



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
FACULDADE DE DIREITO
CORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E
ELABORAÇÃO DE MONOGRAFIA JURÍDICA**

**DIREITO PENAL MÍNIMO VERSUS
DIREITO PENAL MÁXIMO**

**Luiz Eduardo Viana Pequeno
Matrícula 0284871**

**Fortaleza
Dezembro - 2010**

Luiz Eduardo Viana Pequeno

**DIREITO PENAL MÁXIMO VERSUS
DIREITO PENAL MÍNIMO**

Samuel Miranda Arruda
Prof. Orientador

**Fortaleza
Dezembro - 2010**

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a execução desse trabalho, à exemplo do irmão e companheiro Luiz Augusto Abrantes Pequeno Júnior e de toda minha família, que ofereceram todo o suporte para que objetivos até então impossíveis e inimagináveis se tornassem a pura realidade.

A essa fabulosa Banca Examinadora formada por Samuel Miranda Arruda (orientador), Francisco Régis Frota de Araujo e Daniel Gomes de Miranda, a cujos membros tenho grande respeito e admiração.

“Pare de bancar o guardião.

Torne-se quem você nasceu para ser”

(J. R. R. Tolkien – The Lord of the Rings – Return of the King)

RESUMO

A presente monografia enfoca duas facetas opostas do Direito Penal Contemporâneo, o Direito Penal Mínimo, que representa o aspecto mais humanista, buscando uma atuação mínima desse ramo jurídico e se pautando nos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da lesividade, da adequação social e principalmente da dignidade da pessoa humana; e o Direito Penal Máximo, que representa o lado mais repressivo, afirmando a necessidade de se buscar medidas mais duras e eficazes para combater os inimigos do estado. O Direito Penal do Inimigo, representando a espécie mais agressiva do Direito Penal Máximo, propõe a existência de dois tipos de Direito, um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo. Assim, para o cidadão que delinque eventualmente continuaria todas as garantias penais e processuais clássicas, sendo chamado de Direito Penal do Cidadão. Já para as pessoas que põem o próprio Estado em perigo, não haveria um ‘processo’, mas um ‘procedimento de guerra’, pois não estariam diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado, este se denomina de Direito Penal do Inimigo. Em contrapartida, o Direito Penal Mínimo propõe a atuação do Direito Penal somente para aquelas condutas que malfiram significativamente a bens jurídicos sociais relevantes. Destarte, não se fala em abolição das penas, que são imprescindíveis, mas apenas de uma atuação voltada a bens jurídicos mais importantes à comunidade. Com isso, o Direito Penal Mínimo ergue-se como um Direito Penal equilibrado, sem os erros apontados na teoria do Direito Penal do Inimigo, com uma grande possibilidade de sucesso no intento pela paz social.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Direito Penal Mínimo. Princípios.

ABSTRACT

This monograph focuses on two opposite sides of Contemporary Criminal Law, Criminal Law Min, which represents the most humane, seeking a minimum performance of the industry is legal and basing on the principles of minimum intervention, the severability, the harmfulness of the social adequacy and mainly of human dignity, and the Criminal Law Maximus, who represents the most reprehensible part, affirming the need to seek tougher measures and effective to fight the enemies of the state. The Enemy Criminal Law, representing the most aggressive species of the High Criminal Law, proposes the existence of two types of law, a citizen-facing and one facing the enemy. Thus, the citizen Commits an offense that may continue all the criminal and procedural safeguards classic, being called the Criminal Law of the Citizen. As for the people who put the state in danger, there would be a 'process' but a 'procedure of war', not because we are facing citizens, but enemies of the State, this is called the Criminal Law of the Enemy. In contrast, the Minimum Criminal Law proposes the actions of the criminal law only for those behaviors that significantly Malfa legal important social goods. Thus, no one talks about the removal of feathers, which are indispensable, but only from a performance directed the most important corporate assets to the community. Thus, the Minimum Criminal Law stands as a Criminal Law balanced, without the errors identified in the theory of the Criminal Law of the Enemy, with a high likelihood of success in an attempt for social peace.

Keywords: Enemy Criminal Law. Minimum Criminal Law. Principles

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO PENAL MÁXIMO.....	10
1.1. Aproximação conceitual.....	10
1.2. Características.....	19
1.3. Direito Penal do Inimigo pelo mundo.....	23
2 O DIREITO PENAL MÍNIMO.....	30
2.1. Noções Gerais e Características.....	30
2.2. Princípios.....	32
2.2.1. Princípio da Intervenção Mínima.....	33
2.2.2. Princípio da Fragmentariedade.....	36
2.2.3. Princípio da Lesividade.....	38
2.2.4. Princípio da Adequação Social.....	39
2.2.5. Princípio da Proporcionalidade.....	41
2.2.6. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	44
2.2.7. Princípio da Insignificância.....	47
3. DIREITO PENAL MÁXIMO VERSUS DIREITO PENAL MÍNIMO.....	51
3.1. Críticas ao Direito Penal do Inimigo.....	51
3.2. Efeitos na sociedade: benefícios ou malefícios?.....	53
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do Direito Penal Máximo, tema de grande polêmica na atualidade, e o do Direito Penal Mínimo, demonstrando o histórico de fatos sociais, aproximação conceitual e características.

A partir dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, tem-se apregoado, no cenário internacional, a tese do Direito Penal do Inimigo cujo principal defensor é o penalista germânico Jakobs, consistindo, esta, na constatação da realidade do crescimento do terrorismo, do tráfico de drogas, de armas e de pessoas, além do sofisticado crime organizado internacional e na necessidade de se buscar medidas mais duras e eficazes para combatê-los.

O ideal minimalista, a seu turno, visa uma maior humanidade, justiça e eficácia na atuação do Direito Penal, em benefício da sociedade e do Estado de Direito, prevendo que apenas as condutas que firam significativamente a bens jurídicos sociais relevantes merecem sua guarda.

O princípio da insignificância, inegavelmente, é princípio penal implícito no ordenamento jurídico pátrio. Atua no sentido de emprestar razoabilidade na aplicação concreto da lei penal sobre os comportamentos sociais. É parte integrante e necessária de uma lista de princípios (intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, adequação social, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana) que analisados conjuntamente formam o Direito Penal Mínimo.

A sociedade, no entanto, influenciada pela mídia e pelo discurso político, acredita que a solução para a redução da criminalidade está numa atuação máxima do Direito Penal, este tutelando todos os bens jurídicos com a rudez que lhe é inerente. Nessa toada, todas as condutas desviadas praticadas pelos indivíduos devem ser motivo de atuação penal estatal, não importando o valor e a importância do bem atingido, mas sim o exemplo para o agressor.

Sabe-se, contudo, que a diminuição dos problemas criminalísticos não decorre do encarceramento em massa dos delinqüentes, e sim do fornecimento de condições de vida digna por parte do Estado a todos os seus cidadãos. Opostamente, a criminalização de todos

os comportamentos antinormativos só redundaria em ainda mais descrédito para o Direito Penal, vez que a impunidade, em verdade, aumentaria como será visto no decorrer dessa obra.

O intento, destarte, é que a aceitação e a aplicação do princípio da insignificância corroborem para uma atuação estatal mínima que, verdadeiramente, ao final, favoreceria o bem-estar social e a continuidade do Estado.

Finalmente, serão expostas críticas ao Direito Penal do Inimigo, demonstrando que a atuação mínima do Direito Penal se revela a solução mediata mais eficaz para a problemática da criminalidade.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica para o embasamento teórico, concomitantemente com a pesquisa de documentos.

1. O DIREITO PENAL MÁXIMO

O Direito Penal, com absoluta certeza, sempre foi e será, o ramo do direito que mais imprime temor na sociedade em geral. Justamente por ser capaz de cominar àqueles que serão objeto de repreensão, em razão de condutas incompatíveis com o Estado social, as penas mais severas do Direito como um todo, que são a privação de liberdade e a da vida.

1.1. Aproximação conceitual

Os avanços tecnológicos e econômicos decorrentes da globalização afetaram o desenvolvimento da criminalidade contemporânea, tornando a sociedade cada vez mais competitiva. Com isso, houve o deslocamento de um número crescente de indivíduos para a marginalidade, acarretando na difusão mais rápida da criminalidade e ganhando proporções mundiais.

Observa HASSEMER que o direito penal “moderno” continua em mutação e vai se adequando a novas estruturas da era da globalização. O paradigma liberal começou a ser rompido após a Segunda Guerra Mundial, mudando a noção de tutela de bens jurídicos que foi reavaliada para atender aos anseios da sociedade com a proteção de problemas sociais freqüentes, tais como: meio ambiente, economia, genética, etc.¹ O referido autor ressalta:

é curioso notar também que a tendência moderna de penas mais brandas não está presente na criminalização abrangente e flexível dos modernos tipos penais. Aqui, o legislador predispõe-se ao endurecimento e à intimidação, como por exemplo, no ‘combate’ da criminalidade organizada, na disciplina penal do comércio exterior e de armas bélicas, ou no Direito Penal ambiental.²

Silva Sánchez, citado por Renato Mello Jorge Silveira, comenta os efeitos da globalização sobre a delinquência:

Primeiramente, promove uma desriminalização de certas condutas, as quais passam a ser melhor aceitas pela nova comunidade. Em segundo lugar, os

¹ ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. As transformações do Direito Penal clássico. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 6, n. 193, 30 Ago. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1521>> Acesso em: 18 mar. 2009.

² HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Pùblico, 1993, p. 48.

fenômenos econômicos globais, além da integração econômica, dão novo molde a figuras já clássicas, bem como fazem surgir novéis tipos, procurando ajustar os recentes contornos penais.³

Com o desenvolvimento da criminalidade, manifestado pela aparição de novos tipos de delitos e de outros estilos de delinquentes, há a necessidade da evolução do Estado, com o intuito de combater e prevenir o desenvolvimento e a proliferação da criminalidade.

O terrorismo é um fenômeno ligado ao crime organizado, constituindo forma de macrocriminalidade. Esta, por sua vez, configura-se pela existência de blocos de criminalidade, que se estruturam objetivando o lucro, tornando-se na atualidade o maior ‘inimigo’ da era pós-industrial e superando os crimes violentos e o de tráfico de drogas, o que afeta diretamente os partidos que estão no poder, desestabilizando seus governos. Podemos citar algumas considerações feitas por Evangelista Damásio de Jesus sobre o tal fenômeno:

O terrorismo, em sua base, é um problema moral e, como tal, suas manifestações têm de ser analisadas sob um prisma de absoluta isenção de ânimos, reta intenção e o mais objetivamente possível, o que certamente é bastante difícil, seja para um indivíduo, seja para a comunidade. Em clima de emoção, ou comoção, qualquer juízo será prejudicado.⁴

As ações terroristas de extrema violência nas cidades de Nova York, Madri e Londres, respectivamente, em setembro de 2001, em março de 2004 e em julho de 2005, tiveram uma enorme repercussão mundial e contribuíram criando um clima de insegurança.

