

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

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

O DIREITO PENAL DO INIMIGO X O DIREITO PENAL DO EQUILÍBRO

Jéssica Caçula Rosário

Presidente Prudente/SP
2017

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

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

O DIREITO PENAL DO INIMIGO X O DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

Jéssica Caçula Rosário

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação da Professora Mestre Fernanda de Matos Lima Madrid.

Presidente Prudente/SP
2017

O DIREITO PENAL DO INIMIGO X O DIREITO PENAL DO EQUILÍBRO

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Fernanda de Matos Lima Madrid
Orientadora

Carla Destro
Examinadora

Francisco Lozzi da Costa
Examinador

Presidente Prudente, 24 de maio de 2017

"É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida."

Cesare Beccaria

"É preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os homens maus respeitem as leis boas".

Sócrates

AGRADECIMENTOS

Agradecer...

Se procurarmos no dicionário o significado desta palavra, lá encontraremos a seguinte definição: mostrar ou manifestar gratidão; render graças; compensar de maneira equivalente; retribuir.

Em primeiro lugar, a Deus, Nosso Soberano, rendo graças todos os dias de minha existência, pelo dom da vida, pela saúde, pelo imenso amor que sei que Ele tem por mim e por inúmeras vezes não cansar de demonstrar o quão eu sou especial para Ele.

Pela Família com que me presenteou, pelos amigos, pelo trabalho, por simplesmente permitir que eu continue a cumprir minha missão nesse mundo.

À minha família, que nunca, por um segundo sequer me desamparou ou permitiu que eu desistisse de ir sempre adiante, sempre respeitando as minhas escolhas e abençoando cada uma delas. Meus pais em especial, que muitas vezes abdicam de suas vontades para que as minhas prevaleçam na busca da realização de meus objetivos.

A vocês que são minha força e inspiração, toda a minha gratidão e o meu amor até a eternidade. Este trabalho não é nada perto daquilo que vocês merecem de mim, mas é um pouquinho da recompensa por todo esforço e trabalho de vocês que me permitiram vencer mais uma etapa de minha vida.

A uma pessoa em especial, mais que namorado, um amigo e companheiro Gustavo Endres de Almeida, que há mais de oito anos compartilha dos meus sonhos e permite que eu esteja presente nos seus. Pelo amor e carinho de sempre, pelo companheirismo e por nunca deixar de acreditar e confiar em mim quando o desânimo bate à minha porta. Obrigada do fundo do meu coração por sempre facilitar as coisas quando eu dificulto, por acreditar em nós e por me tornar um ser humano melhor. Você é um pedacinho da paz de Deus aqui comigo.

Aos meus amigos e amigas, pelos momentos de descontração e alegria, pela companhia e amizade que trazem leveza e por compartilharem grandes momentos de felicidade comigo.

À minha orientadora, Fernanda de Matos Lima Madrid, profissional sem igual e que não mediu esforços para me ajudar na conclusão deste trabalho sempre que fosse preciso. Tive o privilégio de ter apenas uma aula com você (e ainda era na graduação) já faz um tempo, mas ainda posso me recordar daquela professora de cabelo ruivo que ensina Direito Penal de um jeito que cativa, que faz querer prestar atenção, que faz querer aprender.

Que Deus à ilumine grandemente em sua vida e profissão. Ensinar é um dom, mas ensinar como você ensina é também um privilégio. Ninguém perde por ser exatamente como é!

À minha Banca Examinadora, agradeço também de todo coração por ceder um pouquinho do tempo de vocês para estar presente neste momento, na conclusão de mais um trabalho e que muito significa para mim. Sejam abençoados infinitamente por Ele. Vocês também são fonte de orgulho e inspiração.

Enfim, a todos que de algum modo interferem em minha vida e torcem por mim, muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem como tema o “Direito Penal do Inimigo *versus* o Direito Penal do Equilíbrio”. Primeiramente, foi necessário levar ao conhecimento do leitor o que seria cada uma destas ideologias ou movimentos correlatos ao Direito Penal, bem como qual é a tese que cada uma delas defende e os fundamentos jurídicos utilizados para tanto. Enquanto uma prega a ideia de direito penal máximo, a outra defende veementemente a linha do direito penal mínimo. Por conseguinte, também cuidamos de tratar, ainda que sucintamente, de algumas teorias criminológicas que buscam explicar o fenômeno da criminalidade. Conhecer as origens do crime e porque ele ocorre é fundamental para, ao final deste trabalho podermos concluir qual espécie de Direito Penal mais se coaduna à nossa realidade social e política. Por fim, não poderíamos deixar de falar sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, notadamente os princípios que resguardam tais direitos e, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana. Seria possível, nos dias atuais e diante das situações que nos encontramos (grandes escândalos de corrupção, formação de quadrilha, crime organizado, etc.), aplicar o Direito Penal do Inimigo? Ou não, tratando-se do Direito Penal, que é o ramo do direito mais repressivo e agressivo dentre todos os outros, deve ele ser a *ultima ratio* na solução dos conflitos, tal como defende de modo especial Rogério Greco, idealizador do Direito Penal do Equilíbrio? Tais questões serão respondidas no decorrer deste trabalho. Mas uma premissa já é possível adiantar, independentemente da opção escolhida, uma coisa é fato, da forma como está o Brasil atualmente, é preciso mudar a forma de ver, pensar e aplicar o Direito Penal e aceitar as implicações que determinadas escolhas possam nos trazer.

Palavras-chave: Inimigo. Equilíbrio. Criminologia. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Colisão. Relativização.

ABSTRACT

The present work has as its theme the "Criminal Law of the Enemy versus the Criminal Law of Equilibrium". Firstly, it was necessary to bring to the attention of the reader what each of these ideologies or movements related to Criminal Law would be, as well as what is the thesis that each of them defends and the legal foundations used to do so. While one preaches the idea of maximum criminal law, the other strongly advocates the line of minimum criminal law. Therefore, we also take care, though succinctly, of some criminological theories that seek to explain the phenomenon of crime. Knowing the origins of the crime and why it occurs is fundamental so that, at the end of this work, we can conclude what kind of criminal law best fits our social and political reality. Finally, we could not fail to speak about Fundamental Rights and Guarantees, especially the principles that safeguard these rights, and especially the principle of the dignity of the human person. Would it be possible, in the present day and in the face of the situations we face (great corruption scandals, gang formation, organized crime, etc.), to apply the Criminal Law of the Enemy? Or rather, in the case of criminal law, which is the most repressive and aggressive law branch among all the others, it must be the ultima ratio in the solution of conflicts, as advocated in a special way by Rogério Greco, creator of the Criminal Law of the Balance? These questions will be answered in the course of this work. But a premise is already possible, regardless of the option chosen, one thing is a fact, as Brazil is now, it is necessary to change the way of seeing, thinking and applying the Criminal Law and accept the implications that certain choices can bring us .

Keywords: Enemy. Balance. Criminology. Fundamental rights. Dignity of human person. Collision. Relativization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DIREITO PENAL DO INIMIGO	12
2.1 Conceito	12
2.2 Funcionalismo Penal	16
2.3 As Velocidades do Direito Penal	19
3 DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO	22
3.1 Fundamentos do Direito Penal do Equilíbrio	22
3.2 Enfoque Criminológico do Direito Penal do Equilíbrio	27
4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	34
4.1 Diferenças entre Regras, Princípios e Postulados Normativos	35
4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	38
4.3 Os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito.....	42
4.4 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado	47
4.5 Princípio da Proporcionalidade.....	51
4.5.1 Aplicação do princípio da proporcionalidade	52
4.6 Colisão e Relativização dos Direitos Fundamentais.....	56
5 CONCLUSÃO	61
BIBLIOGRAFIA	64

1 INTRODUÇÃO

Há certo tempo, o direito penal vem sendo utilizado como “válvula de escape” pelos poderes públicos, especialmente o poder legislativo e judiciário. Explica-se: quando um sujeito comete um crime que gera grande repercussão social, fazendo com que a mídia volte a sua atenção aos poderes públicos a fim de cobrar respostas e medidas em detrimento do caso ocorrido, é o direito penal que se presta a dar uma solução à sociedade.

O resultado desta conduta é a criação de mais tipos penais incriminadores, sanções penais mais rígidas, medidas restritivas da liberdade do indivíduo, dentre outros. Daí então, o direito penal fragmentário, tal como preconizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, passa a ser direito penal simbólico.

Ao invés de o direito penal ser utilizado apenas como a *ultima ratio*, isto é, aquele que deve ser acionado se (e tão somente se) os outros ramos do direito mostrarem-se insuficientes na resolução do caso concreto, toda e qualquer situação passou a ser passível de ser solucionada através do direito penal.

Não apenas os bens jurídicos indispensáveis à sobrevivência do homem e ao bom convívio deste para com a sociedade, mas sim quaisquer bens passam a ser de interesse do direito penal, passando a ser por este tutelado e protegido.

O que era para ser direito penal mínimo passa a ser direito penal máximo. O sequestro do empresário Abílio Diniz, no ano de 1989, culminou na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos); a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) é assim denominada em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, que por anos e anos foi agredida por seu ex-cônjuge e lutou incansavelmente na busca de efetiva punição para aqueles que praticam violência doméstica.

Ainda, há cerca de quatro anos atrás, fora editada e promulgada a Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012), que alterou o Código Penal Brasileiro para nele inserir delitos informáticos. Isto porque, uma atriz brasileira teve fotos íntimas divulgadas na internet por meio de seu computador pessoal sem a sua autorização. À época, o projeto de Lei nº 2.793/2011, tramitou em tempo recorde no Congresso Nacional, dada a repercussão que o caso gerou na mídia e no seio social.

Os casos citados, no entanto, permite-nos chegar às seguintes conclusões e indagações: a primeira é a de que, de fato, não raras vezes é

necessário que aconteça casos reais nesse sentido, isto é, de larga escala, para que os poderes públicos passem a tomar medidas realmente necessárias para o bom convívio social; para que medidas relacionadas às políticas públicas possam ser implementadas a fim de evitar determinadas situações e que visem a melhoria da sociedade.

Em segundo lugar, alguns crimes, quando cometidos, sem sombra de dúvidas dispensam maior reprovação social e rigidez no seu processamento e julgamento. Nos exemplos mencionados, de fato, era o caso de serem adotadas medidas mais drásticas (sequestro, violência doméstica e invasão de privacidade/intimidade).

Ocorre, porém, que a lei penal é criada para proteger bens jurídicos. O ordem natural das coisas é que a lei exista anteriormente ao fato, justamente para que, quando ele aconteça, haja suporte de proteção ao bem que foi maculado. Não é, no entanto, o que vem ocorrendo.

O direito penal está cada vez mais simbólico, cumprindo cada vez menos com a sua função de prevenir o crime, retribuir o mal praticado por determinado indivíduo e ressocializá-lo para que não volte mais a delinquir.

Todavia, hodiernamente, o crime organizado, os delitos intitulados de “colarinho branco”, o avanço incontrollável da tecnologia, entre outras coisas, vem apontando para um cenário totalmente diverso daquilo que até então conhecíamos, o chamado Direito Penal do Inimigo.

Em linhas rasas, esta nova vertente do direito preconiza que o Estado não deve tratar as pessoas que não adequam-se às regras sociais como cidadãos, mas sim como inimigos; inimigos da sociedade e inimigos do Estado.

Tal posicionamento é alvo de inúmeras críticas, notadamente porque vige no atual cenário mundial, para todo e qualquer caso, a Dignidade da Pessoa Humana. Isto é, o comando supremo de um Estado Democrático de Direito é a existência da pessoa humana da forma mais digna possível.

A história mundial da humanidade apontou para este avanço; as revoluções industrial e francesa, a primeira e a segunda guerra mundial, a guerra fria, as guerras civis já existentes, todos estes acontecimentos fizeram com que a pessoa humana fosse colocada no topo da pirâmide dos Estados Democráticos.

Não por menos, diversas são as leis, tratados e convenções que tratam do assunto, como a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos

Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969), o Pacto de San José da Costa Rica (1992), dentre outros.

Nesse sentido, o art. 5º da Constituição Federal Brasileira traz expressa e implicitamente diversos direitos e garantias fundamentais, além de diversos outros que se encontram previstos em tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A evolução é natural do homem racional. E é claro que o cenário do crime segue a mesma sorte. O avanço do homem e da inteligência humana através da ciência e da tecnologia permitem, hoje, o cometimento de crimes que há anos atrás eram inimagináveis. É por este viés que, talvez, o direito penal do inimigo possa fazer sentido, e conseqüentemente possa ser aceito.

De outra perspectiva, o direito penal do equilíbrio, como o próprio nome conduz, busca encontrar o equilíbrio entre a sociedade e as leis penais. Tal vertente do direito caminha mais para o lado do direito penal mínimo, efetivamente fragmentário e de uso impreterivelmente necessário.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo principal, traçar um paralelo entre o direito penal do inimigo e o direito penal no equilíbrio, somada à análise dos direitos e garantias fundamentais e a possibilidade ou não de relativização destes direitos de acordo com o atual cenário político e criminal brasileiro.

Para tanto, o método a ser utilizado no presente trabalho será o dialético, tendo em vista que para a dialética, as coisas não são analisadas na qualidade de objetos fixos, estáticos, mas sim em constante movimento. O método comparativo também será aplicado, porquanto não se chega a qualquer conclusão sem que sejam analisadas diferentes premissas a fim de se chegar à uma conclusão válida sobre elas.

Por fim, o método dedutivo também será usado nesta pesquisa, a qual também será realizada através de pesquisas bibliográficas por meio de leis, livros, doutrinas e artigos publicados em revistas, jornais e internet sobre o referido tema estudado.

O estudo de premissas verdadeiras sobre o direito penal do inimigo X o direito penal do equilíbrio e o atual panorama social, político e criminal brasileiro somente podem nos levar à conclusões verdadeiras sobre elas.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo está ligado diretamente à criminologia. É tratado como inimigo do Estado aquele que não se coaduna às regras sociais. Desta forma, é através do estudo da criminologia (que por sua vez estuda o crime, o criminoso, a vítima e o controle social), que podemos chegar à conclusão de quem são àquelas pessoas que podem ser consideradas inimigas (do Estado e da sociedade).

