

## A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vinicius Cauê Del Mora do NASCIMENTO<sup>1</sup>

Rodrigo Lemos ARTEIRO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata da utilização do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro; se há a viabilidade de sua aplicação em conjunto com a nossa Constituição Federal e com as leis infraconstitucionais, para que se possa verificar a possibilidade de haver uma relativização de princípios fundamentais em casos específicos, em que, o indivíduo nas suas ilicitudes, se mostra mais eficaz que o Estado, na tentativa de evitar o ilícito e puni-lo. Será demonstrada a diferença entre princípios, regras e postulados normativos, suas características e a probabilidade de conter relativizações nos postulados normativos e ou nos princípios. Terá também um enfoque no processo judicial, analisado pelo Devido Processo Legal, suas vedações e formalidades, englobando a teoria do direito penal do inimigo.

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

### 1 INTRODUÇÃO

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

Diante de tal situação, vem à tona questões acerca do tema que será debatido neste referido artigo, motivo pelo qual se perfaz esta discussão.

Hoje há um apelo por parte da sociedade para que ajam penas mais firmes, mais prisões, pela crescente insegurança que todo o país mostra ao seu povo sendo o 11<sup>o</sup>(décimo primeiro) país mais inseguro do mundo como foi publicado

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

<sup>1</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail@ rodrigoarteiro@toledoprudente.edu.br Orientador do trabalho.

recentemente (FUENTES, 2014, s.p.), levando em consideração que entre as 50 cidades mais violentas do mundo existem no total 19 cidades brasileiras (VAZ, 2015, s.p.), entre este e outros motivos que se dá à indignação da população, com um sentimento crescente de impunidade.

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

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

Neste mesmo sentido até quando a sociedade será obrigada a conviver com receio, de ver que uma organização criminosa ou políticos corruptos serem mais fortes que o Estado, por estarem utilizando das leis que seriam para inibir, coagir seus atos, tendo efeito contrario, eles adotam estas leis em seu favor, sobrepondo a Segurança Pública elencada em nossa Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 144, para sair impune de todos os seus delitos.

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

## **2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS**

É muito comum nos manuais de direito fazer apenas uma diferenciação somente entre princípio e regra, onde tudo basicamente é princípio, além de se confundir algumas vezes o que seria regra com princípio, facilitando equívocos com relação ao uso correto tanto de regras como de princípios, mas ainda hoje não está difundido em nossa doutrina o chamado Postulado Normativo.

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

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

## **2.1 Diferença de princípios e regras**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entretanto, pode existir um conflito em que o princípio se sobreponha sobre uma regra, esta exceção só poderá ser plausível quando houver uma razão extraordinária que impeça a aplicação da regra, tendo o princípio na aplicação ser

mais eficiente que a regra, mesmo que este não tenha sido positivado, havendo assim o detrimento da regra em razão do princípio (ÁVILA, 2005, p.85).

## **2.2 Postulados normativos**

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

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

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

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

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

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

### **3 POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

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

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

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Pela sua suma importância, se pode afirmar que este postulado abrange todo nosso ordenamento, pois como afirma nossa Carta Magna é um dos fundamentos da nossa República Federativa, estruturando as normas para que todos ajam com dignidade humana perante a sociedade.

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

#### **3.1 Possibilidade de uma relativização**

Certamente, se falar que um princípio pode ser flexível em determinadas situações, é aceito em nosso ordenamento, conforme expõe Robert Alexy (2008, p.93), “se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder.

Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido”. Nesta situação apenas deve se analisar com o postulado da Proporcionalidade qual será a melhor decisão a ser tomada, havendo assim um detrimento de um princípio em função do outro.

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

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

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

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

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

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

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

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

## **4 POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

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

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

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

(...)

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

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

### **4.1 Substancial**



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

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

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

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

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

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

Entende-se que esta norma vai contra a aplicação do Direito Penal do Inimigo, limitando a aplicação de uma regra que cristalizou um direito, eis o que afirma o doutrinador Paulo Henrique dos Santos Lucon (2009, p.391):

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

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

### **3 CONCLUSÃO**

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

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

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

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

entre Estado e o indivíduo inimigo do Estado, possibilitando assim um processo verdadeiramente justo.

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

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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