Ashton Carter, John Deutch e Philip Zelikow, citados por Arno Dal Ri Júnior, fazem em comparações entre o atentado terrorista de 11 de setembro com outras catástrofes ocorridas no mundo:

[...] a perda, sem precedentes em tempos de paz, de vidas humanas e de bens e abalou a sólida sensação de segurança dos Estados Unidos, tal qual ocorreu no passado com a explosão da bomba atômica soviética em 1949. Como Pearl Harbor, este acontecimento dividiria o passado e o futuro em antes e depois.⁵

³ SILVEIRA, 2006 apud BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. A globalização e os novos paradigmas do Direito Penal no combate ao terrorismo. **CONPEDI**, Florianópolis/SC, 28 mar. 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf>. Acesso em 02 nov. 2010.

⁴ JESUS, 2004 apud MORAES, Alexandre de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 181.

⁵ CARTER; DEUTCH; ZELIKOW, 1998 apud DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 298-299.

A colaboração entre os países é fundamental para se conter e reprimir essas práticas lesivas a toda a humanidade. Porém, as dificuldades dos Estados em conceituar e tipificar o terrorismo, bem como combater a criminalidade organizada internacional, acarretou na elaboração de legislações mais rígidas e severas, sendo inclusive, motivo de críticas, pois tais leis eram consideradas como modelos ilegítimos em um Estado Democrático de Direito.

A corrente político-criminal chamada *Law and Order*, ou seja, “O Movimento da Lei e da Ordem”, doutrina norte-americana surgida na década de setenta e com grande repercussão nas últimas duas décadas, provocou sensíveis modificações na política criminal e legislação penal nos Estados Unidos, sendo elaborada pela sistemática violência contra pobres, negros e latino-americanos nos subúrbios daquele país.

Santos já afirmou que esse movimento “considera a criminalidade uma doença infecciosa a ser combatida, e o criminoso um ser daninho. Assim, a sociedade separa-se em pessoas sadias, incapazes de praticar crimes, e pessoas doentes, capazes de executá-los, tendo a justiça o dever de separar estes dois grupos”.⁶

Segundo Santoro Filho, esse movimento:

integrado principalmente por políticos com inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos, e pela mídia voltada à população econômica e culturalmente menos favorecida, parte do pressuposto de que a criminalidade e a violência encontram-se em limites incontroláveis, e que este fenômeno é fruto de legislação muito branda e dos benefícios excessivos conferidos aos criminosos, pois não têm estes receio de sofrer a sanção.⁷

O mesmo autor vai mais além. Para ele, o Movimento da Lei e da Ordem se tratava de uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que esses fenômenos desgastantes do tecido social são os principais fatores que desencadeiam o aumento exacerbado da criminalidade.⁸

⁶ SANTOS, Simone Moraes dos. A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 177, 30 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4690>>. Acesso em 02 mar. 2009.

⁷ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do Direito Criminal**. Leme/SP: Editora de Direito, 2000, p. 130-131.

⁸ Ibid., p. 132-133.

A mídia foi, e continua sendo, a principal defensora desse movimento. No Brasil, jornalistas e repórteres mal preparados e despidos de qualquer saber quanto à matéria jurídica penal divulgam diariamente a falência gradual do nosso sistema, apontando como única solução a atuação máxima das normas criminais.

Atingindo seu objetivo, a população, facilmente influenciável pelos órgãos midiáticos, igualmente passa a imaginar que a redução da criminalidade e da insegurança só viria com um amplo âmbito de ação do Direito Penal. Não há muito interesse em se cobrar educação, saúde, lazer, dentre outros direitos sociais. Ignoram-se, até mesmo, as situações de corrupção divulgadas, vez que quase toda a atenção está voltada unicamente à punição imediata e “exemplar” daquele indivíduo que cometeu conduta ilícita.

A ideia de Direito Penal Máximo, dessarte, consiste na proteção de todo e qualquer bem jurídico, não importando, ainda, qual seja o seu valor. Todo ferimento a determinado bem ocasionado por conduta anti-social merece ser punida pelo Direito Penal. Toda conduta anti-social, por corolário lógico, deve restar descrita e positivada nas normas criminais.

O que se almeja é a educação negativa da sociedade, ou seja, baseada naquilo que não se pode fazer. Para tal, ele está sempre lá, o Direito Penal preventivo e repressor, para amedrontar aqueles que cogitem em cometer alguma infração.

Até mesmo a cominação de pena alternativa em detrimento da prisão do agente para determinados tipos penais é objeto de crítica, devido ao fato de acarretar um improvável estímulo a outras ações criminosas, numa idéia irracional de que sua aplicação apenas gera impunibilidade.

O ideal dessa forma é que, para qualquer ação anti-social de um indivíduo, seja ele condenado e encarcerado como forma de evitar que cometa nova conduta delitiva, além de servir de exemplo para a sociedade de que não se deve agir ilicitamente.

Um dos maiores exemplos práticos da concreta e desastrosa experiência do movimento Lei e Ordem ocorreu na década de noventa, do século antecedente, na qual o prefeito de Nova York adotou a política da “Tolerância Zero”, com o intuito de reduzir a criminalidade na capital econômica mundial.

O que se viu, em verdade, foi uma perseguição das classes desfavorecidas. Os pobres, os sem-teto e os analfabetos eram reprimidos pelos órgãos policiais nova-iorquinos com o intento de se proteger a classe média e alta daquela cidade.

Observa-se, pelo que foi dito até então, que o respeito à dignidade da pessoa humana resta ignorada em benefício de um Direito Penal inflado e amplamente atuante. Isso faz com que muitos, de visão mais aberta, vejam com maus olhos o pensamento preconizado pelo Direito Penal Máximo, uma vez que qualquer de nós está sujeito ao cometimento de uma conduta anti-social, por menor que seja, em algum estado emocional complicado, talvez. Mas, como nessa linha de raciocínio, todo e qualquer bem jurídico deve restar guarnecido por leis penais, será merecedora de árdua punição. Assim, desta feita, o sistema punitivo máximo, derivado do respectivo ramo jurídico, atuaria possivelmente contra nós.

De qualquer modo, não há como se almejar a subsistência de uma ideologia maximalista, por assim dizer, do Direito Penal, vez que a impunidade atingiria níveis mais elevados do que os vislumbrados atualmente. A explicação é simples: com o enorme surgimento de tipos penais, tornar-se-ia praticamente impossível a punição de todas as condutas antijurídicas cometidas.

Rogério Greco sintetiza quase todo o pensamento aqui esposado em algumas palavras, a seguir reproduzidas:

Enfim, o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão-somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorra um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando, assim, o nível de descontentamento e revolta na população mais carente, agravando, consequentemente, o número de infrações penais aparentes, que, a seu turno, causam desconforto à comunidade que, por sua vez, começa a clamar por mais justiça. O círculo vicioso não tem fim.⁹

Com raciocínio similar ao do movimento Lei e Ordem e integrante da árvore genealógica do Direito Penal Máximo, está o Direito Penal do Inimigo, este o mais agressivo de todos. Tal doutrina, cujo principal defensor é o penalista Gunther Jakobs, vem ganhado

⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 17.

espaço com o vertiginoso crescimento do terrorismo, do tráfico de drogas, de armas e de pessoas, além do sofisticado crime organizado internacional e da necessidade de se buscar medidas mais duras e eficazes para combatê-los.

Jakobs defende a existência de dois tipos de Direito, um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo. De acordo com o autor:

não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.¹⁰

Através dessa afirmação surge uma incompatibilidade do direito penal do fato, direito penal clássico, aparecendo oportunidade para o Direito penal do autor, Direito penal do inimigo.

Assevera Manuel Cancio Meliá:

o Direito Penal do Inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, quer dizer, com rechaço de um Direito Penal orientado com base na “atitude interna” do autor.¹¹

Como é sabido, na elaboração de um sistema punitivo, é possível levar em consideração dois temas: o fato ou o autor. Quando o fato é tomado de forma exclusiva, dá-se o Direito Penal do fato. Exemplo: A pessoa comete um furto, o critério utilizado para a fixação da pena é o fato (furto). Porém, quando se utiliza para a punição somente o critério do autor, revela-se o Direito Penal do autor. Utilizando o exemplo anterior, o furto não é levado em consideração, mas sim o critério da personalidade do delinqüente, ou seja, o “ser ladrão”.

GAROFALO propagava a idéia de que a penalidade deveria ser calculada, não pela gravidade do crime, pelo dever violado ou pela impulsão criminosa, mas pela temibilidade do

¹⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**, noções e críticas. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

¹¹ Ibid., p. 29.

delinqüente.¹² ZAFFARONI, por sua vez, adverte acerca do Direito Penal de autor, pois ele revelaria uma corrupção do Direito Penal. “O ato teria valor de sintoma de personalidade: o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como ‘o ser ladrão’, não se condena tanto o homicídio como o ‘ser homicida’, o estupro como o ‘ser delinqüente sexual’, etc”.¹³

O conceito de inimigo, a priori, carece de uma precisão maior no termo. Os romanos entendiam o inimicus como “o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o hostis”.¹⁴ Este último era, justamente, o estrangeiro explorado. Em seguida, o inimigo configura-se como objeto deste estudo é o hostis judicatus, na medida em que, estes podem ser entendidos como os “inimigos declarados, não por que declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais”¹⁵

Jakobs citado por Damásio de Jesus define que inimigo:

é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior a figura do terrorista. Aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa. Se um indivíduo age dessa forma, não pode ser visto como alguém que cometeu um “erro”, mas como aquele que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.¹⁶

Levando em consideração os aspectos criminológicos, o conceito de ‘inimigo’ é tratado da seguinte maneira:

A velha intuição de que existem homens que se encaminham para a prática do crime, por uma disposição natural, veio encontrar apoio nas investigações criminológicas modernas. Homens para quem a delinqüência é, por assim dizer, um destino, que as circunstâncias talvez possam frustrar, mas para o qual os impelem, ou verdadeiramente uma disposição congênita ou deformação da personalidade que as condições da vida criaram.¹⁷

¹² FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 271-272.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117-118.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

¹⁵ Ibid., p. 21-23.

