa teoria é o sopesamento, pois caso este não seja realizado de uma forma racional, com os devidos critérios, se abarcaria em uma decisão subjetiva do juiz, razão que causaria uma grande insegurança jurídica das decisões (SILVA, 2010, p. 148).

Assim, para mitigar esta insegurança, vem nos esclarecer Silva (2010, p. 148) que “O problema da insegurança jurídica fica, pelo menos em parte, afastado a partir da possibilidade de algum grau de racionalidade no sopesamento”.

7 DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETOS A ESFERA PENAL

Aqui se verá alguns dos direitos fundamentais afetos a esfera penal, que são aqueles relacionados diretamente entre o indivíduo e direito de punir do Estado.

Apesar da existência de vários direitos fundamentais dentro da área penal, será tratado neste capítulo os direitos de liberdade; individualização da pena e presunção de inocência.

7.1 Liberdade de Ir e Vir

Aqui se trata de um direito fundamental, elencado em nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*.

Nossa Carta Republicana pode ser considerada uma constituição da liberdade, pois não trata somente da liberdade de ir e vir do indivíduo que é o foco tratado aqui, mas também de liberdades religiosas, reunião e manifestação entre outras (SARLET, 2012, p. 429).

Como dito o âmago aqui é a liberdade de ir e vir, ou também chamada de liberdade de locomoção. Nossa Lei Maior trata dessa liberdade especificamente em seu artigo 5º, inciso XV. Dessa forma, define este direito Sarlet (2012, p. 473):

Assim, a liberdade de locomoção compreende, desde logo, o direito (faculdade) de qualquer pessoa, em tempo de paz (como decorre já do teor do art. 5º, XV, da CF), deslocar-se livremente, sem embaraços, em todo o território nacional, ou seja, sem que seja imposta qualquer restrição no âmbito interno das fronteiras territoriais brasileiras.

Dessarte, naturalmente as pessoas tem liberdade em nosso território, salvo restrições imposta pela lei ou pelo judiciário. É certo que este direito fundamental é o principal direito que o Estado restringe ao se punir uma pessoa.

Como afirmado não existe direito absoluto, não é diferente com este direito fundamental, ele é restringível. Vem nos esclarecer Sarlet (2012, p. 475):

Como qualquer outro direito fundamental, notadamente no campo das liberdades, também a liberdade de locomoção não constitui um direito absoluto, no sentido de imune a limites e restrições. Alguns limites já se encontram estabelecidos no plano constitucional, ao passo que outros são impostos pelos poderes constituídos, com destaque para ação do legislador.

Neste caso, a própria Constituição Federal, já restringiu este direito. Dessa forma existe a possibilidade de uma restrição maior nos casos de crimes em que o agente tenha meios de sair impune, isso é o que busca o direito penal do inimigo.

7.2 Individualização da Pena

Este é um princípio é defendido pela nossa Carta Republicana, em seu artigo 5º, inciso XLVI, afirmando que a lei irá regulamentar a individualização da pena, não podendo haver um padrão de punição (LUIZI, 2003, p. 52).

Para Nucci, este princípio é dividido em dois termos, sendo eles o individualizar e a pena. Assim nos ensina Nucci (2012, p. 175):

Individualizar significa particularizar uma situação ou tornar alguém individual; quer dizer distinguir uma coisa de outra, a fim de poder compreender, exatamente, o conteúdo, o alcance e a extensão do objeto analisado. A *pena* é a sanção penal destinada ao condenado, infrator da lei penal, cuja finalidade é multifacetada, implicando em retribuição e prevenção pela prática do crime.

Dessa forma, a junção desses dois termos, se forma no princípio da individualização da pena.

Para poder se punir, existem dois momentos para a individualização da pena, sendo um o legislativo e outro judiciário. Assim, o primeiro regulamenta o tipo penal, fixando a pena mínima e a máxima, em abstrato, que são previstas para o delito em si. Em relação ao segundo, o magistrado aplica os instrumentos criados, transformando a pena abstrata em pena material (NUCCI, 2012, p. 176).