O termo utilizado, “direito penal do inimigo”, é de autoria do jurista alemão Günther Jakobs, cujo conceito foi introduzido mundialmente no ano de 1985.

Jakobs diz que deve existir um tratamento diferenciado entre aqueles que seguem as normas do Estado e os que não as respeitam, criando assim o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo.

Os inimigos devem ser punidos rigorosamente; mas também é necessário evitar a prática de crimes considerados graves, notadamente aqueles que transcendem o bem jurídico de apenas um indivíduo, atingindo de forma direta e indireta toda uma sociedade.

2.1 Conceito

Primeiramente, o que é o próprio direito penal?

Alexandre Rocha Almeida de Moraes, em seu livro “Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal” (2011, p.23), citando Dirceu de Mello, define:

O Direito Penal, como medida extrema de manutenção da ordem e de pacificação social é, por excelência, o reflexo da moral de um povo. É, justamente por sua inexorável ligação à configuração social, o mais dinâmico dos ramos do Direito; aquele que eterniza a dialética entre segurança da sociedade e liberdade do cidadão.

Pois bem. Se o próprio direito penal já é, por excelência, o balizador da segurança da sociedade e limitador da liberdade do cidadão, o direito penal do inimigo, como a própria nomenclatura sugere, não poderia ser, senão, uma vertente do direito penal mais rigorosa e repressiva ainda.

O que justificaria, então, em um Estado Democrático de Direito, a aplicação/adoção do direito penal do inimigo?

Desde o período pós-industrial até os dias atuais é comum dizer que vivemos em uma “sociedade do risco” ou “sociedade de riscos” (*Risikogesellschaft*). “Isto é, uma sociedade na qual os riscos se referem a danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis; que afetam a todos os cidadãos; e que surgem de decisões humanas” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 29).

Evidentemente, o avanço incontrolável da tecnologia permite à sociedade, hoje, realizar tarefas de forma tão simples e prática que há alguns anos atrás eram impensáveis.

Todavia, todos, sem distinção, podem ter acesso a esta tecnologia, inclusive e especialmente, os criminosos. E do mesmo modo que ela facilita a vida dos cidadãos, facilita também quem faz do crime um meio de vida, de sobrevivência.

Exemplos muito claros disso é o aumento do crime organizado, do cometimento de delitos como lavagem de dinheiro, corrupção, improbidade administrativa (aqueles denominados crimes do colarinho branco), etc.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 36) diz assim:

O conceito de sociedade moderna e complexa é, pois, fundamental para se entender a evolução do Direito, as consequências de seus almejados objetivos e a profunda transformação dos fins da sanção penal, de modo a antecipar uma conclusão: o Direito Penal moderno vem operando com códigos corrompidos e buscando metas que estão além de seus limites operativos.

Citado autor ainda elenca o que, para ele, são as marcas dos novos paradigmas que marcam a realidade atual, que são (2011, p. 36):

- a) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade;
- b) a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, o que vem ensejando a mitigação do Direito Penal clássico, com a adoção do Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas, como substituição ao pesado custo do sistema carcerário e fiscalizador), o que, ademais, vem contribuindo para o aumento da reincidência;
- c) o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (hoje, com a televisão, internet etc., se sabe em São Paulo de crime de latrocínio ocorrido há alguns minutos no subúrbio do Rio de Janeiro, aumentando a sensação de insegurança coletiva). Isso tudo agravado pela forma sensacionalista com que a mídia antecipa julgamentos e veicula notícias – como um autêntico produto de mercado;

- d) uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transporte, de comunicação etc.), incrementando, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos;
- e) aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das 'novidades' da era pós-industrializada (econômicos, de informática etc.);
- f) globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito, novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras, tudo em nome da eficiência econômica;
- g) a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e desproporcional;
- h) o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo);
- i) o considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuadas pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de 'Estados paralelos', à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fornecendo organizações criminosas, proliferando a justiça 'pelas próprias mãos' (linchamentos, grupos de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc.

Por todos estes motivos elencados (que se aliam à política criminal – no caso do Brasil – insatisfatória), é que pode-se dizer que foi institucionalizada a insegurança no seio social. “O cidadão anônimo diz: “estão nos ‘matando’, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 30).

Esta insegurança, a desigualdade social, a falta de recursos e amparo por parte do poder público, dentre outros fatores fomentam a criminalidade. Desde um simples furto até o cometimento de um crime grave ou à participação de um determinado indivíduo numa organização criminosa.

Mas até que ponto qualquer um desses cidadãos podem deixar de ser considerados como cidadãos (pessoas) para serem considerados inimigos (não-pessoas)?

O Código Penal vigente é de 1940 (em que pese suas inúmeras alterações até os dias atuais). Todavia, a essência do estatuto repressivo, em sua grande maioria ainda representa a sociedade daquela época.

Fato é, porém, que a sociedade muda. E o direito, especialmente o direito penal e processual penal não podem ficar à mercê de uma legislação que não corresponde mais às necessidades de seu povo contemporaneamente.

Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, na obra *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas* (2012, p. 90) dizem que o direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos:

Em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Silva Sánchez, por sua vez, assevera que será considerado como inimigo aquele indivíduo que abandonou as regras de convívio social demonstrando através de seu comportamento que não mais voltará a seguir o direito.

Segundo este autor (2011, p. 149) : “em todo caso, é alguém que não garante nítida segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta”. Significa dizer que não é todo indivíduo que será considerado inimigo, mas somente aqueles que, de modo claro, já não podem mais ser tratados como verdadeiros cidadãos.

Mas serão considerados inimigos apenas aqueles que podem ser taxados de delinquentes em nível máximo por assim dizer, isto é, aqueles que praticam infrações penais graves, de forma reiterada e cuja extensão do dano transcende a esfera das vítimas do delito, atingindo, ainda que indiretamente, toda uma sociedade.

Luis Gracia Martín (2007, p. 86), afirma que “o fim principal do Direito Penal do inimigo é a segurança cognitiva”. E acrescenta dizendo:

Nele já não há a preocupação – como ocorre no Direito Penal geral – de conservação ou de manutenção da ordem, mas sim, de produzir no entorno social condições suportáveis capazes de *eliminar* todos aqueles que não ofereçam a garantia cognitiva mínima necessária para que possam ser tratados como pessoas. O Direito Penal do inimigo é a disciplina jurídica da *exclusão* dos inimigos, que se justifica atualmente porque estes não são pessoas, e, conceitualmente, vislumbra uma *guerra* cujo alcance, limitado ou total, depende do que se possa temer em relação a eles. “O Direito Penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, [enquanto] o Direito Penal dos cidadãos otimiza as esferas de liberdade”. Mediante o Direito Penal do inimigo o Estado já não mais dialoga com os cidadãos para manter a vigência da norma, mas combate seus inimigos, isto é, combate perigos e, por isso, nele, “a pena se dirige à conservação com respeito a fatos futuros, e não à sanção de fatos já perpetrados”.

Melhor elucidado o que é e qual a finalidade do direito penal do inimigo, passaremos a abordar no tópico seguinte assuntos que estão intimamente ligados ao tema, como o funcionalismo do direito penal e as velocidades do direito penal para melhor compreensão deste trabalho.

2.2 Funcionalismo Penal

Quando se fala em funcionalismo do direito penal, devemos nos indagar o seguinte: qual a função do direito penal? Ele serve para quê?

Antônio Carlos da Ponte, numa aula sobre crimes eleitorais ministrada na pós-graduação *lato sensu* de Direito Penal e Direito Processual Penal desta Instituição (Centro Universitário Toledo), em 15.05.2015 afirma que para ele:

O movimento funcionalista diz que o direito penal serve para a construção de modelos de política criminal. Diz ainda, que não basta que o direito penal tenha como fonte a Constituição Federal apenas, pois, para ser considerado, de fato, direito penal legal, este deve ter como fonte inquebrantável os direitos humanos (a necessidade de uma pauta mínima de direitos humanos).

O funcionalismo penal tem como principais precursores Claus Roxin e Günther Jakobs, cuja inspiração advém das teorias sociológicas de Niklas LUHMANN¹.

Para Moraes (2011, p. 124) a escola funcionalista foi dividida da seguinte forma: “o funcionalismo estrutural de Parsons (no Direito Penal identificado como teleológico, valorativo e ‘moderado’, adotado por Roxin) e o funcionalismo sistêmico de Luhmann (no Direito Penal identificado como estratégico, normativista e ‘radical’, adotado por Jakobs)”.

Em verdade, esclarece que o movimento funcionalista pode ser subdividido em três estruturas distintas, quais sejam, o funcionalismo moderado (Roxin), o qual preconiza que a política criminal deve adentrar na dogmática penal; o funcionalismo limitado, que se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, cujo preceito é o de que o direito penal justifica-se por sua utilidade social, mas

¹ Luhmann (1927-1998), professor da Universidade de Bielefeld entre 1966 e 1993, é considerado atualmente, junto com Jürgen Habermas, o mais famoso representante da moderna sociologia alemã.

também devem ser respeitados todos os seus limites; e, por fim, o funcionalismo radical ou sistêmico (Jakobs).

Por outra perspectiva, o professor Antônio Carlos da Ponte², apresenta as três vertentes do funcionalismo penal da seguinte maneira: funcionalismo mínimo, funcionalismo moderado e funcionalismo extremado.

Assim, para o funcionalismo mínimo o direito penal tem uma função mínima, que é justamente a construção da política criminal. Tal vertente foi consagrada pelo Professor Hassemer³, e se traduz na ideia de que, o direito penal, para ter validade, precisa passar por uma leitura constitucional, não podendo, no entanto, ficar adstrito à ela, pois deve haver observância, ainda que mínima, aos direitos humanos.

Em contrapartida, o funcionalismo moderado (Claus Roxin) aponta que algumas regras vinculadas à imputação devem ser adequadas, bem como que determinados temas devem ser revisitados.

Antônio Carlos da Ponte afirma que Roxin é um dos responsáveis pelo fortalecimento da Teoria do Domínio do Fato, da autoria e da coautoria no concurso de pessoas, asseverando que, se quisermos evoluir nas regras de imputação e na capacidade e possibilidade das pessoas responderem aos crimes praticados, devemos adotar mencionada teoria.

No que tange ao funcionalismo extremado, indica que o seu principal expoente é o Jakobs, o qual defende o direito penal do inimigo. Relata que este doutrinador alemão afirma que o direito penal não tem a função de proteger bens jurídicos, mas deve proteger a identidade social.

De todo modo, a afirmação de que o direito penal não deve proteger bens jurídicos não pode ser considerada uma afirmação absoluta.

Explicando o entendimento de Jakobs, DA PONTE diz que há condutas que serão criminalizadas não porque atingem a um determinado bem jurídico, mas porque atentam bens jurídicos que afetam a sociedade. Dai o porquê da identidade social (exemplo: artigo 28 da Lei de Drogas); a conduta atinge além da própria pessoa, atinge a coletividade.

² Aula sobre crimes eleitorais ministrada na pós-graduação *lato sensu* de Direito Penal e Direito Processual Penal desta Instituição (Centro Universitário Toledo), em 15.05.2015.

³ Foi um estudioso do direito penal alemão e vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal (alemão).

Acrescenta ainda, que o seu fundamento encontra-se no contrato social, dizendo que existe algumas práticas que representam a ruptura deste contrato de forma absoluta, de modo tal que, havendo a ruptura, o sujeito deve passar a ser tratado como inimigo.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 128) citando Corsi, Esposito e Baraldi explica:

o funcionalismo ou análise funcionalista sistêmica seria, portanto, o método científico que permite tomar cada fenômeno dado como contingente e como confrontável com outros. “O conhecimento se constrói através da confrontação do dado conhecido com as possíveis alternativas”.

Nada obstante, de um modo geral, numa rápida diferenciação entre o funcionalismo moderado de Roxin e o funcionalismo radical, de Jakobs, podemos dizer que no funcionalismo teleológico (ou moderado) o que importa para o direito penal é a proteção de bens jurídicos essenciais, aqueles considerados mais relevantes à sociedade.

Por esta vertente, devem ser aplicados os princípios da intervenção mínima, da insignificância e a pena deve ter finalidade preventiva (geral e especial).

Prevenção geral negativa (da pena), como forma de intimidar todos os cidadãos a não praticarem crimes; e geral positiva, como forma de incentivar a sociedade a confiar no poder do Estado (não apenas o poder punitivo, mas também o poder de zelar pela aplicabilidade e validade de suas normas que visam proteger bens jurídicos). Quanto à prevenção especial, está ligada à ressocialização do indivíduo; a finalidade aqui é evitar a reincidência delitiva.

De outro lado, Márcio Widal, Advogado e Professor de Ciências Criminais, em seu artigo intitulado “Principais Noções da Doutrina Funcionalista do Direito Penal, publicado em 16 de março de 2013, ensina que:

A escola *funcionalista sistêmica* de Jakobs estabelecia que a finalidade do direito penal era de proteção à *efetividade do sistema*, ou seja, era garantir a *força e a eficácia das normas penais*. A conduta criminosa é um comportamento humano voluntário que desafia o *império da lei*, sendo a sua reprimenda verdadeira ratificação da vigência e da *força normativa da legislação penal*. Ao contrário de Roxin, para Jakobs a *função principal* do direito penal não é a proteção de bens jurídicos, uma vez que quando o Estado atua com o *jus puniendi* o bem jurídico tutelado já fora violado, cabendo apenas a demonstração ao transgressor de que a norma lhe imporá consequências, pois ela está em pleno vigor.

O direito penal do inimigo está diretamente ligado á terceira velocidade do direito penal. O próximo tópico deste trabalho tratará das velocidades do direito penal, fazendo um paralelo destas com o funcionalismo penal e com o direito penal do inimigo.

2.3 As Velocidades do Direito Penal

O sistema punitivo brasileiro prevê as seguintes espécies de sanções penais, quais sejam: as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e a pena de multa, conforme artigo 32 do Código Penal.