¹⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal do Inimigo. Breves Considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

¹⁷ BRUNO, 1959 apud MORAES, Alexandre de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 191.

Esse desajustamento pode ir desde as formas mais leves de inadaptação incipiente e precisa, dos excêntricos, originais, extravagantes, a formas mais graves de atitudes contrárias à moral, pequenos desvios de caráter, mínimos conflitos de impulsos com as forças de limitação, da sociedade, que não ameaçam ainda as condições existenciais do grupo, e finalmente aos desajustamentos profundos, em que a incompatibilidade se revela em relação a interesses jurídicos e às vezes tão relevantes que são tutelados pela lei penal. Nesse grupo o crime é uma das ocorrências prováveis. E o Estado do individuo se diz, então, de perigosidade criminal.¹⁸

Jakobs defende que o Estado pode caracterizar os delinqüentes em dois modos: em pessoas que delinqüem e em pessoas que põem o próprio Estado em perigo.¹⁹ Através do procedimento que o Estado adotar contra o delinqüente, surgem dois modelos diferentes de Direito: o primeiro, continuaria todas as garantias penais e processuais clássicos sendo chamado de Direito penal do cidadão, o segundo, não haveria um ‘processo’, mas um ‘procedimento de guerra’, pois não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado, este se denomina de Direito Penal do Inimigo.

Ele tenta passar a idéia de uma ‘guerra’ e nela as regras do jogo devem ser diferentes, sendo assim, justifica-se o uso de todos os meios para que seja assegurada a vitória.

Gunther Jakobs, utilizando-se de conceitos e modos de atuação, vem explicando as diferentes atuações do Direito penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo no contexto geral:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage.²⁰

Para o referido autor é praticamente impossível a fusão dos tipos penais do Direito Penal do Cidadão com o do Direito Penal do Inimigo. Para ele, “ambos os tipos podem ser legítimos”.²¹

¹⁸ Ibid., p. 191.

¹⁹ JAKOBS; CANCIO MELIÁ. op. cit., p. 42.

²⁰ JAKOBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 30.

²¹ Ibid., p. 49.

SANCHEZ denomina o processo de expansão do Direito Penal, apresentando uma classificação onde se podem visualizar três enfoques diferentes que podemos conceder ao Direito Penal, transformando-se em objeto de debates por parte da doutrina nacional e internacional: ‘as velocidades do Direito Penal’.

Seguindo as lições de Jesús-Maria Silva Sánchez, na sua obra “Expansão do Direito Penal” é possível identificar três velocidades do Direito Penal, transcrevendo seu pensamento, teria:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-ia de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.²²

A primeira velocidade seria aquela clássica do Direito Penal, que tem como característica a seguinte proporcionalidade: quanto mais garantias penais ou processuais penais, mais penas privativas de liberdade.

A segunda velocidade seria aplicada a um tipo de criminalidade moderno: menos garantias, mas com a aplicação das penas alternativas, utilizando-se de penas pecuniárias e de suspensão e privação dos direitos, ou seja, penas mais brandas por se tratarem de delitos de menor potencial, um exemplo para tal velocidade seria o caso dos institutos aplicados nos Juizados Especiais Criminais, a exemplo da transação penal, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995. Rogério Greco comenta:

Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal. Percebemos isso com clareza quando analisamos a mencionada Lei dos Juizados Especiais Criminais, que permite a utilização de institutos jurídicos que importem na aplicação de pena privativa de liberdade, sem que, para tanto, tenha havido a necessária instrução processual, com o contraditório e a ampla defesa, como acontece quando o suposto autor do fato aceita proposta de transação penal, suspensão condicional do processo, etc.²³

²² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal:** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.11, p. 148.

²³ GRECO, Rogério. Direito Penal do Inimigo. **Rogério Greco** Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/blog/?page_id=31>. Acesso em: 18 nov. 2010.

Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado compreender o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias para esse objetivo (segunda velocidade).²⁴

Então, essa terceira velocidade haveria uma diminuição das garantias, porque o delinquente não é considerado cidadão, com o aumento das penas privativas de liberdade com o objetivo de endurecer as penas para neutralizar ‘o inimigo’.

Porém, deve-se ter cuidado, pois a flexibilização das garantias penais e das regras de imputação podem ser meramente simbólicas, ocasionando a falta de eficácia prática e passando a idéia de impunidade para a sociedade.

2.2. Características

O Direito penal do inimigo, conforme já estudado no tópico passado, é um Direito Penal no qual o Estado utiliza para confrontar não os seus cidadãos, mas seus inimigos.

É preciso recordar que a idéia de combate do Estado ao inimigo possui suporte filosófico. Luiz Flávio Gomes resume a base filosófica utilizada por Jakobs para a utilização do seu Direito Penal do Inimigo:

(a) o inimigo ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fitche); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo (Kant).²⁵

Tais filósofos entendem o crime como uma infração ao contrato social, de forma que o delinquente, a partir do cometimento do delito, perde o direito de usufruir dos benefícios prestados pelo Estado. Segundo esse raciocínio, Hobbes e Kant, admitem a existência de um

²⁴ Ibid.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). **Revista Jurídica**, Ribeirão Preto/SP, ano II, nº 2, 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2010.

Direito Penal do Cidadão, contra pessoas que, a princípio não delinquem de modo persistente, e um Direito Penal do Inimigo, contra quem se desvia por princípio. “O Direito Penal do Cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do Inimigo é Direito em outro sentido”.²⁶

No entanto, quem são os inimigos que Jakobs fala para que o Estado se proteja, suprimindo direitos e garantias?

Na concepção de Jakobs, quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Sendo assim, quem não oferece segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, não pode querer ser tratado como pessoa pelo Estado, pois agindo de modo diverso, estaria sendo colocada em risco a segurança dos demais.²⁷

Enaltecedo a teoria de Jakobs, Silva Sanchez contribui na delimitação de inimigo aduzindo que:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (...) Se a característica do ‘inimigo’ é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas.²⁸

Percebe-se, então, que os criminosos econômicos, terroristas e delinquentes que participam de organizações criminosas, de delitos sexuais e de outras infrações penais que vulneram bens jurídicos essenciais a vida em sociedade, são aqueles que não oferecem uma mínima segurança cognitiva de que vão obedecer à norma, ou seja, são os reais ‘inimigos’.²⁹

Com o surgimento desses ‘inimigos’ a sociedade moderna tem recorrido a sistemas punitivos de maior rigor, pois ela acredita que o Direito Penal será a solução de todos os seus problemas, pois é a solução para a violência criminal, esquecendo os princípios da *ultima ratio* e da intervenção mínima. Como bem advertiu Alberto Zacharias Toron:

²⁶ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 29.

²⁷ Ibid., p. 49-50.

²⁸ SÁNCHEZ, op. cit., p. 149.

²⁹ GOMES, op. cit.

É curioso perceber como no final do século, quando se acreditava no incremento do movimento despenalizador mediante a utilização de técnicas alternativas de controle social, cresce o anseio por penas mais elevadas e, de um modo geral, por uma atuação mais draconiana do sistema punitivo como um todo, com prisões provisórias decretadas amiúde, supressão da progressão do regime prisional etc. Afora isto, e por mais paradoxal que possa parecer, é exatamente sob a égide do sistema democrático que está se aumentando o espectro de incidência do Direito Penal.³⁰

As principais características do Direito Penal do Inimigo são delimitadas pelo próprio Jakobs como:

Ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas; falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa); mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinqüência e, em concreto, à delinqüência econômica.³¹

Cancio Meliá, citado por Diogo Rudge Malan, também descreve as características mais importantes:

O adiantamento do âmbito de incidência da punibilidade, que passa a dotar em enfoque prospectivo (pune-se o fato criminoso futuro) ao invés do tradicional enfoque retrospectivo (criminalização do fato já consumado); a acentuada desproporção das penas cominadas, pois o legislador não leva em consideração o adiantamento da punibilidade referido acima para efeito de reduzir proporcionalmente a pena; o abrandamento ou até mesmo supressão pura e simples de determinadas garantias processuais do réu.³²

No Direito Penal do Inimigo pune-se pelo fato que ainda vai acontecer (antecipação da tutela penal) é o chamado direito prospectivo, ao contrário do Direito penal clássico, que é retrospectivo. Percebe-se, também como característica deste direito, um endurecimento nas penas e limitação dos direitos e garantias, gerando uma desproporção nas penas impostas aos inimigos.

³⁰ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos:** o mito da repressão penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 16.

³¹ JAKOBS, 2000 apud MORAES, Alexandre de. **Direito Penal do Inimigo:** a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 168-169.

³² MALAN, 2006 apud BRIZZI, Carla Caldas Fontenele, A globalização e os novos paradigmas do Direito Penal no combate ao terrorismo. **CONPEDI**, Florianópolis/SC, 28 mar. 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2010.

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes faz uma enumeração de dez características sobre esse modelo de política criminal:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo para o futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinqüir continua com o status de pessoa, já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do Inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal, para alcançar os atos preparatórios); (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional) ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorismo, por exemplo) deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.³³

Dentre todas essas características, elencadas por esses diversos autores, podem se destacar a punição pelo fato futuro, a elevada desproporção das penas, ausência de direitos e garantias comuns ao cidadão, a utilização de medida de segurança e a utilização do critério da periculosidade do agente.

Comenta PRITTWITZ que o Direito penal do inimigo seria um verdadeiro modelo de Direito Penal Parcial, com o qual se pune de forma antecipada e mais dura, restringindo-se a liberdade de agir e até mesmo de pensar.³⁴

As medidas de segurança visam fatos futuros e delitos que ainda podem ocorrer. São diferentes das penas de prisão, que objetivam fato já consumado. Elas deveriam ser aplicadas às pessoas socialmente perigosas cujo crime fosse previsto pela lei. Bruno Aníbal citado por Alexandre de Moraes comenta sobre as medidas de segurança:

As idéias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem, não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreductível. São as chamadas medidas de segurança. Medidas que pertencem também ao Direito Penal. Com isso, alarga esse ramo do Direito a sua

³³ GOMES. op.cit.