7.3 Presunção de Inocência

Este princípio é mais um que esta previsto na Constituição Federal, sendo concretizado no artigo 5º, inciso LVII, asseverando que ninguém será considerado culpado, sem uma ação penal com uma sentença transitada em julgado.

Desta maneira, vem conceituar a inocência Nucci (2012, p. 264):

Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.

Com o relato do ensinamento a cima, todas as pessoas são inocentes perante sua vida por completa, salvo condenação definitiva feito por parte do Estado. Dessa forma, esclarece Nucci, a forma que o individuo perde a sua inocência (2012, p. 264), “Em virtude da condenação, com trânsito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco”.

Desprende-se que, todo individuo é inocente até o trânsito em julgado, feito que não é totalmente verdade para o direito penal do inimigo, como já visto é plenamente viável a flexibilização de alguns direitos. Caso em que, havendo algum crime acoberto por este ramo do direito, este princípio será mitigado.

8 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Este capítulo visa, esmiuçar de onde nosso Código Penal tira sua base, para poder punir o indivíduo, extraindo suas forças da nossa Carta Magna, pois como já notório tanto em nossa jurisprudência, como na doutrina, todo poder que as leis infraconstitucionais possuem, exalam da nossa Lei Maior.

Nesse cenário surge na doutrina a Teoria dos Mandados de Criminalização ou também conhecido por Mandado de Penalização, que nas palavras de Moraes (2014, p. 58) , estes mandados são "instrumentos da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agente estatais ou de particulares."

Indo mais fundo sobre o tema vem esclarecer Ponte (2008, p. 152) que "os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral". O que o legislador fez foi demarcar alguns bens jurídicos dos quais ele tem a obrigação de protegê-lo através da esfera Penal, obrigando-o a criminalizar condutas que vão contra a proteção destes bens jurídicos.

Infelizmente hoje no sistema brasileiro, não há qualquer tipo de sanção que possa ser considerada efetiva, ao legislador que não cumpre o mandado de criminalização, podendo ser tanto na forma dolosa ou na forma culposa, mesmo em se tratando de uma matéria obrigatória, no máximo o que poderia haver seria uma mora legislativa, que só poderia ocorrer caso houve algum ação que questionasse tal omissão (PONTE, 2008, p. 152).

Essa falta de sanção dificulta a cobrança do povo, porque não há qualquer meio coercitivo que faça os legisladores estatuir sobre tais mandados. Como será visto no próximo capítulo o direito penal do inimigo é um fato social, portanto a falta de regulamentação afeta a sociedade como um todo.

Convém explanar sobre a divisão dos mandados de penalização, sendo eles divididos dentro da nossa Constituição entre os mandados explícitos e os mandados implícitos.

8.1 Mandados Explícitos

Como o próprio nome já sugere, os mandados de penalização explícitos são aqueles contidos em nossa Constituição Federal de forma explícita, ou seja, de forma expressa. Muitos destes mandados estão no artigo 5º da Carta Magna, são encontrados também nos artigos 7º, 227º, 225º. Esclarece Ponte (p. 153) sobre os mandados que “Alguns dos mandados de criminalização já foram atendidos pelo legislador ordinário de modo satisfatório; outros de forma insuficiente; vários simplesmente ignorados”.

Um mandado de criminalização menosprezado pelo legislado é o de crime de terrorismo (PONTE, 2008, p. 153), tema pertinente para a situação fática do Brasil, mas em razão da falta de uma lei específica não há um conceito definido em nosso ordenamento, mas recorrendo ao dicionário brasileiro terrorismo significa:

terrorismo

sm (terror+ismo) 1 Sistema governamental que impõe, por meio de terror, os processos administrativos sem respeito aos direitos e às regalias dos cidadãos. **2** Ato de violência contra um indivíduo ou uma comunidade.