Por sua vez, as penas privativas de liberdade admitem o regime prisional de reclusão e detenção. Quando é previsto no preceito secundário do tipo penal a pena de reclusão, significa que o agente infrator após a condenação criminal poderá iniciar o cumprimento da pena fixada mediante sentença condenatória nos regimes fechado, semiaberto ou aberto.

No entanto, quando é cominada pena de detenção, o início do cumprimento da pena somente poderá ser no regime semiaberto ou aberto.

Quando o regime inicial é o fechado, a execução da pena deverá ocorrer em estabelecimento de segurança máxima ou média; por outro lado, quando o regime inicial for o semiaberto, o sentenciado deverá cumprir a sanção penal em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Por último, quando o regime aplicado for o aberto, o cumprimento da pena deverá ser em casa de albergado ou estabelecimento adequado, tudo conforme estabelece o art. 33, §1º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal.

Silva Sánchez (2002, p. 147) fala sobre as velocidades do direito penal. Para ele certamente existe “um espaço de expansão razoável do Direito Penal. Explicando:

O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir *resignadamente* a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real

para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da *razoabilidade* dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. Na medida em que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica.

Günther Jakobs, em outras palavras, diz que Silva Sánchez alega existir duas velocidades no direito penal atual. A primeira velocidade seria aquela em que o ordenamento jurídico impõe as penas privativas de liberdade, afirmando que nesta devem ser respeitados os princípios penais e processuais penais clássicos estritamente.

Em contrapartida, a segunda velocidade constitui-se por aquelas infrações em que seria possível flexibilizar proporcionalmente referidos princípios penais e processuais penais clássicos. Mas Jakobs ressalva (2002, p. 92):

Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão que excede destas breves considerações –, a imagem das <<duas velocidades>> induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sánchez – no Direito Penal do inimigo como <<terceira velocidade>>, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a <<flexibilização>> dos princípios políticos-criminais e as regras de imputação.

Analisadas estas premissas, podemos concluir que o direito penal do inimigo, tal como já mencionado, encontra respaldo na terceira velocidade do direito penal, velocidade esta que permite, ao mesmo tempo, a aplicação da pena de prisão e, se necessário, a relativização de garantias penais e processuais penais de forma ampla.

Segundo a opinião de Silva Sánchez, o direito penal do inimigo já existe no denominado Direito Penal socioeconômico, mas, para ele, não importando a área do direito penal, devem prevalecer a primeira ou a segunda velocidade do direito penal. De qualquer modo, ele admite a discussão de se pensar em um direito penal do inimigo quando (2002, p. 148):

(...) levamos em conta a existência, para não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado.

Brevemente analisadas as velocidades do direito penal, a questão que nos resta é: existe a possibilidade de fazer valer o direito penal do inimigo no Brasil, que é um Estado Democrático de Direito?

Tal questão, no entanto, será respondida na conclusão deste trabalho, após trazermos à baila o Direito Penal do equilíbrio, que traça uma linha paralela ao direito penal do inimigo mas, totalmente distante desta, bem como a discussão sobre os direitos e garantias fundamentais e a possibilidade de relativização quando houver colisão entre eles.

3 DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

O direito penal do equilíbrio vai de encontro ao direito penal do inimigo, isto é, enquanto aquele pode ser considerado como direito penal máximo, este é conhecido como o direito penal mínimo.

Rogério Greco, autor do livro “Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal” (4. ed., 2009), afirma desde logo que esta visão do direito penal está intimamente ligada aos princípios do direito penal (clássico), como o da exclusiva proteção de bens jurídicos – aqueles considerados mais importantes e vitais para a vida em sociedade – o princípio da intervenção mínima, da proporcionalidade, da adequação social e o princípio da legalidade.

Além disso, este pensamento defende um modelo de direito penal estritamente garantista, de modo que a observância aos direitos fundamentais e aos direitos humanos é imprescindível enquanto estivermos diante de um Estado Constitucional de Direito.

Citado autor alega que a tese do Direito Penal do equilíbrio por ele defendida visa conscientizar toda a sociedade em geral, mas especialmente aqueles que são responsáveis por elaborar e aplicar as leis “a respeito da falácia do discurso repressivo, que atende somente aos anseios da classe dominante, pois que nele vislumbra um instrumento de coação cuja finalidade única é atender egoisticamente seus interesses” (2009, p. 03).

Como funcionaria então o Direito Penal do equilíbrio? O que fundamenta esta concepção minimalista do Direito Penal?

Passaremos a entender melhor o fundamento do Direito Penal do Equilíbrio no tópico seguinte.

3.1 Fundamento do Direito Penal do Equilíbrio

Primeiramente, necessário se faz analisar os três movimentos ideológicos que levaram Greco a defender a adoção de um Direito Penal equilibrado. São eles o abolicionismo, o discurso de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo.

Sobre o abolicionismo do Direito Penal, podemos dizer que tal movimento ganhou força significativa após a Segunda Guerra Mundial, quando

então passou-se a ter uma visão mais humanitária em relação ao ser humano de um modo geral.

Suas origens são atribuídas a Filippo Gramatica, o qual entendia que a própria defesa social consistia em o Estado garantir a ordem social, ainda que isso implicasse a abolição do Direito Penal (GRECO, 2009, p. 07).

Este movimento advoga a ideia de que a incapacidade do Estado em resolver conflitos por meio do direito penal legitimaria a abolição deste poder punitivo, conduzindo assim à solução de conflitos através de meios alternativos e informais.

Todavia, Rogério Greco discorda do abolicionismo e compartilha de algumas críticas feitas a este movimento. De acordo com ele (2009, p. 10):

Embora extremamente louvável o discurso abolicionista, o certo é que, para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abrimos mão do sistema penal, sob o argumento de que outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver quaisquer tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo.

Ele cita ainda Edmundo Oliveira, o qual aduz (2009, p. 11):

(...) por mais que sejam as contradições que as penas privativas de liberdade encerre; por mais negativos que sejam seus efeitos; por mais altos que sejam seus custos sociais, nenhum país tem procurado o caminho de aboli-la do arsenal punitivo, especialmente porque ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para as inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes.

Por outro prisma, defendendo uma ideologia totalmente oposta temos o movimento Lei e Ordem, de cunho extremamente penalista e que encontra no Direito Penal a solução para todos os problemas maléficos que permeiam a sociedade.

Para este movimento, toda e qualquer conduta que atente a um bem jurídico, qualquer que seja ele (e não apenas os mais relevantes) devem ser objeto de proteção do direito penal.

Em razão disso, acaba por surgir o denominado Direito Penal simbólico e promocional. Já dizia Greco (2009, p. 15): “Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade”.

Vale relembrar aqui a política do “tolerância zero”, vertente do movimento Lei e Ordem instituída na cidade de Nova York (EUA) na década de 90. Política esta cujo único objetivo era instigar ainda mais a desigualdade já existente entre as classes sociais no contexto em que foi inserida, fomentando a criação de mais tipos penais desnecessários e seletivos mas que, à vista da sociedade (pertencente às classes média e alta) certificavam a ideia de segurança.

Nesta linha de pensamento, era clara a ideia de que o direito penal é seletivo (e ainda o é nos dias atuais). Significa dizer que apenas os pobres e marginalizados é que sofriam as suas consequências e que eram submetidos ao cárcere de fato.

Demais disso, esta ideologia rechaçava a ideia da aplicação de penas alternativas, porquanto na visão de seus adeptos o não encarceramento, ainda que a infração penal fosse irrelevante, levaria à prática de novos delitos.

Não por menos, Rogério Greco faz uma ligação entre o movimento Lei e Ordem e o Direito Penal do inimigo, asseverando que, para ele, este último em muito se assemelha ao regime Nazista à época da Segunda Guerra Mundial. Em suas palavras (2009, p. 22-23):

Dizer que a sociedade, na qual todos nós estamos inseridos, é composta por cidadãos e inimigos, para os quais estes últimos devem receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra, é voltar no passado, cuja história a humanidade quer, na verdade, esquecer. Com o argumento voltado ao delinquente habitual, ou criminosos pertencentes às facções organizadas, como acontece com os terroristas e traficantes de drogas, taxando-os de irrecuperáveis, propondo-se, para eles, medidas de privação da liberdade por tempo indeterminado, enfim, tratar o ser humano como um *estranho à comunidade*, é o máximo da insensatez que pode chegar o Direito Penal.

Por fim, a última ideologia que serviu de base à criação do Direito Penal do equilíbrio é aquela que trata do Direito Penal Mínimo. Para este seguimento, o Direito Penal deve ter como finalidade a proteção apenas dos bens jurídicos mais caros e vitais ao convívio social, e apenas se, no caso concreto os outros ramos do Direito não puderem solucionar o conflito, devendo sempre ser a *ultima ratio*.

Outrossim, alguns princípios penais devem servir de base à aplicação do Direito Penal Mínimo, notadamente aos legisladores e aplicadores da lei. São eles: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c)

lesividade; d) adequação social; e) insignificância; f) individualização da pena; g) proporcionalidade; h) responsabilidade pessoal; i) limitação das penas; j) culpabilidade; e k) legalidade.

A dignidade da pessoa humana será melhor estudada no próximo capítulo deste trabalho, mas sobre ela podemos dizer que trata-se da pirâmide mais alta dentro de todo o ordenamento jurídico. É a luz de todo o sistema – e não apenas o penal – uma vez que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Por seu turno, a intervenção mínima é caracterizada pela aplicação do Direito Penal somente nas situações em que os demais ramos do Direito se mostrarem incapazes de resolver o conflito em questão, e não apenas isto, o bem jurídico eventualmente lesado deve ser considerado, antes disso, como um bem realmente relevante a ponto de merecer a tutela do Direito Penal.

Soma-se à intervenção mínima, o princípio da lesividade, o qual preceitua que apenas as lesões a bens jurídicos de terceiros é que merecem guarida através do Estatuto repressivo. Daí o porque de não ser punível a autolesão.

Adiante, quando se fala em adequação social, pensa-se em condutas socialmente inadequadas e intoleráveis, uma vez que não poderia ser tutelada pelo Direito Penal condutas que a própria sociedade não repudia como infração penal, ações que são socialmente irrelevantes e praticadas de forma contumaz por inúmeros cidadãos.

Sobre a insignificância, devemos ter em mente que o tipo penal é formado pela tipicidade formal, que é a descrição do fato como crime através da lei; e a tipicidade material, consubstanciada no lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. No entanto, esta lesão não pode ser insignificante. Deve ser uma lesão que macule efetiva e significativamente o bem jurídico da vítima.

A título de exemplo, se um indivíduo subtrai para si dez reais pertencentes à pessoa alheia qualquer, não deixará de praticar o crime de furto, porquanto sua conduta enquadra-se formalmente à descrição prevista no artigo 155 do Código Penal.

Todavia, o valor subtraído evidentemente é ínfimo, sendo notória a desnecessidade de ser acionada a máquina estatal para processar tal infração penal. Logo, aplica-se o princípio da insignificância no tocante à tipicidade material,

já que o patrimônio da vítima (bem jurídico do delito de furto) não foi efetivamente lesionado, reconhecendo-se assim a atipicidade da conduta referida.

Quanto à individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal e limitação das penas, significa dizer que a cada infração penal deve ser cominada um tipo e quantidade de pena distintos, considerando que cada bem jurídico possui determinada importância e valor. Explicando: aos crimes perpetrados contra a vida não pode ser cominada pena igual aos crimes contra a honra ou ao patrimônio, pois evidente que àquela tem valor bem maior que estes.

A proporcionalidade diz respeito ao quantum da pena aplicada. Beccaria apud Greco (2009, p. 27-28), esclarece: “para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”.

Inclusive, a pena não pode, de modo algum ultrapassar a pessoa do condenado pela prática de um delito (responsabilidade pessoal ou Intranscendência da pena, artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal). Exceção se faz em relação à obrigação de reparar o dano e quando houver decretação de perdimento de bens, porquanto nestas duas hipóteses os sucessores poderão responder patrimonialmente pela execução ajuizada contra o condenado.

Nada obstante, o princípio da limitação da penas está previsto no inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal, o qual proíbe expressamente as penas de morte – salvo em caso de guerra declarada –, as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as penas cruéis.

Por último, e não menos importante, temos os princípios da culpabilidade e da legalidade. O primeiro que deve ser interpretado sob a ótica de que ninguém poderá ser considerado culpado se, nas circunstâncias concretas não poderia ter agido de forma diversa. Evidentemente, não faria sentido responsabilizar o agente criminalmente por eventual configuração de uma infração penal frente à inexigibilidade de conduta diversa diante da situação fática.

E no que diz respeito à legalidade, esta deve ser observada sob dois prismas essenciais: o formal e o material. O formal que está ligado ao processo de elaboração das leis, ou seja, das normas penais que descrevem condutas criminosas; e o material, concernente ao conteúdo e objeto destas leis, os quais devem sempre observar os princípios constitucionais e penais.

Estes são, segundo Greco, os fundamentos do Direito Penal Mínimo e Equilibrado, de modo que este modelo é, para ele (2009, p. 29): “a única via de acesso razoável para que o Estado possa fazer valer o seu *ius puniendi* sem agir como tirano, ofendendo a dignidade de seus cidadãos”.

Todavia, existe todo um estudo envolta do Direito Penal do Equilíbrio que foi realizado através da Criminologia e aspectos de política criminal, conforme veremos no tópico seguinte.

3.2 Enfoque Criminológico do Direito Penal do Equilíbrio

Já fora disseminado neste trabalho o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Equilíbrio, bem como o que significa cada um desses movimentos e o que legitimaria ou não a sua aplicação dentro do nosso ordenamento jurídico. Vimos que são ideologias totalmente opostas e, de início, podemos afirmar que a opção por um deles exclui automaticamente o outro.

Como já delineado acima, o Direito Penal, gostemos ou não é fundamental à existência da vida em sociedade. Trata-se de um mal necessário e dele não há como fugir (não de forma eficaz, mas ele ainda traz consigo o selo de segurança e paz à sociedade que um dia o originou).