³⁴ PRITTWITZ, 2004 apud BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. A globalização e os novos paradigmas do Direito Penal no combate ao terrorismo. **CONPEDI**, Florianópolis/SC, 28 mar. 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf>. Acesso em 02 nov. 2010.

capacidade como instrumento da luta da ordem jurídica contra a criminalidade no sentido de tornar mais efetiva a prevenção geral e especial dos fatos puníveis.³⁵

O Direito adianta-se em relação à lesão, a periculosidade do agente é levada em consideração para a criminalização do inimigo. Ao cometer um delito, para o cidadão será utilizado o princípio do devido processo legal, onde será sancionada uma pena pelo ato cometido. No entanto, para o inimigo o tratamento é diferente. Para Jakobs o inimigo não oferece garantia, então não há que se falar em devido processo legal nem em aplicação de uma pena, mas sim uma medida de segurança.

Nota-se, destarte, uma extrema diferenciação no tratamento dado pelo Estado em relação ao inimigo e ao cidadão. É notório, no combate ao inimigo, aplicação de penas mais elevadas e limitação de direitos e garantias processuais, ferindo, tal tratamento, importantes preceitos constitucionais.

O objetivo principal de Jakobs, com sua espécie de Direito Penal Máximo, é a filtragem social, a separação do inimigo dos cidadãos, fazendo uma metáfora, o inimigo seria uma espécie de ‘vírus’ que ameaça o bem-estar social, sendo preciso defender a sociedade dos inimigos.

2.3. Direito Penal do Inimigo pelo mundo

O penalista espanhol Francisco Muñoz Conde aponta que exemplos desse Direito Penal do Inimigo têm existido desde as origens da Codificação penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer a leis penais excepcionais, divergentes ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros Códigos penais.³⁶

Continuando a análise da expansão do Direito Penal do Inimigo pelo mundo, CONDE salienta que:

³⁵ BRUNO, 1959 apud MORAES, Alexandre de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p.198.

³⁶ CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo” **Ministério Público do Maranhão**. Trad. Themis Maria Pacheco de Carvalho. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/AS_REFORMAS_PARTE_ESPECIAL_DIREITO_PENAL_ESPANHOL.doc>. Acesso em: 15 nov. 2010.

Este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados democráticos de Direitos, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e, sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal.³⁷

Importante ressaltar, nesse contexto, que os delitos de terrorismo nos Estados europeus continuam a serem regulamentados pela legislação penal comum, diferentemente ocorre nos Estados Unidos, onde tal crime é tido como caso de matéria de segurança nacional.³⁸

Damásio de Jesus citado por Alexandre de Moraes, faz comentários acerca desse novo regime penal nos Estados Unidos:

Redobraram as medidas de segurança a partir de rígido controle dos espaços portuários. Ressurgiram os valores patrióticos, até então rebaixados pelo consumismo e pelo multiculturalismo. A militarização da vida americana tornou-se um fato. Intensificou-se o poderio do complexo industrial-militar. Os Estados Unidos, que já haviam rasgado tratados sobre mísseis assinados com a Rússia e negligenciado o Protocolo de Kyoto sobre o meio ambiente, recusaram o Tribunal Penal Internacional, ficando, então, livres para recriar o Projeto Guerra nas Estrelas, na forma de escudo antimíssil, reativando a corrida armamentista de alta sofisticação tecnológica.³⁹

Após o atentado de 11 de setembro de 2001, houve uma consolidação da figura do terrorismo, um novo e imponente inimigo da segurança do Estado, para Arno Dal Ri Júnior, este foi o momento onde se deu inicio a “um processo que geraria os pressupostos necessários para a emanação de novas normas em matéria de segurança nacional”.⁴⁰

Consideram-se símbolos desta política criminal americana o *USA Patriot Act* e *Combatente Inimigo*. O estatuto do ‘combatente inimigo’ permitiu que as autoridades norte-americanas mantivessem um individuo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar, exemplo como de escolher, de ter um advogado e de receber visitas. Em relação ao *Patriot Act*, Vinicius Diniz Vizzotto comenta a sua elaboração:

³⁷ CONDE, op. cit.

³⁸ DAL RI JUNIOR, op. cit., p. 351.

³⁹ JESUS, 2004 apud MORAES, Alexandre de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 205.

⁴⁰ DAL RI JUNIOR, op. cit., p. 299.

O texto integral, composto por 342 páginas, aborda mais de quinze estatutos, e além de autorizar agentes federais e rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas traz as seguintes inovações: a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados; e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo.⁴¹

Nota-se, que o *Patriot Act* corresponde a um pacote legislativo antiterror, que expande o nível de atuação de agências nacionais de segurança (exemplo FBI) e das internacionais de inteligência (exemplo CIA), onde são violados vários direitos e garantias dos cidadãos, limitando a liberdade individual, com o intuito de prender, manter em detenção e submeter a jurisdições especiais principalmente os possíveis autores de terrorismo.⁴²

No entanto, Stefano Sensi citado por Arno Dal Ri Júnior faz advertências sobre tal legislação principalmente sobre o seu critério de aplicação:

Fato ainda mais grave, a lei mantém uma inacreditável vagueza na definição das organizações ‘terroristas’. A etiqueta de ‘terrorista’ é, de fato, aplicada a qualquer grupo que faça, tenha feito, ou somente tenha exaltado o uso de práticas violentas que levem ou possam levar a danificar bens materiais. Uma simples ação de desobediência civil torna-se teoricamente punível como ato terrorista, desde que essa comporte dano à propriedade privada.⁴³

Tal constatação também é notada pelo autor Dal Ri Júnior onde considera as normas confusas:

De fato, existe um emaranhado de normas confusas que cria um labirinto de contradições e perplexidades em que qualquer tranquilo e pacato cidadão americano, pode de um momento a outro, ser enquadrado e punido como “inimigo dos Estados Unidos”.⁴⁴

O *Patriot Act* chega a ser abusivo e confuso, pois ao mesmo tempo em que autoriza a ação da polícia sem que esteja munida de mandados de busca e apreensão, não define um critério específico para o enquadramento e punição. Há também o problema em relação a quem são os inimigos dos Estados Unidos, tal ato não exemplifica com clareza.

⁴¹ VIZZOTTO, Vinicius Diniz. A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro. Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 521, 10 dez. 2004. Disponível em: <HTTP://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037> Acesso em: 15 nov.2010.

⁴² MORAES, op. cit. p. 205-206.

⁴³ SENSI, 2001 apud DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 305.

⁴⁴ Ibid., p. 310.

Com base, nos cálculos dos grupos de defesa dos direitos humanos, cerca de duas mil pessoas foram ilegalmente detidas e abusadas por longo período, sem provas, acusações e direitos:

Entre os casos mais aberrantes, está o do libanês Rabih Haddad, quando foram suspensos de modo desconcertante os direitos do detido, como, por exemplo, o direito a um processo legal. Haddad, que se formou nos Estados Unidos, foi preso em uma noite de final de Ramadã enquanto, juntamente com a sua família, preparava-se para concluir a jornada de jejum. Alguns homens do Serviço de Imigração e Naturalização retiraram-no de seu apartamento de Ann Arbor, no Michigan, em 14 de dezembro de 2001; foi mantido preso pela Justiça americana por dezenove meses – fechado em cela 23horas por dia -, sem que existisse uma acusação formal contra ele.⁴⁵

O autor Dal Ri Junior, em sua obra *O Estado e seus Inimigos*, comenta que antes do atentado de 11 de setembro, somente França, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Grécia e Reino Unido mencionavam o termo ‘terrorismo’ nas suas leis ou instrumentos jurídicos. Após o atentado e a utilização dos Estados Unidos do *Patriot Act*, foram apresentados diversos projetos de leis sobre o combate e prevenção ao terrorismo, fato que houve uma movimentação de quase toda União Européia.⁴⁶

A União Européia fez um plano de ação contra o terrorismo, utilizando-se de sete objetivos:

1) redobrar os esforços internacionais para combater o terrorismo; 2) reduzir o acesso dos terroristas aos recursos econômicos e financeiros; 3) aumentar a capacidade de investigação e de procedimento penal das instituições europeias e dos Estados-Membros; 4) proteger a segurança do transporte internacional e criar sistemas eficazes de controlo das fronteiras; 5) reforçar a coordenação entre os Estados-Membros e capacitar a União Européia para prevenir e tratar as consequências de um eventual ataque; 6) identificar os fatores que contribuem para o recrutamento de terroristas; 7) levar os países terceiros a se empenhar mais na luta contra o terrorismo.⁴⁷

Analizando esses objetivos, nota-se que os Estados-Membros atuarão em conjunto, para prestarem da melhor maneira possível a assistência na prevenção e no combate ao terrorismo solidariamente através de investigações e apoio policial em áreas onde o terrorista possa atuar.

⁴⁵ Ibid., p. 321.

⁴⁶ Ibid., p. 323.

⁴⁷ Ibid., p. 339.

CONDE comenta algumas das reformas penais que foram introduzidas pelo Código Penal espanhol em 2003:

Como exemplos de penas desproporcionadas, junto as que desde muito tempo podem aplicar-se em caso de tráfico de drogas e terrorismo, terão agora a nova regulação dos delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros, que no art.318 bis permite impor penas que podem chegar a 15 anos de prisão, em caso de tráfico ilegal ou imigração clandestina, quando o propósito for a exploração sexual de pessoas, se realize com ânimo de lucro, é o culpado pertença a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique a realização de tais atividades; ou até 17 anos e seis meses de prisão quando se trate de chefes, administradores ou encarregados de ditas organizações ou associações.⁴⁸

Essas alterações foram extremas. O novo regime de prolongação da pena até quarenta anos, sem possibilidade de redução e concessão da liberdade condicional,⁴⁹ fazendo nos lembrar do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, onde as penas são altamente desproporcionais.

Na França, foi aprovado um pacote de leis especiais que endureceram muitas normas, por exemplo, na venda de armas. Essa modificação afetou na área de segurança, ampliando a definição de ato terrorista, incluindo neste a lavagem de dinheiro e os delitos de financiamento de iniciativa terrorista.⁵⁰

Nesse mesmo período, na Inglaterra, foi imposta o *Anti-Terrorism, Crime and Security Bill*, tal norma permitia a possibilidade de detenção por um período indefinido para qualquer indivíduo suspeito de representar um perigo para a segurança nacional, ela não obteve sucesso e então depois de um longo processo legislativo o governo aprovou o *Prevention of Terrorism Act*, onde a principal diferença é que agora ficou permitida a prisão de cidadãos britânicos indefinidamente e sem que subsista uma acusação formal, bastando a suspeita de terrorismo.⁵¹

Infelizmente, a aplicação dessa política criminal, sem racionalismo, na Inglaterra vitimou o brasileiro Jean Charles de Menezes, morto numa estação de metrô em Londres com oito tiros, após ser confundido com um terrorista.