Como falado à realidade brasileira de diversas formas não regulamentadas e muitas vezes desumanas impõe o terror ao cidadão a sociedade como um todo, através de agentes públicos ou não. Motivo este que já é suficiente para o legislador se atentar para obedecer esta obrigação constitucional e regulamentar os mandados de penalização.

Neste caso específico e de suma importância deveria se haver uma sanção para os legisladores, pois se trata de um mandado de extrema relevância omitido pelo legislador, tendo o gravame de ainda ser explícito.

Este mandado de penalização é importante para o direito penal do inimigo, pois este se assemelha com terrorismo, visto que esta forma de direito paulatinamente adveio ao mundo dos fatos, sendo utilizado de diversas formas por pessoas ou agentes públicos sem qualquer regulamentação.

Este é um problema que assola a sociedade brasileira, razão mais que suficiente para o legislador cumprir tal mandado de penalização, contido de forma expressa em nossa Carta Maior.

8.2 Mandados Implícitos

Não resta dúvida de que se os mandados de penalização explícitos são aqueles contidos de forma positiva em nossa Carta Cidadã, já os mandados Implícitos são aqueles não contidos da Carta Magna, são retirados dela através de uma interpretação.

Explica de forma clara Ponte, sobre como o Direito Penal retira sua força da nossa Constituição Federal de forma implícita (2008, p. 165):

A atuação do Direito Penal justifica-se e legitima-se todas as vezes que a proteção ordenada pela Constituição Federal não puder ser alcançada de outra forma, a não ser a instituição de infrações penais e as correspondentes sanções penais, que devem ser proporcionais ao bem jurídico protegido.

É clara a intenção do legislador de que, não sendo possível resolver o mundo dos fatos através das outras vias judiciais, deve entrar em cena o Direito Penal para proteger o bem jurídico.

Ao se relativizar os direitos fundamentais previstos para ser humano e também para o devido processo penal, é certo que o direito penal do inimigo institui infrações penais, sendo que algumas devem ter sanções e outras devem ser regulamentadas. Porquanto continua Ponte (2008, p. 166):

Sob tal ótica, justifica-se o reconhecimento de um mandado implícito, quando o bem protegido ou que se busca proteção, apesar de afigurar-se como preponderante dentro da ordem constitucional, não contar com previsão expressa e tampouco com a consequente proteção normativa; caso esta já se encontre no ordenamento, afigure-se como débil, insuficiente ou ineficaz.

Este é o caso das vertentes do devido processo legal, como a paridade de armas entre as partes ou também da segurança da sociedade, onde atualmente

alguns agentes que podem ser nomeados como inimigos do Estado, se utilizam da lei para beneficiar sua torpeza e para sair impunes.

Assim, este é mais um motivo para se regulamentar o direito penal do inimigo, por aderir a sua órbita direitos e deveres que o Estado deve legislar, sendo obrigado pela nossa Constituição Federal de forma explícita e implícita.

Por fim, cabe destacar que estes mandados implícitos podem retirar sua força da própria Carta Magna, utilizando os artigos 1º e 3º, em que tratam da estruturação do Estado Democrático de Direito e também do postulado da dignidade da pessoa humana respectivamente (GOLFETTO, 2014, s.p.).

8.3 Este Poder Não é Ilimitado

Deve se ter a clareza que este poder não é ilimitado, que existe um equilíbrio na forma como um Mandado é implantado, tanto de forma expressa e até mesmo na forma implícita, ambos contidos em nossa Constituição Federal.

Sabe-se que cumprir estes Mandados não é facultativo ao legislador, mas ao proporcionar esta obrigatoriedade o Mandado de Criminalização o faz com um limite mínimo, do qual o mandado da margem para o legislador trabalhar, nos elucida bem sobre o tema Ponte (2008, p. 164), “A tarefa destinada aos mandados de penalização não é ditar regras ao legislador, mas fixar e delimitar os espaços mínimos de sua atuação”.