Nesse sentido, podemos dizer que, em verdade, também fazem parte do estudo das ciências penais, além, é claro, do próprio Direito Penal, a Política Criminal e a Criminologia. Cada uma delas se encarrega de estudar um aspecto da criminalidade, servindo uma de substrato à outra. Mas é a criminologia que, neste tópico, terá maior importância.

Bem explica Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (1997, p. 126-127):

A criminologia deve incumbir-se, assim, de fornecer o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico; a política criminal, de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas de controle da criminalidade; por último, o direito penal deve encarregar-se de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico esgrimido pela política criminal, com estrito respeito às garantias individuais e aos princípios jurídicos de segurança e igualdade típicos do Estado de Direito.

Em outras palavras, é como se a Criminologia fosse o diagnóstico do crime, capaz também de, através de estudos empíricos receitar remédios eficazes para combater a criminalidade, o cometimento de infrações penais.

Isto porque, esta ciência do direito não busca apenas soluções para o caso *in concreto*, ela vai além, busca a gênese da prática do crime, isto é, o que levou determinado indivíduo a praticá-lo, o porquê, seja através de suas relações sociais e familiares, seja através também do comportamento da própria vítima(s) do delito.

A criminologia, de modo geral, tem como objeto de estudo o crime, o criminoso, a vítima e o controle social. Assim, podemos dizer que as principais funções da moderna criminologia segundo Molina e Gomes (1997, p. 39) são: “explicar e prevenir o crime, intervir na pessoa do infrator e avaliar os diferentes modelos de resposta ao crime”.

Greco, de outra forma, diz que “embora não se possa atribuir uma definição única ao termo criminologia, podemos defini-la como uma ciência interdisciplinária que tem como objeto o estudo do *comportamento delitivo* e a *reação social*”. Mas também destaca que as principais áreas de estudo devem ser o delito, o delinquente, a vítima e o controle social.

Quanto ao delito, é tarefa quase impossível para o criminólogo prever todas as possíveis condutas que possam ser consideradas infrações penais, mormente porque elas mudam de sociedade para sociedade.

Entretanto, conforme explica Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo (2001, p. 62):

- Existem três principais categorias de comportamentos delitivos, a saber:
- a) comportamentos penalizados e castigados em quase toda sociedade moderna;
 - b) comportamentos penalizados, mas sobre os quais a lei se aplica com escassa frequência;
 - c) comportamentos em via de penalização ou despenalização.

De outra sorte, sobre o delinquente/criminoso, que obviamente é o que mais recebe atenções, conforme já fora mencionado acima, a criminologia busca compreender porque determinado indivíduo teve comportamentos que não se coadunam às regras do ordenamento jurídico.

O estudo da vítima, por sua vez, é importante na medida em que permite ao criminólogo aferir a sua contribuição para a prática do delito. Inclusive, no direito penal brasileiro o comportamento da vítima pode levar à redução da pena quando da aplicação da sanção ao sujeito infrator.

Já quanto ao controle social, este possui duas formas: o controle social formal e o controle social informal. O formal seria aquele realizado pelos órgãos estatais, como a Polícia, o Ministério Público, o Magistrado, etc. Em contrapartida, o controle de natureza informal é aquele que qualquer pessoa pode fazer, mas é especialmente efetuado pelas pessoas próximas ao infrator, como a família, colegas de trabalhos e pessoas que o rodeiam.

Em razão disso, isto é, destas quatro áreas específicas para as quais é voltado o estudo da criminologia, surgiram ao longo dos anos diversas teorias criminológicas com o intuito, sempre, de tentar resolver o fenômeno da criminalidade. Falaremos aqui de algumas delas.

Inicialmente, temos a teoria do delito como eleição, cuja criação ocorreu no século XVIII com o surgimento da Escola Clássica, sendo alguns de seus renomados autores Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.

A Escola Clássica tinha como fundamento as três principais premissas: livre-arbítrio, dissuasão e prevenção. Os estudiosos pertencentes a esta Escola chegaram à conclusão de que a desorganização social era a responsável pela diminuição do controle social que, conseqüentemente, ocasionava o aumento da criminalidade.

Como forma de solucionar tal problema, propuseram a criação de medidas sociais que erradicassem a miséria, criassem empregos, ensino, etc., ou seja, mecanismos que fossem capazes de proporcionar um modo de vida mais digno a todo e qualquer povo.

Entretanto, em que pese ser este um meio que, sem dúvidas, melhora a qualidade de vida das pessoas de toda sociedade, ficou comprovado, posteriormente, que a adoção das medidas sociais acima explanadas não bastariam para solucionar o problema da delinquência.

Garrido, Stangeland e Redondo, apud Greco (2009, p. 38):

eliminar “as deficiências sanitárias ou a pobreza são sem dúvida objetivos saudáveis de toda sociedade, mas o progresso nestes campos não vem necessariamente associado a uma diminuição contingente da delinquência”, afirmando, ainda, que, tal como aconteceu nos Estados Unidos da América, na Espanha, no princípio dos anos 80, “a bonanza econômica e social desses anos não se traduziu em uma redução da delinquência, senão em um aumento desta (...)”.

Seguindo adiante, temos as teorias que tentam explicar o fenômeno da criminalidade de acordo com as regras sociais e sem a intervenção direta do Estado. São as denominadas teorias da contenção e da neutralização ou da deriva, que tentam propor o controle social informal.

A primeira – contenção – diz que existem controles internos e externos capazes de intimidar a prática de ações delituosas, como a capacidade de se autocontrolar e até mesmo o autoconceito, que é a percepção que o agente tem de si mesmo, bem como a reprovação social que este agente sofreria pelas pessoas que frequentam o mesmo círculo social caso viesse a cometer um crime.

Já a segunda (neutralização), explica que na fase de amadurecimento é como se os jovens fossem barcos à deriva, porquanto ainda estariam em dúvida sobre adentrar ou não para a vida do crime e segundo possam contar ou não com meios que os afastem dela. Elucidando (GRECO, 2009, p. 38):

Esta teoria cuida, ainda, das chamadas técnicas de neutralização, por meio das quais o agente busca cauterizar o sentimento de culpa com relação ao cometimento da infração penal, justificando o seu comportamento com uma série de argumentos, a saber: desclassificação da vítima; condenação daqueles que condenam ou que fazem as leis; demonstração de lealdades superiores; negação da justiça; argumento de que “todo mundo faz a mesma coisa”; provocação da vítima nos delitos sexuais etc.

Assemelha-se às últimas teorias, conforme relata Greco, a teoria dos vínculos sociais, formulada por Travis Hirschi, no ano de 1969, por meio da sua obra “Causas da Delinquência Juvenil”. De acordo com este doutrinador, a existência de vínculos com pessoas íntegras, além de vínculo com os pais, amigos, escola, trabalhos sociais e o temor a Deus são fatores que impedem os adolescentes e jovens de se envolver com o mundo do crime.

De outra banda, Robert Merton criou a teoria da tensão. Greco (2009, p. 39) explica: “quando as pessoas se deparam com a realidade da falácia do discurso do vencedor, tem início a chamada tensão”. E continua:

Embora o Estado afirme que todos têm capacidade de vencer na vida, nem todos, obviamente, têm as mesmas chances, as mesmas oportunidades ou, mesmo, os meios necessários para que se transforme em um vencedor numa sociedade eminentemente capitalista.

Cria-se, portanto, a tensão, sendo que o indivíduo a ela pode se adaptar, assumindo quatro diferentes posturas:

- a) de conformidade (é o caso da maioria dos indivíduos que se conforma em não conseguir atingir os fins de sucesso propostos);
- b) de inovação (o indivíduo aceita os fins – sucesso, *status*, etc –, mas não se conforma com os meios que lhe são oferecidos e parte em busca de outros);
- c) ritualista (não aceita os objetivos sociais, pois não tem como ideal possuir algo mais e se satisfaz em manifestar uma conduta padronizada);
- d) de rebelião (não aceita os fins e tampouco as atividades sociais convencionais, a exemplo do comportamento assumido pelos revolucionários e toxicômanos).

Existe ainda, a teoria das subculturas (ou contraculturas para Greco), que analisa a formação de grupos subculturais. Tais grupos tendem a criar os seus próprios ideais e os meios de atingi-los, os quais são colidentes em sua maioria com aqueles impostos pela sociedade dominante. Em razão disso, acabam sofrendo preconceitos e discriminações posto que causam incômodo social e, assim, inclinam-se facilmente à criminalidade.

Saindo da Escola Clássica e partindo para a Escola Italiana (ou Escola Biológica da Criminologia), encontraremos aquelas teorias denominadas biológicas.

Cesare Lombroso, considerado o pai da criminologia moderna, afirmava que o criminoso nato tinha um regresso atávico, considerando que apresentava fortes características que se assimilavam com as formas primitivas dos seres humanos. Newton Fernandes e Valter Fernandes, apud Greco (2009, p. 40) esclarecem:

Lombroso imaginou ter encontrado, no criminoso, em sentido natural-científico, uma variedade especial de *homo sapiens*, que seria caracterizada por sinais (*stigmata*) físicos e psíquicos. Tais estigmas físicos do criminoso nato, segundo Lombroso, constavam de particularidades da forma da calota craniana e da face, consubstanciadas na capacidade muito grande ou pequena do crânio, no maxilar inferior proclive, furtas sobranceiras, molares muito salientes, orelhas grandes e deformadas, dessimetria corporal, grande envergadura dos braços, mãos e pés, etc. Como estigmas ou sinais psíquicos que caracterizariam o criminoso nato, Lombroso enumerava: sensibilidade dolorosa diminuída (eis porque os criminosos se tatuariam), crueldade, leviandade, aversão ao trabalho, instabilidade, vaidade, tendência a superstições, precocidade sexual.

Aderindo aos conceitos de Lombroso e acrescentando a eles fatores econômicos, políticos e sociais, Enrico Ferri (jurista, político e sociólogo), afirmou

existir cinco tipos de criminosos: o nato, o louco, o passional, o ocasional e o habitual.

Saindo do estudo das teorias biológicas, passaremos à análise da teoria do aprendizado da delinquência. Em outros dizeres, assim como aprendemos boas maneiras, aprendemos também a praticar crimes.

Baseada também no comportamento humano, para esta teoria os indivíduos se tornam delinquentes por meio do associacionismo – cujo precursor foi Aristóteles – que parte da premissa de que, assim como todos os outros comportamentos humanos, o delitivo se molda através de mecanismos de aprendizagem.

Edwin H. Sutherland (sociólogo estadunidense), por sua vez, criou a teoria da associação diferencial. Consoante GRECO (2009, p. 42) “o princípio fundamental da teoria estabelece que o motivo pelo qual os indivíduos se convertem em delinquentes é o contato excessivo com definições favoráveis à delinquência, superiores ao contato que têm com definições contrárias a elas”.

Por fim, temos a teoria do etiquetamento ou *labeling approach*, iniciada por Emile Durkheim, mais conhecido como o pai da sociologia. Todavia, os principais autores modernos desta teoria são Erving Goffman, Edwim Lemert e Howard Becker, conceituados também como autores da Nova Escola de Chicago.

Esta teoria estuda os sujeito infratores como sujeitos desviados, estigmatizando-os desta forma de modo a fomentar que até os próprios sujeitos assim se auto avaliem como delinquentes, impedindo até mesmo a não reincidência na prática criminosa. Elucida Greco (2009, p. 43-44):

O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo como *delinquente*. Aquele que praticou o delito já começa a ser reconhecido por ele próprio como marginal.

Uma vez adquirido o *status* de desviado ou de delinquente, é muito difícil modificá-lo, por duas razões:

- a) pela dificuldade da comunidade aceitar novamente o indivíduo etiquetado;
- b) porque a experiência de ser considerado delinquente, e a publicidade que isso comporta, culminam em um processo no qual o próprio sujeito se concebe como tal.

Todas estas teorias criminológicas que, diga-se de passagem, não são taxativas, visto que existem diversas outras, buscam, de modo geral, explicar a

origem do crime e o fenômeno da criminalidade, assim como também visam encontrar uma solução viável ao seu falecimento ou, ao menos, diminuição.

Por meio delas podemos perceber que a criminologia possui suma importância quando se quer tentar explicar a existência do próprio direito penal. De antemão, concluímos que ele é um mal necessário, como já frisado anteriormente.

Podemos afirmar que a criação de todas estas teorias contribuíram, e muito, para elaboração do Direito Penal tal qual como ele é hoje. Basta uma simples leitura de nossa Constituição Federal, que podemos concluir seguramente que, ao menos desde 1988 o nosso ordenamento jurídico é, como um todo, garantista.

Elas (as teorias) estudadas e formuladas nos séculos XVIII e XIX, foram capazes de demonstrar as medidas que funcionariam e as que seriam irrelevantes para fazer a máquina estatal punitiva melhorar e, conseqüentemente mudar a forma de convívio social.

Por tal razão, podemos asseverar também que o nosso Direito Penal se alinha muito mais à ideologia do Direito Penal do equilíbrio, estando previstos em nosso ordenamento jurídico e sendo aplicados todos os princípios acima destacados (vide páginas 25-28).

Entretanto, até que ponto podemos nos valer do direito penal? Criminoso é tudo igual e ponto?

Outra indagação que sempre tenho em mente: num mundo tão injusto, marcado por tantas desigualdades sociais, porque clamamos tanto que todos devem ser tratados iguais perante à lei quando, na verdade, sabemos que não é assim que realmente funciona?

As respostas para todas estas questões será mais facilmente compreendida após tratarmos dos direitos fundamentais, no último capítulo deste trabalho.

4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Este capítulo, no todo, é composto de alguns títulos e subtítulos retirados da monografia da graduação, de autoria própria, intitulada “Da restrição dos direitos fundamentais frente ao princípio da proibição da proteção deficiente do Estado no combate ao crime organizado”, defendida, aprovada e publicada no ano de 2013⁴. Todavia, em alguns pontos houve alterações, seja excluindo parágrafos ou modificando-os para readequá-los neste trabalho, seja acrescentando escritas que lá não existem.⁵

Para exata compreensão do tema e ideia central proposta neste trabalho, é imprescindível a abordagem acerca de alguns princípios constitucionais penais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, necessário se faz primeiramente tecer algumas considerações sobre o que são os princípios, os postulados normativos, e as regras.