O grupo pop britânico Pet Shop Boys compôs uma música em homenagem a Jean Charles, "We're all criminals now" (Somos todos criminosos agora), que conta como o

⁴⁸ CONDE, op. cit.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ DAL RI JUNIOR, op. cit., p. 345-346.

⁵¹ Ibid., p. 348.

brasileiro foi executado por engano com vários tiros após ser confundido com um terrorista. O cantor e líder da banda Neil Tennat comenta a composição: "O título da música e a própria canção resumem a forma como o governo trata as pessoas no reino Unido. Estamos todos sob constante vigilância e somos todos tratados como potencialmente culpados, como se estivéssemos a ponto de cometer algum crime. Somos todos criminosos agora".⁵²

Em solo brasileiro, essa nova política criminal já se encontra presente. Com a elaboração de novas legislações, é notória a presença de mecanismos e parâmetros da mesma, como no caso do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, aplicado aos presos de maior periculosidade de nosso país. Vejamos o art. 52 da Lei de Execução Penal:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Na obra *Crime Organizado*, dos autores Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, notam-se duas premissas básicas dessa política: "(a) incremento de penas (penalização); (b) restrição a supressão de garantia do acusado."⁵³ Exemplos da implantação desse novo modelo são a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Combate ao Crime Organizado.

MAIEROVITCH comenta sobre a Lei de Abate (projeto de lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986), fazendo advertências que seria o caso mais puro de Direito Penal do

⁵²PET SHOP Boys gravam música em homenagem a Jean Charles **Globo.com** São Paulo 17/03/2009 Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Musica/0,,MUL1046057-7085,00.html>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**: enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. 2^aed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44.

Inimigo na América ao regulamentar o combate ao tráfico de drogas, o tiro de abate de aeronaves e afundamento de embarcações tripuladas por suspeita de narcotráfico:

Quanto aos inocentes tripulantes, usa-se a máxima calhorda de que os fins (repressão ao narcotráfico) justificam os meios (morte). Na realidade, tudo não passa de pura militarização, imoderada e excessiva, no enfrentamento da questão das drogas ilegais, com execuções sumárias e decorrentes de suspeitas.⁵⁴

Todavia, não há um direito penal no mundo, atualmente, que a adote integralmente, talvez por sua irracionalidade e seu vício conceitual. O que se vislumbra, então, são apenas traços dessa teoria.

⁵⁴ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?. Folha de São Paulo, 27 jul. 2004, ‘Tendências/Debates’.

2. O DIREITO PENAL MÍNIMO

No meio de toda a ansiedade gerada pela expectativa de punição exacerbada dos infratores penais, restam inseridos, inclusive, os delitos que, em verdade, afetam minimamente o Estado e a sociedade. Crimes pelos quais não vale à pena que seja envolvido todo um aparato estatal em virtude da ínfima ofensa a bem jurídico tutelado.

2.1. Noções Gerais e Características

A ideia do Direito Penal Mínimo surge com um posicionamento mais mediano e racional em comparação ao esposado no capítulo anterior, defende uma atuação, mínima daquele ramo jurídico. Mínima não no sentido de quase abolição, ou como um passo para a abolição, mas no que tange à ação estritamente necessária para a solução dos conflitos da sociedade.

Ou seja, para os minimalistas, o Direito Penal deve existir, posto que imprescindível. Todavia, deve visar somente à proteção dos bens jurídicos mais importantes à comunidade, que causem mais prejuízo à vítima, deixando de lado, para os outros ramos do Direito, os casos de ofensa a bem de pouca ou nenhuma monta.

Não há, em verdade, como fazer atuar o Direito Civil para punir condutas como homicídio, estupro, latrocínio, dentre outras igualmente gravosas, em detrimento da aplicação do Direito Penal, daí a sua necessidade. Por outro lado, não é preciso que se retire de um indivíduo seus direitos e garantias fundamentais a fim de que seja condenado e punido. Por isso, o que se deve vislumbrar é uma moderação.

Com isso, o Direito Penal Mínimo ergue-se como um Direito Penal equilibrado, sem os erros apontados na teoria do Direito Penal do Inimigo, com uma grande possibilidade de sucesso no intento pela paz social.

Explicando o discurso do tema supracitado, que prega a mínima intervenção ao Direito Penal, o autor Rogério Greco elucida bem a questão:

Na concepção que podemos chamar de “equilibrada” situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, *permissa vénia*, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em

decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos.⁵⁵

Como se ocupa apenas com os atos de maior relevância jurídica, garnecendo bens jurídicos do mais alto valor social, o Direito Penal Mínimo busca a excelência em punibilidade, uma vez que, com menos condutas ilícitas tipificadas, mais fácil de o Estado as punir. Não há perda de tempo e de dinheiro estatal com delitos de pouca ou nenhuma importância, como ocorria na tese do Direito Penal Máximo, deixando espaço livre para a concentração nos fatos mais prejudiciais à sociedade.

Devido a essa concentração, a sociedade empresta maior credibilidade ao Direito Penal, reduzindo o clamor social por mais segurança. Os delinqüentes, por sua vez, ficarão mais temerosos porque, assim, a força estatal preventiva/repressiva está mais presente e a chance de sair impune de um ato ilícito é infinitamente menor.

A tese em comento tem suas bases fundamentais nos princípios da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima, sem prejuízo de outros como da adequação social, da lesividade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e da insignificância.

Seguindo o pensamento de GRECO, em sua obra “Direito Penal do Equilíbrio” é possível identificar o caráter fundamental dos princípios:

O raciocínio do Direito Penal Mínimo implica a adoção de vários princípios que servirão de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correta interpretação.

Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) 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.⁵⁶

A seguir, iremos abordar brevíssimas considerações sobre o conceito e seu caráter normativo, apenas para explanar melhor a consistência do Direito Penal Mínimo.

2.2. Princípios

⁵⁵ GRECO, op. cit., p.24.

⁵⁶ Ibid., p.24.

O substantivo masculino princípio é oriundo do latim *principiu*. Para o Aurélio Buarque de Holanda princípio significa: “s.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo: *o princípio de um incêndio*; *O princípio da estrada já está pavimentado*. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei.”⁵⁷

Entende-se por princípio tudo aquilo que serve de base fundamental a qualquer verdade científica e de norte para interpretações. Existem como lógicas incontestáveis. É o ponto de partida, o marco zero, das pesquisas científicas.

O doutrinador Miguel Reale analisando o conceito de princípio, ensina que “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.”⁵⁸

Princípios, já segundo definição etimológica que interessa ao Direito, quer dizer fontes. Ou seja, é neles que os ordenamentos jurídicos buscam sua validade. Uma norma jurídica despida de fundamento em princípios, ou pior, contrária aos ditados impostos por eles, não merece prosperar na regência das relações jurídicas. Assim, são normas gerais abstratas que devem ser vislumbradas e consideradas quando da criação e da interpretação das normas jurídicas concretas.

O professor José de Albuquerque Rocha, sobre o tema, leciona o que se segue:

Em síntese, admitindo-se que o direito tem um fundamento, e que este não é de natureza transcendental, mas social, podemos dizer que os princípios são os valores morais, políticos e jurídicos de determinada sociedade proclamados por normas de direito, que denominamos normas principiológicas.

Em uma sociedade democrática, os princípios são valores do povo, pois é de onde surge o direito (CF, art. 1º, parágrafo único).⁵⁹

Os princípios exercem primazia sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, sendo de imprescindível aplicação tanto nos casos de criação legislativa como nos de interpretação judicial. Isto é, devem ser observados quando da atividade legislativa de criação normativa,

⁵⁷ Holanda, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Português**. 1^a Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p.1138.

⁵⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed., ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303.

servindo de norte ao legislador e impedindo-o de suplantar determinados direitos, bem como quando da atividade jurisdicional de interpretação legal, oportunidade em que os aplicadores do direito terão sempre em mente os valores e ditames dos princípios imperantes no Direito nacional.

O legislador expressamente ressalva que os princípios devem ser levados em consideração quando da ausência de normas jurídicas incidentes sobre o fato concreto, como é o caso do art. 4º da LICC e do art. 8º da CLT, respectivamente, in verbis, infra transcritos:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.⁶⁰

Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.⁶¹

Possuem, os princípios, a depender da matéria sobre a qual versam, diferentes âmbitos de atuação, podendo ser vislumbrados em todo o Direito, bem como em apenas um de seus ramos. É bem verdade que todos os princípios são interpretados da forma como devem ser aplicados a cada ramo do Direito, o que, contudo, não lhes diminui o âmbito de observância.

Feito essas considerações passa-se a abordar os princípios do Direito Penal relacionados com a visão minimalista.

2.2.1. Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima tem por objetivo principal estabelecer que somente os bens jurídicos mais importantes à sociedade é que merecem a proteção do Direito Penal que, por sua vez, deverá, em relação a eles, criar tipos penais incriminadores para guarnecê-los. O Direito Penal deve amparar apenas, sob seu âmbito, os bens jurídicos de maior valor social, que ocasionem prejuízos consideráveis à sociedade e/ou ao Estado.

⁵⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44.

⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 157.

⁶¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 733.

Como adverte Rogério Greco, a utilização do Direito Penal deve obedecer sempre à condição de *ultima ratio*, e não *prima ratio*⁶² como o modelo do Direito Penal Máximo deseja.

Prevalece o caráter subsidiário do Direito Penal, que, desta forma, só atuará quando os demais ramos jurídicos se mostrarem insuficientes para dar a guarda necessária e devida ao bem jurídico relevante passível de ataque.

BITTENCOURT, sobre o assunto, aduz que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.⁶³

Tal entendimento também é notado pelo autor Fernando Capez, em sua obra “Curso de Direito Penal”:

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescrivível, a característica da subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).⁶⁴

Desta forma, quando o legislador for inovar o sistema penal através de uma nova previsão normativa, é seu dever assegurar-se de que aquele bem que será objeto de proteção é de relevante valor social, este suficiente para que o Direito Penal empreste toda a sua força e coação sem afetar a proporcionalidade em razão da sanção aplicável.

⁶² GRECO, op.cit. p. 16.

⁶³ BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. I, p. 13.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I, p. 19.

A pena por descumprimento de um contrato, por outro lado, não merece ser imposta pelo ramo penal do Direito, uma vez que a multa e as indenizações pecuniárias estabelecidas pelo ramo civil são perfeitamente adequadas e suficientes para inibir os contratantes a não romperem o pacto, não sendo preciso à atuação do Direito Penal sob esse fato jurídico.