Analisando nosso Código Penal, com a ótica da nossa Carta Republicana, se verifica que estes espaços designados pelo Mandado de Penalização, não deve haver crimes que vão contrariar nossa Carta Magna, explica Ponte (2008, p. 164) “A Constituição Federal atua como limite negativo do Direito Penal, posto que será admitida toda criminalização que não atente contra o texto constitucional”.

Mas como já evidenciado existem os Mandados na sua forma implícita dentro da Carta Magna, razão pelo qual, não se deve analisar literalmente estes textos com os mandados, dando atenção somente para a criminalização que atente contra o texto constitucional. É visível que deve se tutelar o bem jurídico, mesmo

não estando descrito expressamente na Constituição Federal, como é o caso dos mandados implícitos.

Seguindo o pensamento de que os Mandados de Criminalização não são ilimitados, que sua tarefa é fixar e delimitar espaços de atuação (PONTE, 2008, p. 164), que o Código Penal não pode admitir crime que atente contra o texto constitucional (PONTE, 2008, p. 164), e que existe os mandados implícitos (PONTE, 2008, p. 166), vem deslindar mais uma vez Ponte (2008, p. 164):

A eleição dos mandados de criminalização está muito mais ligada à Justiça Social, do que a proteção absoluta a direitos e garantias individuais. A justificativa é simples: sem proteção aos direitos e garantias individuais, considerados de forma ampla, não há Justiça Social. Porém, é possível o respeito absoluto aos direitos e garantias individuais sem Justiça Social.

À vista disso, percebe-se que os mandados estão limitados com base na sociedade como um todo e não aos direitos individuais.

8.4 Equilíbrio na Implantação do Mandado

Como visto, os mandados são limitados, mas a melhor forma para se averiguar se o Estado esta acima ou abaixo do que os mandados estão ordenando, é a implantação deles com equilíbrio.

Equilíbrio este que pode ser feito através do postulado da proporcionalidade.

8.5 Todo Direito é Passível de Restrição de Forma Limitada pela Proporcionalidade

Como dito, existe até mesmo um limite para a limitação de um direito fundamental, mas o que se verá agora será como aplicar este limite. É notório que ao restringir esses direitos a sua limitação deve se basear no postulado da

proporcionalidade, aja vista que, é por esta ponderação que o Estado agirá dentro do aceitável.

Assim também, o postulado da proporcionalidade não será mais um dos fundamentos para o direito fundamental ou até mesmo para o Estado, aqui ele será o postulado que regerá o direito como um todo, declarando o que é razoável. Reza o ilustre Gilmar Mendes (2010, p. 402) "Aqui, ter-se-ia a aplicação do princípio da proporcionalidade não como fundamento nos direitos fundamentais ou no Estado de Direito, mas como postulado geral de Direito".

Em continuidade deste ilustre pensamento, continua Mendes (2010, p.410):

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Deve-se ter a clareza que onde se reza princípio da proporcionalidade, leia-se postulado da proporcionalidade. E que neste sentido de restrição, ou seja, na reserva legal, é precioso destacar que há uma subdivisão para sua aplicação, quem bem assevera esta subdivisão é Gilmar Mendes, quando explana da seguinte forma (2010, p. 410-411):

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

Explanatoriamente, para se limitar um direito fundamental com base na reserva legal proporcional, o legislador ao aferir sobre uma possível limitação, sopesar além da legitimidade do meio e de sua conclusão, tem obrigação de cotejar a adequação e a necessidade.

Ao se discursar sobre adequação, compreende-se que o meio utilizado deve ser ajustado da melhor forma possível para que a limitação atinja seu fim de maneira proporcional, assim preleciona Mendes (2010, p. 411), "O subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos". É lucido e pertinente se adotar este subprincípio, pois

seria totalmente irracional e antiquado se utilizar de qualquer tipo de meio para atingir um fim que não seja adequado e proporcional.