Cada qual possui um valor normativo dentro do Estado Democrático de Direito. Saber qual é esse valor, bem como a forma como cada espécie de norma é aplicada dentro do nosso ordenamento jurídico é fundamental para que seja possível chegar à conclusão que se pretende sobre o direito penal do inimigo X o direito penal do equilíbrio.

Atualmente, todo o ordenamento jurídico está indo de encontro aquilo que se denomina Neoconstitucionalismo ou “constitucionalismo pós moderno”.

O que sempre se buscou, por meio da instituição do Constitucionalismo nos Estados Democráticos de Direito foi, como regra: limitar o poder, preservar a separação dos poderes e garantir direitos.

O Neoconstitucionalismo, porém, vai além. De modo geral, as vertentes deste novo paradigma relacionadas ao estudo das normas, preconiza que os princípios devem passar a ser a base jurídica normativa central em detrimento das regras.

⁴ ROSÁRIO, Jéssica Caçula. **Da restrição dos direitos fundamentais frente ao princípio da proibição da proteção deficiente do Estado no combate ao crime organizado**. 2013. 86 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito), sob orientação do Professor Mestre Rodrigo Lemos Arteiro – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2013.

⁵ Foram utilizados os seguintes capítulos: capítulo 2, que corresponde ao subtítulo 4.1 deste trabalho; capítulo 3 e subtítulo 3.1, que correspondem aos subtítulos 4.2 e 4.3 deste; capítulo 05 que corresponde ao item 4.4; capítulo 04 e tópico 4.1, que referem-se aos itens 4.5 e 4.5.1, respectivamente, e, por fim, o subtítulo 3.2 da monografia da graduação que corresponde ao tópico 4.6 de desta pesquisa.

Contemporaneamente, embora em nosso sistema jurídico os princípios venham ganhando força normativa cada vez maior, e sendo aplicados não raras vezes mais do que as regras, estas últimas ainda ditam o caminho a ser perseguido pelo julgador quando da análise de um caso concreto.

O positivismo e o legalismo ainda são marca registrada dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, frisa-se, mais uma vez, a necessidade do estudo (ainda que breve) envolta das normas jurídicas.

4.1 Diferenças entre Regras, Princípios e Postulados Normativos

O Estado Democrático de Direito se vale de normas jurídicas para disciplinar a vida em sociedade. Miguel Reale apud José Cirilo de Vargas (2002, p. 24-25) leciona que toda regra jurídica, e entendemos aqui, que tal expressão engloba também os postulados e os princípios, deve procurar sempre postular direitos justos. Em suas palavras:

[...] toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Stammer, deve ser, sempre, uma tentativa de direito justo, por visar a realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou o fim objetivado pela regra de Direito. É a razão de ser da norma, ou ratio juris. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia.

Entretanto, antes de diferenciar e conceituar cada uma das espécies de normas, é preciso entender primeiramente, o que são normas jurídicas.

Norma não se confunde com texto. Norma é o resultado obtido a partir da interpretação de um texto. Texto é dispositivo, puramente artigo de lei.

Seguindo esta linha de raciocínio, pode-se dizer que é possível existir texto sem norma, existir mais de uma norma dentro de um único texto, como por exemplo o artigo 5º da Constituição Federal; e é possível ainda extrair de vários textos uma única norma.

Logo, podemos concluir que norma é diferente de texto. Humberto Ávila (2011, p. 30), citando Riccardo Guastini diz que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

E complementa dizendo: “o importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2011, p. 30).

É que existem inúmeras maneiras de interpretação, portanto, e por conta do subjetivismo, as normas serão aplicadas de diferentes formas em casos concretos. Dependerá de como o julgador interpreta determinada norma e de onde ele busca a sua interpretação, sem, contudo, infringir a essência e a finalidade daquela norma.

Passando ao estudo individualizado de cada espécie de norma jurídica, abordaremos primeiramente o estudo das regras, que são normas imediatamente descritivas e indicam uma conduta a ser seguida pelo destinatário; e depois os princípios, que por sua vez, são normas imediatamente finalísticas e que apontam para um ideal de coisas a ser perseguido sem descrever condutas para tanto.

Ronald Dworkin e Robert Alexy citados por Luiz Guilherme Marinoni, (2011, p. 49), explica:

[...] enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas.

Alexy apud Marinoni (2011, p. 50) assinala que:

[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*, ao passo que regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. De acordo com Alexy, as regras contêm determinações em um âmbito fático e juridicamente possível, ao passo que os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas.

Diversamente Dworkin (ÁVILA, 2011, p. 36-37) entende que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, significa dizer que, ou a regra é válida ou não é assim considerada, de modo que em havendo colisão entre elas, indiscutivelmente aquela regra que não for aplicada ao caso deverá ser declarada inválida.

Os princípios, sob a ótica de sua visão “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”.

Hodiernamente, os princípios têm gerado grande repercussão jurídica, não somente pela importância que possuem dentro do ordenamento pátrio, mas pelo modo como estão sendo utilizados cotidianamente, como se fossem “válvulas de escape”. Isto é, situações concretas estão sendo decididas com base apenas em princípios, e o problema não está em utilizá-los, mas sim, na forma como estão sendo aplicados.

Os princípios não tem função complementar, como bem leciona Marinoni (2011, p. 50), “pois, como esclarece Alexy, eles são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever ser. Os princípios recortam certas parcelas da realidade e colocam-na sob seu âmbito de proteção”.

Esta espécie normativa é aplicada por meio da ponderação, da prevalência de um sobre outro, em que pese não ser esta a melhor forma de aplicação, pois é necessário avaliar qual princípio se adequa melhor aquele determinado caso, independentemente de seu valor ou do valor que lhe é atribuído por quem o aplica. José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 29), reportando-se à Alexy, diz que:

[...] a lei de colisão evita uma preferência e uma desconsideração dos princípios em termos gerais, mas sim considerada caso a caso, em questões individuais, formulando, caso seja correta a ponderação, uma norma de direito fundamental associada, ou seja: “uma norma para cuja formulação é possível uma fundamentação jurídico fundamental correta.

De outro viés, em se tratando de conflito entre regras, existe um mandamento no ordenamento jurídico que tenta pacificar a antinomia existente entre elas, que é conhecido como os critérios de solução de antinomias. Trata-se dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

O critério cronológico estabelece que a lei posterior derroga a anterior; o hierárquico dispõe que lei superior derroga lei inferior, como por exemplo, normas da Constituição Federal prevalecem sobre as normas infraconstitucionais; e por último, o critério da especialidade, que diz que as leis especiais prevalecem sobre as leis gerais. Desse modo, seguindo os pensamentos de Ronald Dworkin e a regra estabelecida acima, sendo um dos critérios adotados, conseqüentemente uma

norma regra irá prevalecer e a outra será aniquilada, ou seja, será declarada inválida.

Por outro lado, tratando agora de outra espécie normativa e seguindo Ávila, os postulados normativos poder ser hermenêuticos ou aplicativos. Os meramente hermenêuticos são destinados a compreensão em geral do Direito; quanto aos postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta são, na verdade (2011, p. 134):

normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas [...]; os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Os postulados normativos “não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante constante relativamente a outras variáveis” (ÁVILA, 2011, p. 135).

Concluindo este tópico, resta claro que os postulados normativos não se confundem com as regras e com os princípios, justamente porque se encontram num plano acima destes e porque viabilizam e estruturam a sua aplicação.

É como se eles estivessem no topo da pirâmide normativa, encontrando-se os princípios abaixo destes e as regras abaixo dos princípios; e como numa escala hierárquica, os inferiores dever observância aos superiores, sob pena de serem declarados inválidos por infringência a um comando maior.

4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O homem é o centro do universo. Todas as leis são feitas pelo homem e para o homem, em qualquer lugar do mundo. O antropocentrismo, contudo, passa a ter mais força após a Segunda Guerra Mundial. O ser humano é colocado, de vez, no centro do universo; no centro das relações humanas, sociais, culturais, etc.

Exemplo disso é a exclusão da pena de morte de quase todas as Constituições do mundo. Luiz Luisi (2003, p. 101) assim nos esclarece:

A chamada idade moderna tem início com uma profunda reformulação da posição do homem no mundo.

Na idade média o mundo material, e mesmo o social, é concebido como realidade objetiva, regida por princípios e leis determinadas. O homem é inserido neste contexto objetivo, e, pois, também é regulado pelas mesmas leis. É apenas um dado do todo, e como tal disciplinado pelos princípios do universo do qual faz parte.

Em contraponto a essa concepção organicista surge uma cosmovisão antropocêntrica, que importa em uma revisão de postura humana no cosmos. O homem deixa, então, de ser um simples e pouco relevante elemento do mundo natural e social para passar a ter uma reformulação, e mesmo na construção da realidade. O homem passa a ser dominus, principalmente, de seu universo específico da sua própria realidade, e do contexto inter humano em que obrigatoriamente vive.

Mas não basta que o homem seja a peça fundamental de um Estado de Direito se não for para o ser de forma digna.

A Constituição Federal de 1988, traz como um dos fundamentos (valor supremo) da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

É do valor atribuído à pessoa humana, portanto, que se origina a Lei Maior e todas as demais leis existentes em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que todas estas devem estar de acordo e ir ao encontro daquilo que preceitua a própria Constituição.

Podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana, mais que um princípio, se encontra no plano dos postulados normativos, pois orienta todos os demais ramos do direito. Orienta até mesmo as próprias normas constitucionais.

Cediço é que o ser humano sofreu em demasia até chegar ao topo do universo. As dimensões dos direitos fundamentais comprovam as tantas batalhas já travadas para com o Estado na busca da concretização dos direitos e garantias individuais e sociais. André Gustavo Corrêa de Andrade, Juiz de Direito (2008, p. 02), esclarece:

Por essa razão, todos os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem, fundamento de todo o dever-ser. E, justamente por ser fundamento, o homem não constitui, em si, um princípio, pois o “fundamento não é um princípio, mas a justificação radical dos próprios princípios.”⁶ A humana condição não fundamenta e justifica o que é, mas o que deve ser, tanto no campo da moral como no do direito. No plano jurídico, como em

⁶ COMTE-SPONVILLE, André. A Sabedoria dos Modernos. 1999, p. 90.

tudo mais, “o homem é a medida de todas as coisas”.⁷ A finalidade última do direito é a realização dos valores do ser humano. Pode-se, pois, dizer que o direito mais se aproxima de sua finalidade quanto mais considere o homem, em todas as suas dimensões, realizando os valores que lhe são mais caros.

Conclui-se, portanto, que a existência do homem, individualizado ou socialmente considerado, justifica a existência de leis limitadoras e garantidoras, das regras, dos princípios; justifica, enfim, todo o ordenamento jurídico como ele é. Luiz Luisi (2003, p. 102), complementa:

Este processo adquire consistência a partir do século XVII, por obra de filósofos como Thomás Hobbes (dito filósofo do absolutismo, entendimento que foi revisado magistralmente por Hans Welzel), John Locke, Samuel Puffendorf, Charles Secondat de Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, dentre outros. Na concepção desses pensadores, ditos genericamente iluministas, embora pesem diferenciais, o homem deixa de ser súdito, e passa a ser cidadão. É agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social, - mas dando-lhe uma feição heurística estes autores entendem que o estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato. Mas o homem, parte contratante, pela sua condição de ser racional e livre, e, pois, capaz de gerir seu destino, é titular de direitos. E quando se insere no Estado reivindica o reconhecimento e a proteção desses direitos. Ou porque a eles não renuncia ou mesmo renunciando, impõe como condição que o Estado criado pelo Estado devolva, com sua tutela, os direitos em causa.

O direito à dignidade, enquanto pessoa humana inclui uma série de outros direitos, como o direito à igualdade e à liberdade. O princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive, engloba todos os demais princípios insculpidos na Constituição Federal.

Obviamente, no âmbito do direito penal não poderia ser diferente. Pelo contrário, já que esta área do direito é a mais repressiva e a que mais restringe e até mesmo cerceia diversos direitos e garantias do cidadão.

Dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – artigo 1º, item 2) que pessoa é todo ser humano. Esta convenção traz em seu bojo inúmeros direitos e deveres da pessoa humana.

Nada obstante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também traz expressamente outros diversos direitos e garantias do homem enquanto ser humano. A título de exemplo, transcreveremos alguns deles:

⁷ Na célebre frase de Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são.”

Artigo I - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II: 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV - Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V - Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI - Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Semelhantes a estes dispositivos, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, traz em seu art. 5º, *caput* e incisos um rol extenso e meramente exemplificativo de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. Vê-se, pois, que tais dispositivos visam nada mais que garantir a dignidade da pessoa humana no âmbito nacional, dignidade esta inerente à própria condição de ser humano.

José Afonso da Silva (1998, p. 84/94) diz que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Assim sendo, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, e de um país signatário de tantas Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos como o é o Brasil (a exemplo dos dois mencionados acima), deve-se entender que toda e qualquer conduta que retire do indivíduo a sua dignidade deve ser repudiada, afastada, jamais considerada.

Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p.62) esclarece que a dignidade é:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho

degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Vale dizer que são os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de cada Estado que conformam a dignidade da pessoa humana. É através das leis positivadas que o cidadão pode, sempre, buscar amparo quando violado um direito seu.

Os direitos e garantias fundamentais surgem da relação entre indivíduo e Estado, caracterizada pelo binômio liberdade-autoridade. Tal equação jurídica consubstancia-se no fato de que o Estado deve se preocupar com o homem perante a sociedade. Significa dizer que ao mesmo tempo em que deve fornecer subsídios aos homens para que eles possam conviver de forma coletiva e pacífica, deve também garantir a liberdade individual de cada um desses homens.