A sociedade, com o tempo, vai mudando sua cultura e os seus costumes. É inevitável. Às vezes, as modificações ocorrem ao longo de séculos. O casamento, por exemplo, era bem jurídico penalmente tutelado, tanto é que havia um tipo penal específico para proteger a fidelidade no matrimônio, qual seja, o crime de adultério.

Todavia, a cultura mudou. O Código Penal é de 1940, e a traição e/ou adultério tornaram-se, infelizmente, relativamente comuns no seio social. Além disso, a pena que previa de quinze dias a seis meses era incapaz de sancionar efetivamente o cônjuge adúltero. Fato é que o tipo penal passou anos sem que tivesse alguma aplicabilidade.

Assim, ante a superveniência da desvalorização do bem jurídico protegido e, outrossim, a eficácia maior de tutela por outros ramos do direito, no caso exposto o Direito Civil, faz-se necessário a descriminalização da conduta, retirando-a do ordenamento jurídico penal.

O Princípio da Intervenção Mínima atua, portanto, como forma de garantir que o Direito Penal só irá intervir se o bem jurídico a ser por ele garantido for de relevância social. Caso contrário, deverá deixar o campo aberto para a proteção destes bens por outros ramos do Direito, tais como o civil e o administrativo.

Outro não é o pensamento de Cesar Roberto Bittencourt, quando este aduz que:

Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.⁶⁵

A utilização incorreta do Direito Penal levará a sociedade brasileira a enfrentar uma insuportável situação de inflação legislativa.

Este princípio está em plena consonância com os ditames do Direito Penal Mínimo, impedindo que condutas de pouca importância restem inseridas indevidamente no âmbito de

⁶⁵BITTENCOURT, op. cit., p. 14.

proteção exacerbado exercido pelo Direito Penal e fazendo atuar, efetivamente, este ramo do Direito, com todo o seu poder coercitivo, sem, contudo, ferir os direitos e garantias individuais, para tutelar os bens jurídicos de grande relevância para a sociedade e para o Estado.

2.2.2. Princípio da Fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade é corolário lógico do princípio da intervenção mínima, visto a pouco, e com ele muitas vezes se confunde. A fragmentariedade decorre da idéia de que apenas parcela dos bens jurídicos que, de alguma forma, merecem proteção do Direito Penal. Somente a parte mais relevante dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito tem guarida pelo ramo penal, devendo os demais ramos do direito se ocuparem dos outros bens de menor importância social.

O sistema penal não deve ser exaustivo quanto à proteção dos bens jurídicos, uma vez que existem bens plenamente assegurados com o amparo de outros ramos jurídicos, dos quais são exemplos o civil, o administrativo e o tributário. O Direito Penal tem de se preocupar apenas com aqueles que são de maior valia para a sociedade. Diz-se ser isso a sua natureza fragmentária.

Fernando Capez, quando da análise conjunta dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, ressalta:

A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, ponteado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa achegar.⁶⁶

Corroborando com o entendimento do autor supracitado Luiz Régis Prado, exerce comentários sobre a questão do princípio da fragmentariedade, sinteticamente, afirmou que

⁶⁶ CAPEZ, op. cit., p. 17.

“esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.⁶⁷

Deve-se ter em mente que há de se considerar tanto o valor do bem jurídico em si como a gravidade da conduta que o ofende. Assim é que a vida sempre será objeto de proteção penal, posto que, de toda forma, ela tem valor jurídico e social relevante, e qualquer ofensa, ou até mesmo a mera tentativa de afetação, será conduta ilícita a ser reprovada através de sanção penal.

No entanto, o mesmo não se pode afirmar sobre o patrimônio. Esse é protegido pelo Direito Penal, mas não é toda e qualquer ofensa a esse bem jurídico que ensejará a atuação penal, mas somente aquelas que se apresentam com maior repúdio social, como o seqüestro e como com violência ou grave ameaça, exemplificativamente. Outras maneiras, não agressivas, de se prejudicar o patrimônio de alguém são eficazmente amparáveis pelos ramos não-penais do Direito pátrio.

Cesar Roberto Bittencourt, doutrinador da modernidade, nos faz valer novamente de seus ensinamentos para clarificar o que foi explanado até aqui sobre o princípio da fragmentariedade:

O Direito Penal – já afirmava Bilding – não constitui um ‘sistema exaustivo’ de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um ‘sistema descontínuo’ de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal. O *caráter fragmentário* do Direito Penal – segundo Muñoz Conde – apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade e a mentira. Resumindo, ‘caráter fragmentário’ do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.⁶⁸

GRECO, igualmente, reportando-se ao momento em que a norma é editada e inserta no ordenamento jurídico, analisa-a sob a visão da fragmentariedade do Direito Penal, nos moldes abaixo reproduzidos:

⁶⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

Uma vez criada a infração penal, ela fará parte do pequeno acervo pertencente ao Direito Penal, demonstrando-se, assim, a sua *natureza fragmentária*, no sentido de que o Direito Penal não interessa a proteção de todos os bens, a proibição de todos os comportamentos, mas sim daqueles de maior importância para a sociedade. Por meio da fragmentariedade, percebe-se que o Direito Penal não se ocupa com o todo, mas sim com a parte mais importante.⁶⁹

Enfim, o princípio em comento é outro de inevitável aplicação para o Direito Penal Mínimo pelas mesmas razões expostas em relação ao princípio da intervenção mínima, quais sejam, inibe a atuação desproporcional do Direito Penal a fim de eventual proteção de bem jurídico de ínfimo valor e, por outro lado, garante a sua ação, se necessário for, à tutela de bem relevante.

2.2.3. Princípio da Lesividade

Pelo princípio da lesividade, tem-se que o Direito Penal só pode sancionar condutas que acabem por afetar bens jurídicos de terceiros. Se determinado comportamento, por mais reprovável que seja, não ofender bens outros que não os do próprio agente causador do dano, não há espaço para atuação penal sancionatória.

Além do mais, se o “crime” ainda estiver no âmbito das idéias, e se, por fim, aí permanecer, não resolvendo o autor adentrar nos atos executórios, igualmente, não restará motivo para aplicação de punição penal. De acordo com Luiz Flávio Gomes, “não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizada a conduta delitiva)”.⁷⁰

A atuação penal pressupõe uma lesão efetiva a um determinado bem jurídico de relevante valor social. Sem isso, deve ser afastada qualquer hipótese de existência de infração penal.

Pode-se aprender um pouco mais sobre lesividade através da citação do livro de Rogério Greco, que, por sua vez, lançou mão dos pensamentos do estudioso Nilo Batista, abaixo reproduzida:

⁶⁸2002. Vol. I, p. 120.

⁶⁹BITTENCOURT, op. cit., p. 15.

⁷⁰GRECO, op. cit., p. 26.

O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que através da secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções, a saber:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.⁷¹

Com isso, Nilo Batista enumerou praticamente todas as situações em que o Direito Penal está impedido de atuar sob pena de seu malferimento.

Então, o princípio da lesividade impede que se incriminem atos que não atinjam bem jurídicos de terceiros. Por mais que a conduta do indivíduo seja socialmente inadequada, se efetivamente não ocasionar lesão a nenhum bem, a não ser os seus, a comportamento não merecerá punição. Com base nesses argumentos, alguns acreditam que a “descriminalização” do usuário de drogas resta albergada por esse princípio, uma vez que, por mais que o consumo de drogas seja inadequado perante a sociedade, a priori, não afetaria bem jurídico de terceiro algum que pudesse ensejar punição mais gravosa do que aquelas previstas na legislação atual, como a de admoestação verbal, por exemplo.

2.4. Princípio da Adequação Social

Pelo princípio da adequação social, tem-se que o legislador penal, além de escolher apenas os bens jurídicos relevantes e as condutas efetivamente lesivas, deverá afastar da incidência da norma tipificadora os comportamentos arraigados pela sociedade. O Direito Penal não atua, assim, regulando os fatos concretos que já são perfeitamente tolerados no seio social.

Fernando Capez defendeu a aplicação desse princípio aduzindo que “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

⁷¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5. Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I, p. 54.

sentimento social de justiça (aquel que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso”.⁷²

BITTENCOURT analisa que:

O tipo penal implica uma *seleção de comportamentos* e, ao mesmo tempo, uma *valoração* (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. Por isso, segundo Stratenwerth, ‘é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento’. A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* lesando efetivamente o bem jurídico protegido, constituindo que se chama de *tipicidade material*. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.⁷³

A cultura é algo tão forte dentro de uma nação que nem mesmo o Direito Penal é capaz de alterá-la, e nem é esse, diga-se de passagem, o intento de sua existência. O ramo criminal do Direito existe no sentido de conferir maior segurança social entre os membros da coletividade, e não para modificar seus gostos e costumes.

Assim, o princípio da adequação social atua em relação ao legislador, impedindo-o de positivar uma lei penal incriminadora de uma conduta socialmente adequada. Se porventura o fizesse, estaria, na verdade, instigando a sociedade ao cometimento dos delitos nela previstos, vez que as novas condutas ilícitas não deixariam de ser praticadas pelos cidadãos, posto que estivessem acostumados a elas.

Assim, faz-se imprescindível o estudo sobre a adequação social da conduta nos momentos de criação, revogação e interpretação do tipo penal. Naquele intervalo de criação normativa, citado a pouco, deve-se igualmente averiguar se a conduta da qual ocasionou um dano é aceita socialmente. Se sim, não se o tipifica. Se não, poderá ser encaminhada ao Direito Penal.

Da mesma forma, na revogação, o legislador tem de vislumbrar se aquele comportamento, outrora reprovado, passou a ser adequado socialmente devido à sua regular aceitação. É importante, enfim, que se lance mão nesse princípio quando da subsunção de

⁷² CAPEZ, op. cit., p. 16.

⁷³ BITTENCOURT, op. cit., p. 19.

fatos à norma penal de tipo aberto, a fim de que se preveja se determinado ato ainda se enquadra no conceito vago do ato nela positivado.

Rogério Greco adverte, que “uma vez escolhido o bem, valorado anteriormente como importante, concluído que o comportamento que o ataca é lesivo e inadequado socialmente, abre-se a possibilidade de criminalização da conduta.”⁷⁴

Por outro lado, quando se verificar que certo comportamento, inadequado na oportunidade de criação da regra típica, deixar de o ser em razão da evolução cultural da sociedade, devido à sua assimilação por parte desta, deverá aquela ser objeto de revogação do ordenamento jurídico criminal.