Agora, outro fato de suma importância e que deve ser analisado em conjunto com a adequação é o subprincípio da necessidade, quando se perfaz necessário restringir um direito fundamental, nem sempre o meio que se tem uma menor gravidade será tão eficaz quanto o de maior gravidade. Dessa forma, vem clarear Mendes (2010, p. 411), "O subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução do subjetivos pretendidos"

Mesmo ao fazer estas analisar não pode ser açodado, pois para proteger a sociedade o Estado pode ofender outros direitos fundamentais. Assim vem alumbrar Sarlet (2012, p. 338):

Para a efetivação de seus deveres de proteção, corre o Estado – por meio de seus órgãos ou agentes – o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiro.

Desta forma para se evitar desproporção na aplicação do mandado, mantendo o equilíbrio necessário para uma limitação de um direito fundamental, progride Sarlet (2012, p. 338):

(...) o Princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações do direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar - hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.

Ora, então para que não haja exceção do Estado ao limitar direitos fundamentais, resta claro que deve se utilizar do postulado da proporcionalidade. Como visto no capítulo do Postulado da Proporcionalidade, para que não se tenha equívocos em sua aplicação, deve se seguir alguns requisitos, para sua melhor aplicação.

Para solidificar a reflexão postada acima, vem nos dizer Sarlet (2012, p.341):

A aplicação da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem outros) utiliza-se, em termos gerais, da mesma análise trifásica (em três níveis ou etapas) - já de todos conhecida - aplicada no âmbito da proibição de excesso (...).

Ao seguir os passos descritos nas etapas da proporcionalidade dificilmente haverá alguma lesão ao direito fundamental.

9 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Este ramo do direito penal, é de algumas formas extremistas, razão esta que parte da doutrina se faz veemente contra a aplicação desta tese em nosso ordenamento, mas o que não se pode negar, é que cada vez mais em nossa atualidade, o direito penal do inimigo esta difundindo.

O nome desse ramo do direito penal, foi idealizado por Günter Jakobs, ganhando força paulatinamente através dos anos.

Uma das principais vertentes desse direito penal é que, deve haver uma diferenciação entre o que são delinquentes comuns e os chamados inimigos do Estado.

Assim, possivelmente se teria de ter dois direitos penais, mas não é o que enfatiza Jakobs (2012, p. 21), “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”.

Destarte, sendo um direito para o cidadão comum e outro para os criminosos que não devem ser considerados como pessoas, mas sim inimigos do Estado, convém explicar o que seria um inimigo do Estado.

Inimigo pode se afirmar como sendo aquele que tem por princípio ir contra a sociedade, não oferecendo garantia do seu comportamento pessoal, pelo contrario, causa terror e medo na sociedade, lesando o direito a segurança das demais pessoas (JAKOBS, 2012, p. 47).

Desta forma, sustenta Jakobs (2012, p. 28):

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

Então vejamos os crimes de grande repulsa da coletividade, são por muitas vezes crimes que possivelmente abarcaria o direito penal do inimigo, como a corrupção e as organizações criminosas, principais crimes vistos atualmente.

Eis que, como visto, deve se interpretar o direito penal do inimigo em conjunto com o postulado da proporcionalidade, pois o Estado mesmo em se tratando de um inimigo, não excluirá necessariamente todos os seus direitos fundamentais, como pregam alguns doutrinadores.

Para Jakobs, o cidadão comum deve ser tratado respeitando todas as suas garantias processuais e penais, fato que como ocorre em nossa legislação brasileira, se utilizar de fragmentos dessa teoria, esta se prejudicando o cidadão e o Estado de Direito, por tais indivíduos comuns estarem sendo punidos com penas de quem na verdade é inimigo (JAKOBS, 2012, p. 17).

Não há como negar que o legislador brasileiro por diversas vezes se utiliza do direito penal do inimigo, criando leis para o combate deste inimigo, como é o caso da chamada “Lei do Abate”, sendo o Código Brasileiro de Aeronáutica; ou também a lei da organização criminosa; o regime disciplinar diferenciado, entre outras leis brasileiras (LEMES, 2014, s.p).