Sahid Maluf (1998, p. 321-322) assinala:

O que se procura, na solução do problema, é equacionar precisamente os dois termos. Não pode o Estado desprezar as prerrogativas naturais da pessoa humana, nem pode o homem prescindir da autoridade do Estado. Se o indivíduo se sobrepõe ao Estado, caminha-se para a anarquia, ou, então, para a escravização do homem pelo homem. Por outro lado, se assume o Estado uma posição de preeminência absoluta sobre o homem, chega-se ao estatismo totalitário, incompatível com a dignidade da pessoa humana, e, por isso mesmo, formalmente condenado pelo pensamento cristão [...]. Como *indivíduo*, membro do corpo social, o homem tem deveres e obrigações perante a sociedade à qual se subordina, porque nela encontra o ambiente e as garantias necessárias para o seu desenvolvimento, para a consecução dos seus ideais de paz e felicidade [...].

Dessa forma, passaremos a estudar os direitos fundamentais e sua historicidade. Veremos que os direitos fundamentais são a marca característica do Estado Democrático de Direito, bem como que são os limites às intervenções estatais.

4.3 Os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito

Direitos fundamentais, como já é de nosso saber, são todas aquelas normas contidas no artigo 5º da Constituição Federal, bem como aquelas outras normas esparsas dentro do ordenamento jurídico, ou ainda as previstas em tratados

e convenções internacionais do qual o Brasil seja parte, que visam a garantia da dignidade da pessoa humana. Nos dizeres de Napoleão Casado Filho (2012, p. 19), os direitos fundamentais são:

um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito a dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico.

Importante esclarecer que as expressões direitos fundamentais e direitos humanos, embora há quem entenda ser esta expressão utilizada para se referir aos direitos humanos previstos em tratados internacionais e aquela como menção à direitos inerentes ao ser humano previstos na Constituição ou Lei Maior de cada país, tal distinção é irrelevante para o direito brasileiro, que trata ambas as expressões como sinônimos.

Eles são dotados de algumas características, sendo as mais importantes: a universalidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade e irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, a indivisibilidade, interdependência e complementariedade, a historicidade e a proibição de retrocesso e, por fim, a aplicabilidade imediata e o caráter declaratório.

Quando se diz que os direitos fundamentais são universais, quer-se dizer que eles possuem validade e são legítimos para todos os indivíduos. Esta característica encontra-se prevista no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o qual dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

As características da indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade, por sua vez, traduzem-se na ideia de que os direitos fundamentais não podem ser transmitidos ou renunciados, excetuando-se os casos em que o próprio sujeito, no exercício livre da autonomia de vontades dispõe de um direito seu; este direito, entretanto, deve ser disponível, passível de renunciabilidade, além de ser necessário verificar, no caso concreto, se a livre disposição de um direito fundamental não está viciada.

No que tange a imprescritibilidade, indivisibilidade, interdependência e complementariedade dos direitos humanos, tais atributos referem-se a possibilidade do indivíduo poder exigir a satisfação dos direitos elencados no rol do artigo 5º da

Carta Magna, a qualquer tempo, e não somente estes, mas também outros direitos desta natureza previsto por toda Constituição Federal.

O caráter indivisível desses direitos, é no sentido de que eles se complementam, garantindo a eficácia plena da dignidade humana que, juntos, buscam alcançar.

Veja, os direitos fundamentais não precisam necessariamente um do outro para ter eficácia, pois cada qual garante um direito – como a própria denominação sugere – fundamental. É que, atuando em conjunto, as garantias fundamentais totalizam, isto é, integram, de forma máxima, o postulado normativo da Dignidade da Pessoa Humana.

Quanto à historicidade e a proibição de retrocesso, esta é uma característica que nos remete ao breve estudo das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Inicialmente, tivemos os direitos de primeira dimensão, que surgiram como forma de proteger as pessoas das opressões manejadas pelo Estado. Foi nesta fase histórica que os cidadãos reivindicaram, especialmente na França, a separação entre o Estado e a Sociedade, ficando o poder estatal reduzido à tão somente zelar pelas liberdades individuais. Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 582), ensina que:

os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como os direitos de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva).

Na segunda geração dos direitos humanos, encontramos os direitos sociais, econômicos e culturais, que foram impulsionados pela Revolução Industrial, a partir do século XIX. As reivindicações eram de ordem trabalhista e normas de assistência social.

Os cidadãos não mais postulavam a liberdade, que àquela altura os escravizava, mas sim, a intervenção estatal. É como diz o ditado popular: “em toda sociedade em que há fortes e fracos, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta”. Cunha Júnior (2009, p. 588), assinala:

O que caracteriza esses direitos é a sua dimensão positiva, dado que objetivam, não mais obstar as investidas do Estado no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa relação, a posição de devedor. Estes direitos fundamentais sociais não estão destinados a garantir a liberdade *frente* ao Estado e a proteção *contra* o estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo *ante* o Estado.

Nesse contexto, nasce o Estado do Bem-Estar Social e da Justiça Social, que visa assegurar os direitos sociais e econômicos. No Brasil, contudo, esses direitos passaram a ser ratificados a partir da Constituição de 1934, que fundou o moderno Estado intervencionista. Nela havia um título denominado “Da Ordem Econômica e Social” e um outro chamado “Da Família, da Educação e da Cultura”.

Posteriormente, surgem os direitos de terceira dimensão, nomeados direitos de solidariedade ou fraternidade. Eles são classificados como direitos transindividuais; são direitos difusos e coletivos, que transcendem a esfera do indivíduo.

À exemplo de alguns desses direitos, podemos citar o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação, entre outros. A finalidade de tais direitos é preservar a própria existência do grupo humano.

Por último, temos os direitos fundamentais de 4ª dimensão, os quais ainda não são totalmente positivados nas ordens jurídicas internas e internacional. São exemplos desses direitos, o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e os relacionados à biotecnologia ou, ainda, o direito à informação e à democracia direta.

Diante do breve estudo das gerações de direitos fundamentais, é possível perceber o quão difícil foi a luta dos cidadãos no mundo todo em busca de direitos que assegurassem, de fato, a dignidade da pessoa humana.

O direito, de um modo geral, segue a sociedade, ou seja, à medida em que os cidadãos evoluem, reivindicam novos direitos, pois tais existem para satisfazer as necessidades humanas. É nesse sentido que se fala em proibição de retrocesso. Corroborando com esse entendimento Dirley da Cunha Júnior transpõe (2009, p. 593):

O exame dos antecedentes históricos e da evolução dos direitos fundamentais confirma a ideia de que os direitos fundamentais são o resultado de demandas concretas, ensejadas por incansáveis lutas contra as agressões e toda uma ordem de intolerância que afligiam os bens fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana. Daí podemos concluir que eles são resultado da luta histórica pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de todas as reivindicações, e do qual constituem explicitações de maior ou menor grau. A evolução dos direitos fundamentais também revela um dado que não é surpreendente: o indivíduo julgou insuficiente os direitos de liberdade como garantia contra o Estado, exigindo uma atuação efetiva do Estado para uma materialização real daqueles direitos, com o fornecimento dos meios necessários a uma existência digna.

Por derradeiro, a aplicabilidade imediata e o caráter declaratório são as últimas características dos direitos humanos que será tratada neste trabalho e traduzem-se na simples ideia de que, se os direitos fundamentais já foram declarados, devem ser garantidos à todos, prescindindo de norma regulamentadora para serem assegurados e aplicados imediatamente.

Não obstante, salienta-se que direitos e garantias fundamentais não são a mesma coisa, uma vez que os direitos são os bens assim considerados pelo Estado; e as garantias são assecuratórias, ou seja, elas são os instrumentos que salvaguardam os direitos fundamentais.

Após estas sucintas considerações acerca do tão debatido tema dos direitos fundamentais, podemos dizer que não há como falar sobre eles sem falarmos em Estado Democrático de Direito, este último visto também como um postulado normativo, uma vez que está acima das outras espécies normativas funcionando como meta norma, como diretriz para criação de princípios e regras, os quais são imprescindíveis ao “Estado Ideal” que almeja-se conquistar.

Estado Democrático porque deve ser governo do povo, pelo povo e para o povo.

Esta concepção de Estado Democrático de Direito e direitos humanos encontra maior razão de ser ainda na moderna teoria de direitos fundamentais, da qual reconhece cada vez mais a dupla dimensão ou dupla perspectiva desses direitos, pois, assinala Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 606-607):

os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda ordem jurídica. Vale dizer, os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como

garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, eles conferem aos seus titulares a prerrogativa de *exigir* os seus interesses em face dos órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado, que se contraem do dever jurídico de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito”.

Após abordarmos o estudo dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, é possível perceber que um não subsiste sem o outro. Onde há Estado Democrático de Direito, imperiosamente haverá direitos fundamentais, sob pena de se violar a própria essência desses fenômenos que garantem a existência humana de forma plena. Quando um deles deixar existir, voltaremos ao totalitarismo, ao *status quo* do ser humano reivindicando direitos sem os quais a espécie humana é incapaz de sobreviver dignamente.

4.4 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado

O princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, da infraproteção ou da insuficiência é um desdobramento do princípio da proporcionalidade juntamente com a proibição de excesso.

Ao mesmo tempo em que o Estado não pode intervir excessivamente de modo a restringir os direitos fundamentais, deve assegurar e proteger de maneira adequada e eficaz tais direitos, para que eles possam desenvolver-se e atingir sua finalidade. O dever de proteção é inerente ao Estado.

Baltazar Junior citando vários doutrinadores alemães, ensina (2010, p. 52):

os direitos fundamentais, ao lado de sua clássica função *negativa* de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), passaram a desempenhar também o papel de mandamento de proteção (*Schutzgebote*) ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*), na terminologia mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzrechten*), expressão que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado.

O direito, por ser uma ciência (jurídica) humana, sofre constantes modificações e, por isso, deve procurar adequar-se, sempre, da melhor maneira possível, ao contexto social em que vive determinada sociedade. As gerações de direitos fundamentais é um típico exemplo das modificações que ocorrem com o ser humano e com toda a coletividade durante o passar dos anos.

Dessa forma, é necessário que o legislador se atente a estas evoluções para que possa dar um suporte de proteção satisfatório, garantindo a dignidade da pessoa humana e possibilitando o convívio social.

Horst Dreier e Gerhard Robbers apud José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 49) diz que:

Os direitos fundamentais têm um caráter de resposta: eles representam reações a determinadas situações de perigo à liberdade pessoal. Sendo assim, a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa está de acordo com o momento histórico e seu nascimento no qual as ameaças provinham, essencialmente, de fontes estatais.

E complementa dizendo (2010, p. 50-51):

Essa modificação no papel dos direitos fundamentais teve como fundamento a necessidade de adaptação da sua dogmática ao surgimento dos direitos fundamentais sociais e da mudança do papel do Estado, que passa a ser mais interventivo e atuante, necessitando prestar, positivamente, serviços, ou criar condições para que fossem prestados.

Enfatizamos que os direitos fundamentais não são absolutos e, por assim ser, podem sofrer restrições. A questão emblemática das restrições de direitos fundamentais se acentua justamente nas limitações desses direitos.

Isto porque, o legislador preocupou-se tão somente em disciplinar e assegurar o lado positivo dos direitos fundamentais, quer dizer, o direito material propriamente dito e as suas garantias, deixando a cargo do intérprete do direito o que diz respeito aos seus limites e restrições (lado negativo).

Klaus Stern citado por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 396) afirma que:

uma separação clara entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e suas limitações, assim como das possibilidades de limitações e os limites por sua vez postos à limitação dos direitos, não é apenas relevante para uma dogmática "límpida" dos direitos fundamentais, mas também assume importância para o manejo apropriado, especialmente por parte da jurisdição constitucional e do legislador, das normas de direitos fundamentais.

Tanto a proibição de excesso, quanto a proibição de proteção deficiente devem ser vistas sob a ótica do princípio da proporcionalidade, que “de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o princípio do Estado de Direito (artigo 1º da Constituição Federal), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos” (SARLET, 2012, p. 405).

Há quem entenda, por outro lado, que o princípio da proporcionalidade guarda relação com o devido processo legal substantivo, esculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Independentemente do entendimento adotado, o importante é saber que o princípio em tela, ou postulado, é aplicado a qualquer matéria jurídica e “constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro” (SARLET, 2012, p. 405).

Nesta senda, podemos dizer que a proporcionalidade atua como limitadora do grau de intervenção protecionista, aliando-se desse modo à proibição de excesso.

Segundo Luciano Feldens (2008, p. 73):

considerando-se que um dever de proteção deve se realizar de forma suficiente (um dever de tomar medidas insuficientes seria totalmente inútil), sua análise reclama o recurso ao princípio da proporcionalidade, também em sua dupla perspectiva.

Markus Möstl apud Baltazar Junior diz, em resumo (2010, p. 60):

A proibição de insuficiência se correlaciona com a proibição de excesso do direito de defesa. A primeira determina o nível mínimo de proteção determinada, enquanto a última determina o limite máximo da intervenção para o fim de proteção.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Habeas Corpus nº 104.410, do Rio Grande do Sul, ao preferir acórdão em 06.03.2012, citou *Bundesverfassungsgericht*, o qual pronunciou, à respeito da proibição de proteção deficiente e o princípio da proporcionalidade, o entendimento de que (*BverfGE 88, 203, 1993*) (acórdão, p. 12):

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja

eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...).

É possível perceber, com base nas transcrições acima, que o princípio da proibição da proteção deficiente consubstancia-se na ideia de que o Estado deve assegurar e dar proteção eficiente aos direitos dos cidadãos.

Dessa forma, este princípio é enfatizado neste trabalho visando a compreensão de que, se a segurança jurídica e a própria segurança, no sentido literal da palavra, é um princípio fundamental do Estado de Direito, logo, o próprio Estado deve promover medidas suficientes para garantir a paz e o bom convívio social. Luciano Feldens orienta (2008, p. 74):

Os Estados modernos nascem e se justificam na medida em que constituem um meio para assegurar a paz social, defendendo os cidadãos diante de agressões partida de seus semelhantes. Nesse contexto, os deveres de proteção apresentam-se como a versão atual da contraprestação imputada ao – e assumida pelo – Estado em decorrência de um hipotético pacto de sujeição a que aderem os homens no precípua desiderato de resguardarem sua liberdade e segurança no convívio social.