2.5. Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade da pena em relação ao fato delitivo efetivamente cometido pelo agente é outro pressuposto da teoria do Direito Penal Mínimo. A pena, segundo tal princípio, deve ser aquela estritamente necessária para a punição da conduta praticada, de tal forma que para os comportamentos mais graves as penas deverão ser mais severas, e para os menos ofensivos, mais brandas.

O que se almeja é impedir que o Direito Penal sirva de instrumento ao terror social. Que seja desculpa para encarcerar por longo tempo os “inimigos” da sociedade mesmo que por condutas infracionais leves, fazendo clara alusão ao Direito Penal do Inimigo. A pena tem de ser a suficiente à repreensão do delito cometido, nem mais, nem menos.

Fábio Roque da Silva Araújo, professor da Universidade Federal da Bahia – UFBA, em artigo, aduz que:

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que, ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o

⁷⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 26.

agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.⁷⁵

Para Luiz Régis Prado, para que se chegue o mais próximo possível da proporcionalidade, tem esta de ser vislumbrada sob a ótica de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Veja-se:

Considerando-se as três vertentes ou subprincípios da proporcionalidade *lato sensu* (*adequação social ou idoneidade; necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito*), pode-se afirmar que uma medida razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam as desvantagens.⁷⁶

Nesse diapasão, tem-se que a penalização pelo crime de homicídio deve ser maior do que a de lesão corporal grave que, por sua vez, tem de ser maior que a de difamação, e assim por diante. Da mesma forma, é sabido que o latrocínio deve ser punido mais veementemente do que o roubo, e este em relação ao furto em virtude de maior lesão a bens jurídicos da vítima.

O princípio da proporcionalidade é visualizável em dois momentos distintos: na criação e na aplicação da norma jurídica. Primeiramente, já na combinação da pena em abstrato, deve o legislador valorar a conduta do agente e/ou o bem jurídico afetado por ela para obter a medida da pena estritamente necessária e suficiente à sanção respectiva. Ou seja, de logo, na estipulação normativa da pena aplicável, é preciso haver uma mensuração valorativa do objeto de proteção da norma a fim de que esta venha a estabelecer uma sanção adequada.

É por isso que a pena para o homicídio é maior que a do furto. No momento da elaboração legal originária, vislumbrou-se que a vida, bem jurídico mais importante de todo o Direito, merece mais atenção do que o patrimônio. O resultado foi de seis a vinte anos para aquele e de um a quatro para este.

⁷⁵ ARAÚJO, Flávio Roque da Silva. **O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal:** fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. Revista dos Tribunais, v. 882, ano 98, abril de 2009, p. 355.

⁷⁶ PRADO, op. cit., p. 121.

A exata proporcionalidade, como se observa, é impossível. Tal princípio busca ofertar ao tipo penal a máxima possível, tendo em vista o senso de justiça extraído pelo legislador do estudo dos bens jurídicos sob amparo.

Rogério Greco elucida bem a situação:

Prima facie, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tenta encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após, o raciocínio correspondente à importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais proporcional possível, no sentido de dissuadir aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes.⁷⁷

Outra oportunidade de aplicação do princípio da proporcionalidade é quando da cominação em concreto da pena imposta pelo tipo penal. O juiz, então, ao se deparar com um caso concreto, deve sancionar o infrator nos moldes da gravidade da conduta por ele efetivamente praticada, vislumbrando-se, ainda, as circunstâncias que rodearam o fato.

É por isso mesmo que não há uma estipulação definitiva da pena na regra jurídica penal tipificadora. Sempre deixa o legislador, espaço para a interpretação jurisdicional, pois a pena em abstrato é positivada em um mínimo e em um máximo, podendo o magistrado atuar dentro desses limites na medida de sua percepção do fato.

Das lições de Cesar Roberto Bittencourt pode-se entender melhor parte do que foi dito até aqui sobre proporcionalidade:

Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer, a exigência de *proporcionalidade* deve ser determinada mediante ‘um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal’. Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – *abstrato* (legislador) e *concreto* (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. Ainda segundo a doutrina de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão ‘uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus diretos em medidas jurídicas desproporcionais.⁷⁸

⁷⁷ GRECO, op. cit., p. 97-98.

Assim, como o visto, o princípio da proporcionalidade pode, e deve, ser vislumbrado em dois momentos, quais sejam, o da criação da norma penal e sua consequente previsão de sanção, e da cominação da pena ao criminoso pelo juiz em relação ao delito concreto de que foi autor.

2.6. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é intrínseca ao próprio homem. Como princípio de maior importância à matéria penal, é aplicável a qualquer um que se apresente na qualidade de ser humano, não tendo relevância a questão de classe social, idade, personalidade, sexo, orientação política ou religiosa, cor da pele ou nacionalidade, tampouco faz diferença o grau de gravidade da conduta delitiva praticada.

O simples fato de ser pessoa o faz detentor de determinados direitos que devem ser respeitados pelo Estado e, inclusive, até garantidos por este, em face de quem quer que pretenda ofendê-los.

Luiz Régis Prado comenta sobre o assunto:

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como *pessoa*, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Verifica-se, assim, ‘um deslocamento do Direito do plano do Estado para indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.’⁷⁹

É fato, contudo, que apesar de ser reconhecido quase que unanimemente como princípio universal, sua forma e atuação são diferenciadas de acordo com a cultura de cada povo ou nação. A depender do lugar onde o indivíduo é residente, a dignidade da pessoa humana estará sendo agredida ou não com determinado comportamento estatal preventivo/repressor. Assim é que, se no Brasil a pena de morte está dissociada do ideal constitucional de dignidade da pessoa humana, em alguns estados dos EUA está ela em perfeita consonância com seu Direito Penal e a com sua constituição.

⁷⁸ BITTENCOURT, op. cit., p. 26-27.

⁷⁹ PRADO, op. cit., p. 115.

Contudo, embora se deva ter em mente que a dignidade da pessoa humana é delimitada pela cultura é preciso sempre ter em vista, que os abusos devem ser evitados e até mesmo, se realmente perpetrados, combatidos, tais como nazismo e escravidão, indubitavelmente atentatórios ao referido princípio.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como não poderia deixar de ser, insculpiu, logo em seu artigo exordial, a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos:

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 fundamento:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.⁸⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil, então, é norma de status constitucional, devendo, portanto, ser modelo de orientação de todo o ordenamento jurídico, tanto no que concerne ao Direito Penal como aos demais ramos do Direito. Todas as normas infraconstitucionais, atos administrativos e, até mesmo, emendas à constituição deverão pautar-se de acordo com os ideais da dignidade humana, não podendo o artigo citado, inclusive, ser objeto de modificação que resulte em restrição ou exclusão dos fundamentos nos seus incisos estabelecidos, graças à garantia contida no inciso IV, § 4º, do art. 60 do Texto Maior.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que os aplicadores da lei penal devem sempre vislumbrar o homem como o bem mais importante do Estado. Desta forma, deve-se, incondicionalmente, respeitar os direitos e garantias fundamentais de todos.

Não há como se conceber, seguindo esta linha de raciocínio, que se possa admitir a atuação do Direito Penal em casos de furtos, exemplificativamente, de objetos de ínfimo valor, com o fim de encarcerar os agentes nas celas imundas e inseguras das cadeias brasileiras, muitas vezes, arruinando suas vidas, sem que isso esteja ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 35

Ademais, discute-se a compatibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD com o princípio em tela, posto que, através deste, imputa-se ao preso, em virtude de sua periculosidade, uma forma de cumprimento de pena estritamente rigoroso, com supressão de vários direitos que um encarcerado sob o regime comum.

BITTENCOURT, em longo excerto, dá a exata noção da dignidade da pessoa humana em relação ao RDD, in verbis:

No entanto, o *regime disciplinar diferenciado* – prevendo isolamento celular de 360 dias, prorrogável por igual período – comina punição *cruel* e *desumana* e, portanto, inaplicável no Brasil. Na realidade, esse tipo de regime, que constitui verdadeira sanção criminal, promove a destruição moral, física e psicológica do preso, que, submetido a isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis.

Com efeito, o *regime disciplinar diferenciado* – instituído pela Lei n. 10.792/2003 – viola o *objetivo ressocializador* do sentenciado, vigente na sociedade contemporânea desde o Iluminismo. A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu primeiro artigo, destaca como objetivo do cumprimento da pena a *reintegração social* do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam o *castigo* e a *reintegração social*, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal.

Assim, o *regime disciplinar diferenciado* constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de *violação do princípio de humanidade da pena*, não passando de forma cruel e degradante de cumprimento de pena; representa, na verdade, autêntica vingança social, primado declarado da pena privativa de liberdade. Espera-se que os Tribunais superiores, na primeira oportunidade que tiverem, reconheçam a inconstitucionalidade desse diploma legal.⁸¹

Interessante notar, dessa forma, que nem a previsão constitucional expressa logo no artigo exordial impede o próprio Estado brasileiro de atentar contra a dignidade humana de seus cidadãos, uma vez que, tanto de uma forma, omissiva, como de outra, esta comissiva, acaba por desrespeitá-la, atuando, portanto, em clara e patente inconstitucionalidade.

Imensurável, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana para a sustentação e a legitimação de qualquer ordenamento jurídico, mais notadamente o penal, posto que reflete integralmente a idéia de um Direito Penal Social, ao contrário do que se observaria com o Direito Penal Máximo (ou do Inimigo), que afasta a incidência de tal princípio para fazer atuar todo o seu poder punitivo e repressor.

2.2.7. Princípio da Insignificância

⁸¹ BITTENCOURT, op. cit., p. 17-18.

O princípio da insignificância, bem como os princípios analisados posteriormente, é parte integrante e necessária à atuação de um Direito Penal Mínimo, ou seja, de um sistema penal que só imporá punição quando estritamente imprescindível para a continuidade do bem-estar social.