9.1 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Sempre que surge uma teoria nova, é comum haver discordância entre doutrinadores, no tema em tela não é diferente, há variados posicionamentos em relação ao assunto.

Um dos argumentos que os doutrinadores contrários a este direito penal do inimigo se baseiam, é o de que a sociedade vê de forma iludida os crimes, as ameaças proferidas pelas organizações criminosas, que tais organizações criminosas não são de fato mais forte que o Estado, ora, vivemos em uma realidade que muitas vezes o cidadão de bem, por algumas vezes foi obrigado a não sair de casa, tendo seu direito de ir e vir exprimido, quando uma organização criminosa ameaça assinar qualquer pessoa que transite pela cidade.

Por tais fatos notórios já ocorridos, não é plausível afirmar que a sensação de impotência é uma percepção ilusória criada pela imprensa, o ilustre doutrinador Alexandre Rocha Almeida de Moraes, é a favor da ideia de que a sociedade faz uma percepção errônea de tais fatos, do qual ele afirma (2011, p. 52):

É, portanto, incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção do telespectador. Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.

Nitidamente, percebe-se o equívoco do ilustre autor, ao expor sua compreensão do tema generalizando-o, não foi distante e nem tampouco ilusório as ameaças que o Estado de São Paulo sofreu e ainda vem sofrendo perante algumas organizações criminosas. De fato, cidadão comum sente uma insegurança quando o Estado não consegue combater com paridades de armas, não somente com as armas de fogo, mas principalmente as armas processuais, do qual esta deveria surtir o mesmo efeito, tanto para uma organização criminosa quanto para um cidadão comum.

Ao longo dos séculos explicitamente a sociedade vem se alterando e se moldando, para se adequarem aos novos acontecimentos, seja na área da tecnologia, informação, biológicos, e não é diferente no tema em foco que é o Direito.

Acontecimentos estes que em se tratando de pessoas que praticam crimes, vêm se atualizando e se modernizando juntamente com a sociedade, passo em que as normas penais pararam no tempo, o fato é que desde dezembro 1940 o Código Penal e outubro de 1941 o Código de Processo Penal, vem sofrendo pequenas alterações para tentar acompanhar a evolução.

De fato, em nosso ordenamento jurídico algumas dessas mudanças foram pontuais em temas críticos, mas atualmente algumas normas estão em disparidade com o presente.

Sabe-se que é necessário haver mudanças, e alterar o modelo a ser seguido, faz com que o sistema tenha maior eficácia, em um ilustre pensamento nos dias Moraes (2011, p. 89):

É certo que toda mudança de paradigmas constitui uma tarefa difícil e lenta, pois cambiar as premissas implica o colapso de toda uma estrutura de ideias. Por isso, as mudanças de paradigmas só podem ocorrer por meio de vivências, de experiências, de evidências que nos coloquem frente a frente com os limites de nosso paradigma atual.

Veja que, atualmente estão se vivendo vários tipos de experiências negativas, em se tratando de alguns criminosos e seus atos. Dessa forma, há

necessidade de haver mudanças em nosso sistema legislativo e perceber que o direito penal do inimigo está acontecendo a nossa volta.

9.2 Reconhecimento como fato social

Não há como fechar os olhos para a realidade fática vivida hoje em nossa sociedade. Chegou o momento de não analisar somente teorias, mas também os acontecimentos na prática sendo ela policial ou forense.

Veja que pontualmente a legislação brasileira vai aderindo em parte o direito penal do inimigo, como são os casos da delação premiada e os presídios de regime disciplinar diferenciado, estes são casos em que houve uma regulamentação por parte do legislador.

O problema em questão são os casos em que há a utilização do direito penal do inimigo quando não há regulamentação. Essa falta de legislação derroca a sociedade atingindo até mesmo pessoas que não devem ser tratadas como inimigo, como dito para este ramo do direito penal não deve ser aplicado para qualquer pessoa, ao se perpetrar isso claramente estará se ferindo o postulado da dignidade humana.