Conclui-se, portanto, que se houver necessidade de intervenção nos direitos fundamentais do cidadão, assim deverá ser feito, desde que respeitados os limites impostos pela Constituição Federal.

Por conseguinte, muito embora se diga que as restrições devem pautar-se na proibição de excessos, tal excessividade, no entanto, ficará a cargo do nobre julgador e intérprete do direito, pois, muitas vezes, o que configura excesso para uns, para outros é apenas uma medida necessária calcada no princípio da proporcionalidade.

Daí o porquê se mostra indispensável a positivação dessa matéria por parte do legislador, criando parâmetros objetivos a serem seguidos ainda que, nesses casos, certa dose de subjetivismo por parte dos legisladores e aplicadores da lei seja inevitável.

4.5 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade (ou postulado), conforme veremos abaixo, justifica-se pela aplicação adequada da norma jurídica. Os meios utilizados através da sua incidência devem atingir o fim almejado.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2008, p. 89) nos ensina que:

O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma.

O princípio da proporcionalidade possui fundamental importância para análise do tema ora abordado, qual seja, a o direito penal do inimigo X o direito penal do equilíbrio e a relativização de direitos fundamentais. Além disso, possui grande aplicação e influência nas discussões jurídicas que hoje perturbam os intérpretes e aplicadores do direito. Veremos então, qual é a forma de aplicação do princípio da proporcionalidade.

A título de exemplo, um pequeno julgado em consonância com a matéria abordada:

ACÓRDAO EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. BLOQUEIO PARCIAL DE VENCIMENTOS. EXISTÊNCIA DE MEDIDA MENOS GRAVOSA SENDO, PORTANTO, MAIS ADEQUADA PARA A ESPÉCIE. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDA, SEM PEDIDO EXORDIAL, A MEDIDA DE BLOQUEIO PARCIAL DE VENCIMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I. Inexiste precedência absoluta abstrata de um direito fundamental sobre um outro direito fundamental, devendo o Magistrado efetuar um juízo de proporcionalidade acerca de qual deles prevalecerá no caso concreto, observando-se as máximas parciais da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (...) (grifo nosso). (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 6101901103, Relator : NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/09/2011, Data da Publicação no Diário: 04/10/2011).

Ao aplicar a proporcionalidade, no entanto, o juiz deverá fazer uma análise com base nos três elementos, por assim dizer, deste princípio: a

necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, conforme demonstraremos no tópico abaixo.

4.5.1 A Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade ou princípio da proporcionalidade, como é mais conhecido e utilizado, vem sendo largamente aplicado pelos julgadores recebendo diversas significações, conforme outrora dissemos.

Sobre a proporcionalidade, Humberto Ávila (2011, p. 174) opina:

o postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. 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 restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 103) a respeito, diz que:

ora não é sequer mencionada a palavra proporcionalidade; ora o princípio é tratado como um mero recurso a um topos, com caráter retórico e não sistemático (SILVA, 2002), apenas para afastar alguma conduta considerada abusiva; ora é tratado como sinônimo de igualdade (isonomia) e, mais frequentemente, como razoabilidade; ora invocado como devido processo legal.

Mas de acordo do Ávila (2011, p. 174) “a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita”. Isto implica em dizer que “sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico”.

Por sua vez, Suzana de Toledo Barros (2000, p. 73) assevera:

A expressão *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a *proporcionalidade* em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve

também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a *proporcionalidade em sentido estrito* da *proporcionalidade* tomada em *sentido lato* e que designa o princípio constitucional.

A proporcionalidade, seja como postulado normativo, seja como princípio, vem sendo aplicada em todas as áreas do direito, porém, se originou primeiramente na área do direito administrativo. Anne Martins Voltobel, (sd, p. 02-03), alega:

O princípio da proporcionalidade nasce no século XVIII com vistas a se tornar uma justa medida capaz de guiar os passos do poder executivo, impondo limites, portanto, à sua atuação, destacando-se, nessa época, nas áreas administrativa e penal.

A partir do século XIX, entretanto, ganha espaço, no direito administrativo para, finalmente, firmar-se na doutrina constitucional alemã em meados do século XX.

Sabe-se que foi a partir da propagação das teorias jusnaturalistas e com o término do Estado Absolutista que se passam a proteger os direitos fundamentais. Nessa passagem de Estado Absolutista para Estado de Direito surge o princípio da proporcionalidade como limitador dos poderes do rei.

Todavia, a sua aplicação ganha maior destaque quando se fala em direitos fundamentais, notadamente às restrições.

Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 119), corrobora com este entendimento, afirmando que: “não há como olvidar, como demonstrado, que a formulação do princípio da proporcionalidade [...], sempre esteve indelével e originariamente associada ao conflito envolvendo os chamados direitos fundamentais”.

Contemporaneamente, existe uma enorme discussão envolta da aplicação do postulado da proporcionalidade justamente pelo fato de estar sendo utilizado para relativizar direitos máximos. Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 227):

Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das restrições de direitos, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consubstancia, em essência, 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; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Se vários direitos estão contidos dentro da mesma norma, em que um não possui poder hierárquico sobre outro, pois estão contidos também dentro do mesmo livro jurídico, que é a Constituição Federal - a *lex maior*, contendo a mesma eficácia jurídica, como afirmar que um direito tem maior valor em relação à outro?

É aí que surge o problema. É aqui que a *proporcionalidade* se destaca.

Por muitas vezes os operadores do direito e principalmente o Supremo Tribunal Federal vem relativizando direitos e garantias fundamentais e motivando as suas decisões com base na proporcionalidade. Vale frisar que a questão polêmica que surge não é a aplicação desse princípio, mas a sua errônea aplicação, pois muitas vezes não é sequer apresentadas justificativas pertinentes, ou seja, fundamentações racionais e lógicas capazes de dirimir esta discussão.

Ressalta-se, porém, que não é sempre que isso ocorre, tendo-se em vista que não raras vezes encontramos julgamentos e jurisprudências em que referido princípio é corretamente aplicado.

E ainda, não se pode perder de vista que as decisões judiciais baseiam-se não somente na lei, mas sim fulcrada no Princípio do Livre Convencimento Motivado, que permite aos magistrados julgar dessa ou daquela forma de acordo com os fatos e provas constantes nos autos processuais.

Desta feita, com base em tudo que já fora dito, é possível perceber que, quando se trata de direitos fundamentais, a dificuldade em aplicar o Princípio da Proporcionalidade encontra-se no fato de que, se são direitos fundamentais, ou seja, indispensáveis à proteção da dignidade da pessoa humana, como é possível estabelecer prevalência a um em detrimento de outro?

Há determinados conflitos de interesses em que, para que haja uma solução, é necessário ponderar valores, pois caso contrário, estar-se-ia diante de um conflito impossível de ser solucionado.

Neste contexto, não é incomum existirem casos, por exemplo, onde se busca ao mesmo tempo proteger, de uma lado, a sociedade e de outro, o direito à liberdade de um indivíduo, como forma de se conceber a justiça, um dos objetivos mais importantes do Estado Democrático de Direito.

É cediço que a liberdade é a regra no ordenamento jurídico, de modo que a restrição a este direito é medida excepcional, entretanto, a proteção da sociedade também é uma garantia constitucional.

Nesta senda, o direito fundamental à liberdade a depender do caso *in concreto* deverá ser restringido, compreendendo a aplicação da lei mas, também, o princípio da segurança jurídica, onde seguindo esta argumentação, deverá receber maior prevalência, como no caso dos crimes praticados por organizações criminosas.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes cita Miguel Reale Júnior, o qual relata o seguinte entendimento (2003, p. 65):

isso se deve ao fato de que o valor “justiça” há de ser entendido em seu sentido de justiça material, de modo que não se limita à garantia do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário ou à garantia de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída de sua apreciação. Ao contrário, a justiça constitui um valor a ser perseguido, e importa na concretização do justo, do razoável e proporcional, estendendo-se desde a elaboração legislativa até a aplicação efetiva das normas.

Referida autora também preceitua que o artigo 3º da Constituição Federal estabelece a construção de uma “sociedade justa”, e que isso se dá através da busca pela justiça social, “por meio da existência de leis justas, restritivas de direitos apenas quando necessário, adequadas e razoáveis por guardarem a justa medida na imposição de gravames aos cidadãos em vista da defesa de interesses da sociedade” (GOMES, 2003, p. 65).

Atualmente, o Princípio da Proporcionalidade é visto sob a ótica de duas vertentes, quais sejam, o Princípio da Proporcionalidade *pró-indivíduo* e o Princípio da Proporcionalidade *pró-Estado*. A primeira é analisada sob o prisma da proibição de excessos, onde o Estado deve limitar o seu direito de punir ou *ius puniendi* buscando assegurar as garantias individuais do cidadão.

Contrariamente, o Princípio da Proporcionalidade *pró-Estado* é aquele que concebe a proibição da proteção deficiente. Em outras palavras, esta vertente indica que o Estado não pode ser omissivo, e menos ainda pode conceder tutelas de forma insuficiente, pois tem a obrigação de cumprir com os seus deveres constitucionais.

Não obstante, considerando que ao mesmo tempo o Estado não pode agir cometendo excessos, mas também não pode deixar de cumprir o seu papel, sob pena de violar os preceitos estabelecidos pela Constituição, é inegável que haverá

situações onde haverá violação de uma dessas vertentes. Arthur Kaufmann (filósofo alemão) apud Luciano Feldens diz o seguinte (2008, p. 81):

Não há uma presunção geral que estabeleça nem que o homem é, sempre e sob todas as perspectivas, livre, nem que ele nunca e sob nenhuma perspectiva o é. O conhecimento da experiência diz-nos que o homem é simultaneamente livre e não livre, umas vezes mais livre, outras vezes menos. O problema está então em saber quando e onde se deve razoavelmente postular a liberdade e quando e onde se deve razoavelmente postular a falta de liberdade.

Portanto, diante do estudo realizado, tem-se que o Postulado da Proporcionalidade existe não somente para ponderar valores, para fundamentar decisões judiciais, mas também, para dar eficiência à justiça.

4.6 Colisão e Relativização dos Direitos Fundamentais

Falar em restrição e limitação de direitos fundamentais, hoje, é um trabalho árduo. Tantos foram os anos e as lutas em busca dos direitos assegurados pela Constituição, bem como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que a simples menção à limitação desses direitos é motivo de polêmica e grandes discussões no mundo todo.

Todavia, é preciso ter em mente que os direitos humanos, embora sejam fundamentais por garantirem a dignidade da pessoa humana, não são absolutos, como salientado outras vezes neste trabalho. Baltazar Júnior (2010, p. 35) sustenta:

Os direitos, ainda que fundamentais, não são absolutos, sendo inerente à vida em sociedade a necessidade de restrições, limitações e intervenções, o que é amplamente admitido, até mesmo pela necessidade de compatibilizar o exercício dos direitos fundamentais com outros bens jurídicos protegidos pela constituição, com o interesse da coletividade, ou com direitos fundamentais de terceiros, na busca da concordância prática, que tenciona fazer com que os direitos fundamentais em colisão cheguem ao ponto ótimo possível de eficácia.

Aos bandidos são assegurados os mesmo direitos previstos ao trabalhador honesto, “pois todos são iguais perante à lei”. Não que devesse haver uma diferenciação, um tratamento distinto aos criminosos; entendo que eles também

são seres humanos e, mesmo quando privados de sua liberdade pelo cometimento de crimes, merecem um mínimo de dignidade.

É que existem determinados tipos de criminosos e determinados tipos de delitos praticados por estes, que acabamos nos deixando levar pela ditadura sensacionalista da mídia, a qual por diversas vezes defende até mesmo a cominação da pena de morte no ordenamento pátrio.

Matar milhares de pessoas inocentes, assaltar bancos, queimar ônibus lotados, entre outras práticas delituosas, estes não são comportamentos dignos de um humano, pelo contrário, causam-nos sentimentos de raiva, ódio e repúdio.

Aristóteles afirmava: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

As desigualdades são um desencadear de vários fatores, como por exemplo a falta de uma educação com qualidade, a falta de oportunidades que levam o indivíduo a se envolver com o odioso mundo do crime, a ganância e a busca pelo poder, os distúrbios mentais que levam o indivíduo a ter determinados tipos de conduta.

Nos atuais, pode-se dizer que se destaca, principalmente, a politicagem suja e corrupta que assola cada vez mais o nosso país, cujos protagonistas são os representantes do povo, escolhidos por nós cidadãos, que os elegemos acreditando que aqueles que foram eleitos irão melhorar o nosso Brasil, proporcionando meios para uma educação digna e, conseqüentemente, a diminuição da imensa desigualdade existente em nosso país.

Ocorre, porém, que predomina o entendimento de que os direitos humanos, por serem cláusulas pétreas e garantirem a dignidade da pessoa humana não poderiam ser modificados e, menos ainda, restringidos, salvo se a modificação visar ampliar esse direitos.

Entretanto, a realidade atual em nossos Tribunais é que os direitos fundamentais podem sim ser suprimidos e estão sendo diante de casos concretos, da qual a principal fundamentação utilizada pelos julgadores é o princípio da proporcionalidade.

É importante dizer que quando houver colisões entre direitos fundamentais, é imprescindível que o magistrado ao aplicar a restrição e principalmente o próprio legislador, ao criar leis que disciplinem esta matéria,

possuam um aparato de argumentação e fundamentação em nível superior à própria criação dessas normas.

Abaixo, alguns julgados a respeito do tema abordado.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE RECLUSO EM QUARTEL MILITAR. SUSPEITO DE INTEGRAR FACÇÃO CRIMINOSA. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA O SISTEMA PRISIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo ser flexibilizados, ou mitigados, a depender de dados concretos. A prática de condutas tidas como ilícitas, por exemplo, justificam a restrição de direitos, em especial a liberdade de ir e vir. Todavia, no momento da restrição de direitos fundamentais, principalmente quando forem relativos ao preso provisório, indivíduo sob o qual ainda não paira a certeza do adjetivo de criminoso, a proteção ao núcleo essencial de seus direitos fundamentais deve ser feita de maneira ainda mais incisiva. (...) (grifo nosso). (TJ-PI - Habeas Corpus : HC 201200010021431 PI).

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO CAUTELAR. DENEGAÇÃO.

(...)

3. Houve fundamentação idônea para o decreto prisional e posterior manutenção da prisão processual do paciente, não tendo a decisão se limitado a consignar que a prisão seria mantida apenas em razão do tipo de crime perpetrado.

4. Existência de organização criminosa voltada à prática de crimes de tráfico espúrio de substâncias entorpecentes (de várias espécies), com clara divisão de tarefas, bem como utilizando-se de armamento pesado, com possíveis práticas violentas ("encomenda de morte de pessoas envolvidas com grupos inimigos") (...) (grifo nosso). STF - HABEAS CORPUS : HC 94921 MG).

Não obstante, se referidas normas são criadas para garantir a dignidade da pessoa humana, serão restringidas para assegurar a dignidade da sociedade, do próprio Estado Democrático de Direito.

A carga argumentativa deve ser suficiente a ponto de demonstrar que sem a restrição daquele direito, tantos outros mais importantes, de acordo com o caso concreto, é que deixarão de ser aplicados em sua máxima eficácia, e isso seria inadmissível, pois a inaplicabilidade desses direitos tido como mais importantes amparam e resguardam o postulado normativo da segurança jurídica, sem o qual nem sequer existe "Estado social", e que também faz parte do conceito de dignidade humana.

Baltazar Júnior, com base nos estudos de Roberty Alexy (2010, p. 39),
leciona:

Assim, sempre que o resultado da ação do legislador, ainda que se dê em relação a uma norma de competência, constitua um obstáculo à realização do direito fundamental, deverá exigir a correspondente fundamentação, por cuidar-se de uma norma restritiva. Isso é coerente com o conceito dado para as restrições de direitos fundamentais como normas que limitam a realização de princípios jurídicos-fundamentais.

O citado doutrinador alemão, operando no campo das restrições, e analisando o estudo das normas jurídicas exposto acima, propõe uma classificação baseada na distinção entre regras e princípios no que concerne aos direitos fundamentais (2010, p. 40):

Partindo de tais premissas, bem como da assertiva de que um direito fundamental somente pode ser restringido por normas de nível constitucional ou com base em normas de nível constitucional, separa as restrições *diretamente* constitucionais das *indiretamente* constitucionais”. A restrição diretamente constitucional é aquela que tem o seu conteúdo determinado pelo próprio texto constitucional [...]. Já as restrições indiretamente constitucionais, ou restrições legais, são aquelas cuja imposição está autorizada pela Constituição, sem que o texto constitucional estabeleça os pressupostos para a restrição. Tais autorizações são veiculadas por cláusulas de reservas explícitas, ou seja: “disposições jurídico-fundamentais ou partes de disposições jurídico-fundamentais que autorizam expressamente intervenções, restrições ou limitações”, deixando, assim, um espaço para conformação pelo legislador ordinário, mas de todo modo submetidas à reserva da lei (*Gesetzvorbehalt*).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, estabelece que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O dispositivo em tela nos permite concluir que a própria Carta Magna restringiu um direito fundamental, corroborando com a ideia de que eles não são absolutos, mas sim limitados.

Além disso, se as restrições de direitos humanos devem ser feitas com base na Constituição, toda limitação fundamentada no postulado normativo da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito é feito com base nas normas constitucionais.

A Lei Fundamental alemã, em seu artigo 11, §2º, frase 3, ao tratar da possibilidade de restrição do direito de ir e vir, por exemplo, estabelece (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 41):

Este direito somente pode ser restringido por lei, ou com base numa lei, e somente nos casos em que a falta de meios de subsistência suficientes possam acarretar encargos especiais para coletividade ou em que uma tal restrição seja necessária para a defesa perante um perigo suscetível de pôr em causa a existência da ordem fundamental liberal e democrática da federação ou de um Estado-Membro, para o combate de epidemias, catástrofes naturais e acidentes particularmente graves, para a proteção contra o abandono de menores ou para prevenção de delitos.

Difícil imaginar uma situação da qual esses dois postulados (segurança jurídica e Estado Democrático de Direito) que orientam a criação dos demais princípios e regras existentes em nosso ordenamento jurídico não possam servir de fundamentação para eventual restrição, mas subsistindo uma situação concreta nesse sentido, ainda sim seria possível a restrição de direitos fundamentais.

O Brasil, que tanto se inspira no direito alemão, poderia ter disciplinado na Constituição Federal o que disciplina o artigo 2º, 1, da Lei Fundamental alemã, segundo o qual dispõe que “cada um tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, à medida que ele não viola os direitos de outros e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral”.

Tal dispositivo é o limitador de todos os direitos fundamentais, uma vez que o indivíduo é visto em suas relações dentro da sociedade e não isoladamente.

Todavia, embora não haja nenhum dispositivo legal correspondente, no ordenamento jurídico brasileiro, a fundamentação utilizada para as restrições dos direitos humanos encontra seu aparato no princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Lei Maior, com a seguinte redação: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Este princípio nos mostra a supremacia da lei, em outras palavras, a lei está acima de tudo e de todos. Se há previsão legal para determinado tipo de conduta, então ela poderá ser realizada.

Consequentemente, ao mesmo tempo que ela prevê os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, prevê também a limitação de sua eficácia. Desta forma, é preciso que haja equilíbrio e proporção quando das limitações desses direitos.

5 CONCLUSÃO

Antes de iniciarmos a parte final deste trabalho, cumpre-nos informar que assim como o capítulo 4, a conclusão, em grande parte (até o décimo segundo parágrafo, salvo algumas alterações), corresponde à conclusão da monografia da graduação, de autoria própria, utilizada como base para realização desta monografia (vide bibliografia).

É imprescindível a existência de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Entretanto, devemos nos atentar para o fato de que a democracia está ligada à vontade do povo e para o povo, logo, quando houver necessidade de restrição de direitos fundamentais em busca da proteção da sociedade, tal medida se impõe.

Não se busca um Estado “contramajoritário”, isto é, que atue por meio de seus poderes, legislativo, executivo e especialmente judiciário, com base apenas na vontade do povo, da maioria. O povo, em sua maioria, é leigo, quer dizer, não tem conhecimento jurídico suficiente para entender como funciona todo o aparelho estatal. Em verdade, nós, que estudamos e procuramos conhecer de forma aprofundada e específica nosso Estado de Direito, nem sempre sabemos o que é certo ou errado.

Todavia, deve o Estado, sem deixar de aplicar a lei obviamente, criar outras leis ou aparatos legais que possibilitem e viabilizem a restrição de direitos e garantias fundamentais quando houver real necessidade, como por exemplo nos casos de grandes organizações criminosas.

Outra situação nítida em que deveria ocorrer a restrição de direitos fundamentais é no que diz respeito aos crimes de colarinho branco, aos crimes de corrupção por parte daqueles que deveriam proteger o Estado e administrá-lo visando o bem comum, o que nem sempre ocorre.

A “Ação Penal 470 – Mensalão” e a “Lava – Jato” (escândalo envolvendo a Petrobrás e diversos políticos e empresários brasileiros, inclusive os ex-presidentes da República, Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff) são típicos exemplos de agentes políticos envolvidos em crimes de lavagem de dinheiro, corrupção e organização criminosa, o que é uma vergonha para o Estado brasileiro.

O principal fundamento utilizado para tanto, hoje, é o princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade é entendida aqui como aquela que, ao ser

aplicada, busca medidas e decisões calcadas pelo bom senso e, principalmente, baseada na justiça.

Se o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional – e disso ninguém duvida – logo, ao fundamentar suas decisões com base neste princípio, não estaria o poder judiciário infringindo os ditames constitucionais e “legislando”, como ultimamente têm-se afirmado.

Aliás, pelo contrário, se o poder legislativo é omissivo, o poder judiciário e a sociedade de um modo geral não podem ficar a mercê da falta de aparatos legais e sem solução para seus conflitos litigiosos. Inclusive, às vezes o ativismo judicial é até mesmo *medida necessária*, e não decisão inquisitiva, conforme pretende fazer crer o Congresso Nacional.

O Estado tem o dever de proteger a sociedade e o deve fazer através das funções incumbidas a cada um dos três poderes estatais. Ao querer proteger a sociedade e os indivíduos que a ela pertencem, bem como para limitar seu poder de atuação, criou tantos direitos e garantias fundamentais, muitos normatizados como princípios constitucionais, que fundado no mesmo dever de proteção e segurança precisa relativizá-los.

Toda infração penal cometida desencadeia consequências não só às vítimas, mas também em toda coletividade. É como se o crime em si fosse um ímã, que tem força de atrair todos os objetos à sua volta; as consequências de um delito tem força atrativa, onde uma consequência atrai várias outras, atingindo por sua vez, um número indeterminado de pessoas.

A gravidade desses crimes – praticados por organizações criminosas e os delitos de colarinho branco – é muito além de uma simples infração penal, exigindo-se assim um procedimento diferenciado, e claro, com sanções penais mais rígidas.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que tem por objetivo principal estabelecer a igualdade entre os indivíduos que nesse Estado habitarem, proporcionando direitos e deveres aos mesmos, de modo a garantir a dignidade do homem (direitos fundamentais) e a certeza de julgamentos justos.

Ocorre, porém, que não raras vezes é necessário restringir os direitos fundamentais do cidadão para atingir um julgamento justo e, principal e essencialmente, garantir a segurança da sociedade.

Portanto, analisando por este prisma, seria considerável a adoção do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento jurídico em situações excepcionais.

Mas também não podemos deixar de concordar que o Brasil é um Estado Democrático/Constitucional de Direito e que, por assim ser, é o Direito Penal do Equilíbrio que mais se coaduna às nossas exigências constitucionais e legais.

Estudos criminológicos apontam que a causa da criminalidade não é apenas a falta de mecanismos sociais que deixam de ser institucionalizados pelo Estado.

O fenômeno da criminalidade é algo extremamente delicado. Por pior que seja a situação, ainda sim estamos lidando com seres humanos; e para todo ser humano vigora a máxima da dignidade da pessoa humana.

É certo que a situação atual do nosso país é crítica. Queremos respostas de verdade para estes políticos que nos tolheram a oportunidade de uma vida mais digna, de tantos bilhões que já nos roubaram.

Honestamente, não temos uma resposta científico jurídica que nos permita afirmar aqui se seria ou não viável a opção por um direito penal do inimigo ou do equilíbrio.

Acreditamos que o emprego de um sistema penal híbrido possa ser uma solução, isto é, a possibilidade de coexistir tanto o direito penal máximo como o direito penal mínimo em nosso ordenamento jurídico, sendo este ou aquele aplicado conforme as exigências do caso concreto.

E não compartilhamos aqui do entendimento de que isto seria um retrocesso. Retrocesso é ver a miséria, a falta de saúde e educação de qualidade, o absurdo de impostos que pagamos para aceitar ver o Brasil na situação que se encontra.

Retrocesso é não poder cobrar do Estado o dever dele de garantir um mínimo de dignidade a seu povo quando o próprio Estado é que deu origem à tamanha desigualdade social que hoje existe.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial.** Texto disponibilizado no Banco de Conhecimento em 18 de agosto de 2008, disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe> acesso em 26.out.2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12 ed., ampliada. Malheiros Editores, 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. **Código Penal de 1940 – Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em 10.jan.2017.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 10.jan.2017.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso.** – Presidente Prudente, 2015. 121 p.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> > acesso em 28.nov.2016.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos.** Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da Teoria à Crítica PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: Uma Visão com base nas Doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas.** Editora Dictum. Belo Horizonte, 2009.
FILHO, Napoleão Casado. **Coleção saberes do direito – Direitos Humanos Fundamentais.** Editora Saraiva, 2012.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios da criminologia**. Valencia, 2001.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. – (Série ciência do direito penal contemporânea; v. 10).

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. Editora Podivm, 2009.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. aumentada. Porto Alegre, 2003.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar. **Habeas corpus nº104.410**. Inteiro teor – acórdão. Decisão proferida em 06.mar.2012, página 12.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia – Introdução a seus fundamentos teóricos**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 126-127.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 1ª ed. (ano 2008), 2ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011. 354 p.

ROSÁRIO, Jéssica Caçula. **Da restrição dos direitos fundamentais frente ao princípio da proibição da proteção deficiente do Estado no combate ao crime organizado**. 2013. 86 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2013. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/4465/4223>> acesso entre dezembro de 2016 e janeiro de 2017.

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.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século 21; v. 11).

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0613190_08_cap_02.pdf> acesso em 28.nov.2016.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94921 MG**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 07 de outubro de 2008. Publicação: 31.10.2008. Jurisprudência disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2912806/habeas-corpus-hc-94921-mg>> acesso em 24.out.2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. **Agravo de Instrumento nº 006.101.901.103**. Relator Desembargador Namyrr Carlos de Souza Filho. Espírito Santo, ES, 20 de setembro de 2011. Publicação: 04.10.2011. Jurisprudência disponível em: <<http://tjes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20543879/agravo-de-instrumento-ai-6101901103-es-6101901103>> acesso em 15.out.2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – **Habeas Corpus nº 201200010021431**. Relator Desembargador Sebastião Ribeiro Martins. Piauí, PI, 08 de maio de 2012. Jurisprudência disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21572734/habeas-corpus-hc-201200010021431-pi-tjpi>> acesso em 24.out.2013.

VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VONTOBEL, Anne Martins. **Algumas Considerações Acerca do Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/doutrina/doc/principio_proporcionalidade.doc> acesso em 15.out.2016.

WIDAL, Márcio. **Principais Noções da Doutrina Funcionalista do Direito Penal**. Disponível em: <<https://marciowidal.wordpress.com/2013/03/16/principais-nocoesda-doutrina-funcionalista-do-direito-penal/>> acesso em 09.jan.2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007.