É o caso clássico da tortura feita no suspeito para ele confessar um possível crime cometido por este. As chamadas vinganças policiais, que matam várias pessoas em uma favela em razão de um policial ser morto naquele local, entre outros fatos.

É inegável que existem indivíduos se utilizando da lei para se beneficiarem e ocultarem seus crimes, nosso sistema é legalista, por um lado todos os benefícios que uma pessoa que está investigada têm são bons, agora para outros tantas garantias acabam por fazer desaparecer qualquer chance que o Estado tinha de punir tal pessoa.

Veja recentemente se tornou um fato notório aqui no Brasil, a corrupção que atinge a política brasileira, veja que, com tanta garantia estendida aos suspeitos muitos estão soltos e somente alguns presos. Estes indivíduos estão soltos ou não foram condenados por todos os crimes pelas garantias impostas a

eles, pela demora para poder se prender, fazendo com que eles se desfaçam dos seus bens, que sabidamente foram frutos da corrupção.

Para estes agentes públicos, que detém o poder de desfazer dos bens, de fugir do país para não serem julgados, de conseguirem corromper mais pessoas, para estes inimigos do Estado com toda certeza seria viável a aplicação deste direito penal.

Veja que nos simples parágrafos acostados aqui, já se pode perceber que o direito penal do inimigo existe em nosso sistema jurídico em determinados pontos e em nossas sociedades sendo aplicado de forma irregular, sem lei que o defina.

9.3 Crise de Confiança dos Líderes do Estado

Como visto acima, vários agentes públicos nos últimos anos estão sendo investigados, processados e alguns condenados por crimes que cometeram. Mas não só por isso que esta começando haver uma crise de confiança, estes mesmos líderes do eleitos pelo povo, diversas vezes foram absolvidos por falta de provas, situações que se tornaram frequente deixando a população indignada.

A crise se expande também quando estes líderes deveriam prover ao povo mais segurança, fato que diversas vezes não é atingido, como quando integrantes de organizações criminosas opõe aos cidadãos toque de recolher e estes são obrigados a cumprir para não perderem suas vidas.

9.4 Prognose de Aplicação das Teorias

Vejam que, o que se busca aqui não é a efetivação total da teoria do direito penal do inimigo sem antes estabelecer elementos e limites aceitáveis para sua aplicação, mas sim utilizar esta teoria em conjunto com o postulado da proporcionalidade, para nos casos específicos se empregar este ramo do direito penal.

A intenção não é restringir e deixar inócuos todos direitos fundamentais de proteção do réu, mas restringi-los a tal ponto que, ficaria inviável a utilização da legislação para benesse dos seus crimes.

Vislumbrando que o sistema persecutório, tenha meios mais rígidos e específicos para conseguir parar algumas atuações de inimigos do Estado.

Dessa forma se vê que, ao se dar mais importância para delação premiada, ao se prender mais rápido quando há fortes indícios da materialidade do crime, quebrar sigilos fiscais, entre outras medidas de investigação, certamente se terá uma efetivação maior do poder de punir do Estado.

Dessa forma, pode se perceber que tais medidas são proporcionais as relativizações dos direitos dos agentes, pois estão se restringindo alguns princípios penais desses inimigos, mas cumprindo outros princípios de proteção da sociedade.

9.5 Perspectiva Que o Trabalho Pode Melhorar na Sociedade

Ao se aplicar a teoria do direito penal do inimigo com a devida proporcionalidade, voltará a confiança perdida nos líderes de Estado, a sociedade se sentirá mais segura e de forma importante possivelmente pela escassez de impunidade, as pessoas começaram a se policiar mais ao pensar em cometer crimes graves em razão da punição.

Ao contrário do que se pensa não se puni o indivíduo somente com a restrição de sua liberdade, para haver falta de presídios para o encarceramento; existe e para alguns casos como na corrupção, a melhor forma de punição seria a pecuniária, fazer o indivíduo pagar com seu próprio patrimônio.

São situações como estas como as punições e o efetivo cumprimento da pena, que fará com que a sociedade paulatinamente comece a credibilizar novamente o Estado.

10 CONCLUSÃO

Não há dúvida de que vivemos em um Estado democrático de direito e que todas as pessoas tem suma importância para a sociedade, devendo todas serem tratadas com a dignidade devida e que estas respeitem a dignidade da sociedade.

Tanto os postulados da dignidade da pessoa humana como o do devido processo legal, devem ser analisados sob a ótica do postulado da proporcionalidade, levando-se em conta qual momento é aceitável relativizá-los, para não haver detrimientos desnecessários.

Entretanto, convém olvidar a teoria do direito penal do inimigo, do qual se utiliza da relativização de um princípio, para que se possa ter um processo justo, não somente justo para sociedade, mas também justo em paridade de armas e igualitário, um processo que tenha a sua finalidade atingida, qual seja, solucionar um crime e punir o seu agente.

Como afirmado, uma regra tem sua superabilidade mais complexa em face de um princípio, veja que, caso esta teoria do direito penal do inimigo que também pode ser chamada de princípio, pois esta busca atingir um estado ideal de direito para a sociedade.

Deve-se analisar esta teoria do direito penal do inimigo em conjunto com os postulados normativos, sempre se verificando e ponderando a sua melhor utilização, de forma justa e equitativa, não devendo se estender a todo e qualquer crime ou indivíduo, mas sim, apenas aqueles que serão verdadeiramente considerados como inimigos do Estado e da sociedade de modo geral.

Não há sombra de dúvida que hoje qualquer autoridade que detenha o poder de policiar a sociedade pratica o direito penal do inimigo, resta claro que essa prática é totalmente vedada.

Dessa forma, tem-se que admitir a existência do direito penal do inimigo como uma realidade a ser enfrentada, não é racional fazer pequenas ponderações na legislação de tal modo que certamente irá atingir um indivíduo comum.

Por fim, o direito penal do inimigo visto a luz do postulado da proporcionalidade, se tornaria um grande avanço para a sociedade combater os

crimes que são cometidos por tais inimigos, colocando em pratica a igualdade entre as partes que atuaram em um eventual processo, além de proteger o cidadão comum de eventuais penas que deveriam ser aplicadas somente para o individuo inimigo do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4º ed. Editora Coimbra Almedina, 2000.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. **Portal TV Justiça**, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 02 out. 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7 ed., rev., ampl. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 11 set 2015.

FUENTES, André. Impávido Colosso – Gráficos, estatísticas e curiosidades nada lisonjeiros sobre o Brasil – Índice aponta Brasil como 11º país mais inseguro do mundo. **Editora Abril**. São Paulo, mai. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/indice-aponta-brasil-como-11-pais-mais-inseguro-do-mundo/>>. Acesso em 11 mar. 15.

GOLFETTO, Wendel. Mandados de criminalização – Explícitos e implícitos. **Academia Brasileira de Direito do Estado**, São Paulo, nov.2014. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/mandados-de-criminalizacao-explicitos-e-implicitos/>>. Acesso em: 05 set. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

LEMES, Flávia Maria. O direito penal do inimigo nas leis brasileiras. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4327, 7 maio 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32886>>. Acesso em: 29 set. 2015.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. rev., e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. Revista Jurídica ESMP-SP, V.5, p. 43-68, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 1 ed. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2 ed. , rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2012.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VAZ, Tatiana. As 50 cidades mais violentas do mundo – 19 delas no Brasil. **Editora Abril**, São Paulo, ano 2015, jan. 15. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/as-50-cidades-mais-violentas-do-mundo-19-delas-no-brasil#1>>. Acesso em 11 mar.15.

YABIKU, Roger Moko. O devido processo legal substantivo no direito penal sob o prisma das teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2462, 29 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14592>>. Acesso em: 10 abr. 2015.