O Direito Penal só deve se ocupar das condutas mais ofensivas, que acarretem resultados significantemente danosos à sociedade, deixando as demais para o âmbito dos ramos do Direito

Desta forma, a lesão ao bem jurídico deve ter valor significativo, sob pena de não receber guarida do Direito Penal. Cesar Bittencourt comunga deste ideal quando afirma, com maestria, que “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico”.⁸²

A jurisprudência majoritária apresenta entendimento semelhante ao explanado a pouco. Note-se, o excerto extraído de um julgado do TRF da 1^a Região:

Pelo princípio da insignificância, excluem-se do tipo os fatos de mínima perturbação social. A adequação social leva à impunidade dos comportamentos normalmente admitidos ainda que formalizem a letra de algum tipo penal.⁸³

Todo o questionamento, basicamente, gira em torno de saber se determinado valor jurídico do bem merece ou não a tutela do Direito Penal. Seria importante, então, para o caso concreto *sub judice*, que houvesse uma padronização de valores e condutas a fim de que sejam enquadradas como insignificantes ou não. Porém, isso é impossível. Não existe um método ou forma de se atingir o objetivo citado, visto que é inimaginável que seja possível tipificar intensidades de condutas e de resultados para fins de aplicação do princípio da insignificância quando nem mesmo todas as condutas delinqüentes não restam positivadas. Tudo dependerá, então, do juízo de razoabilidade e proporcionalidade do magistrado.

Nesse diapasão, leciona Rogério Greco que:

Alguns poderão dizer que é muito subjetivo o critério para que se possa concluir se o bem atacado é insignificante ou não. E realmente é. Teremos, outrossim, de lidar

⁸² BITTENCOURT, op. cit., p. 21.

⁸³ TRF 1^a Região, Rec. Crim. 950131290-9/MG, 3^a Turma, Des. Rel. Tourinho Neto, julgado em 20.03.1996.

ainda com o conceito de *razoabilidade* para podermos chegar à conclusão de que aquele bem não merece proteção do Direito Penal, pois que inexpressivo.⁸⁴

Vale constar aqui, entremes, o pensamento cauteloso de Luiz Régis Prado, quando salienta o seguinte:

Esses princípios são entendidos, respectivamente, como critério geral de interpretação restritiva (correção típica) e como critério para a determinação do injusto penal. Ainda aqui, porém, convém advertir para a grande imprecisão desses critérios, o que pode atingir gravemente a segurança jurídica.⁸⁵

Apesar de ser comprensível o temor do doutrinar citado acima, não há como se conceber que, sob pena de insegurança jurídica, deva-se punir todas as condutas tipificadas. Aliás, talvez nem tenha sido esta a sua idéia. De qualquer forma, é preciso correr esse risco, uma vez que a existência do Princípio da Insignificância no ordenamento pátrio é irremediável, devendo-se acreditar na lógica da razoabilidade do aplicador como forma plausível de se alcançar o melhor Direito.

Quanto à observância restritiva de alguns defensores da tese de que o Princípio da Insignificância é inaplicável a determinados tipos penais, notadamente no que concerne aos de roubo e daqueles relacionados a agressões em geral contra o meio ambiente, tem-se que a insignificância, se existente, pode ser vislumbrada na grande maioria das condutas penalmente tipificadas, inclusive nas supramencionadas.

Assim, quase todos os bens jurídicos são passíveis de mensuração quanto ao seu valor. Por conseguinte, ameaça (art. 147), constrangimento ilegal (art. 146), injúria (art. 140), calúnia (art. 138), difamação (art. 139), apropriação indébita (art. 168), roubo (art. 157), dentre incontáveis outros tipos penais descritos pelo Código Penal, podem ter resultados que acarretem em insignificância.

Porém, também há diversos tipos penais que inadmitem análise no que concerne a insignificância da conduta e/ou do resultado. São eles, exemplificativamente, crimes contra a vida, além do famigerado latrocínio e outros mais. Nesses tipos, é incabível averiguação do valor jurídico do bem afetado porque, em todos, será significativo.

GRECO sobre o assunto ensina que:

⁸⁴ GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I. 5^a Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 69.

⁸⁵ PRADO, op. cit., p. 124.

Contudo, embora de utilização obrigatória em muitos casos, nem todos os tipos penais permitem o raciocínio da insignificância. Assim, por exemplo, não se discute que em sede de homicídio não se aplica o princípio. Por mais que, segundo a argumentação do autor do fato, a vítima não “valesse nada”, tal conclusão não permite a aplicação do princípio. Em outros fatos que, aparentemente se amoldariam à lei penal, o princípio é de aplicação obrigatória, a exemplo do que ocorre com os delitos de furto, dano, peculato, lesões corporais, consumo de drogas etc.⁸⁶

No que concerne ao roubo, mais precisamente, estudiosos acreditam que a ocorrência, esta necessária graças à descrição do tipo penal, de violência e/ou grave ameaça é suficiente para a desconsideração da aplicação do princípio da insignificância. Esse entendimento é, inclusive, esposado pelo STF⁸⁷.

Todavia, com a devida vênia da Corte Maior, é um pensamento equivocado, já que se esta “violência e/ou grave ameaça”, tal como os bens adquiridos em razão daquele comportamento, também forem insignificantes, e o podem ser, só restará a aplicação do princípio em tela, sob pena de se tutelar comportamentos que não ferem gravemente a ordem jurídica.

Eliezer Siqueira de Sousa Júnior, defensor público do Estado do Espírito Santo, em artigo publicado em sítio na internet, aduz que:

Resumindo: o crime de roubo, como leciona o Excelso Pretório, é delito complexo, que protege não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal. O crime de roubo tutela o patrimônio **e** a liberdade pessoal, e não o patrimônio **ou** a liberdade pessoal. Desta forma, desconsiderando o patrimônio, por sua insignificância material, resta averiguar a lesão ao outro bem tutelado. Restando algum delito (v.g., constrangimento ilegal, ameaça, lesão corporal), pune-se o agente pelo remanescente. Não sendo a conduta residual asseverável, reconhece-se a atipicidade da conduta.⁸⁸

Finalmente, no que tange à análise da valoração da insignificância do bem jurídico, mostra-se assente a doutrina e jurisprudência que estabelecem que esta deve ser feita de acordo com o valor do bem jurídico em si, despindo-se da análise da gravidade subjetiva em relação à vítima do delito.

⁸⁶ GRECCO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 4^a Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009. p. 86.

⁸⁷ STF, RE-AgR 454394/MG, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 02.03.2007.

⁸⁸ SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. **A aplicação do Princípio da Insignificância no Roubo é Possível?** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10012>. Acesso em: 14 nov. 2010.

Nesse sentir está o STJ, como se pode detrair do trecho jurisprudencial colacionado a seguir:

O princípio da insignificância se refere à hipótese de ofensa mínima ao bem jurídico que não deve ser confundido com a proporção de dano em relação ao patrimônio do sujeito passivo.⁸⁹

Pode-se vislumbrar, portanto, que todos esses princípios aqui comentados trazem em si a idéia do Direito Penal Mínimo, uma vez que objetivam limitar o poder punitivo estatal pregando a não tipificação das condutas que prejudiquem bens jurídicos de pouco valor a sociedade.

⁸⁹ STJ, RHC 6319/PR, 5^a Turma, Min. Rel. Fleix Fisher, publicado no DJU em 23.06.1997.

3. DIREITO PENAL MÁXIMO VERSUS DIREITO PENAL MÍNIMO

Acreditar que a aplicação de penas mais severas constitui a alternativa mais adequada para prevenir e reduzir a criminalidade dos dias atuais é uma falácia, pois, agindo desse modo, o Estado adota a medida mais econômica e fácil para solucionar seus problemas, sem atingir uma real eficácia no seu objetivo de prover a todos, uma segurança pública que respeite ao menos, minimamente, os direitos humanos fundamentais.

3.1. Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Com a introdução do Direito Penal do Inimigo, em nosso ordenamento jurídico, seria estabelecido um sistema que afrontaria as regras básicas do Estado, inclusive as regras constitucionais. Haveria uma mudança de finalidade do Direito penal, que passaria a ser adotado um instrumento de contensão social.

O Direito penal do inimigo acarreta a exclusão de alguns direitos e garantias processuais dos indivíduos que tal doutrina considera como ‘inimigos’, como já citado anteriormente.

A criação de novos tipos penais e o endurecimento das penas já existentes vão contra o pensamento de Claus Roxin, que prevê o fim da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas alternativas, pois, com o aumento dos dispositivos penais e consequentemente do encarceramento, se chegará a um ponto em que será inviável, econômica e politicamente, para o Estado manter o sistema penitenciário.⁹⁰

Cancio Meliá enumera algumas críticas feitas à tese de Jakobs, dizendo: “direito penal do cidadão é pleonasmo, e Direito penal do inimigo uma contradição em seus termos”.⁹¹ Tal contradição nos leva a entender que o Direito penal do inimigo é um não direito.

Continua o referido autor, alegando que, sem utilizar-se de estudos de materiais científicos relativos à psicologia social em casos importantes para o Direito penal do inimigo

⁹⁰ ROXIN, 2001 apud BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

⁹¹ JAKOBS; CANCIO MELIÁ, op.cit. p. 54.

(exemplo tráfico de drogas e terrorismo), nota-se que na prática trata-se mais de inimigos no sentido pseudo-religioso que na acepção tradicional do termo⁹². Jakobs vem dizendo que:

Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão o anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do Inimigo.⁹³

Com isso, este significado simbólico do Direito penal do inimigo não é só um determinado fato que está na base da tipificação penal, mas também outros elementos que permitam a classificação do autor como inimigo. “De modo correspondente, no plano técnico, o mandado de determinação, derivado do princípio de legalidade e suas complexidades, já não é um ponto de referência essencial para tipificação penal.”⁹⁴ Percebe-se aqui uma violação ao princípio da legalidade, para Jakobs tal princípio perde sua importância na delimitação de novos delitos.

Luiz Flávio Gomes também critica a doutrina de Jakobs. Para ele, o que se tem difundido de Direito Penal do Inimigo, pelo penalista alemão, é nada mais que um exemplo de Direito Penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele é, fazendo oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele fez. A máxima expressão do Direito Penal do autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do Inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinqüentes.⁹⁵

Como é utilizado o critério do autor, ou seja, pune-se pela periculosidade do agente e não pelo fato cometido, não se pode questionar as penas desproporcionais, ocasionando, assim, a violação ao princípio da proporcionalidade entre crime e pena.

Há outra contradição, pois para Jakobs existem pessoas e não-pessoas (os inimigos), para ele “só é pessoa quem oferece garantia cognitiva suficiente de um comportamento

⁹² Ibid., p. 71.

⁹³ Ibid., p. 71-72.

⁹⁴ Ibid., 72.

pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real”⁹⁶. Porém, levando-se em consideração que os direitos humanos são inerentes a cada indivíduo, o *status* de pessoa não pode ser ou deixar de ser atribuído a alguém, então, não existiria não-pessoa, consequentemente não poderá ser aplicado o Direito penal do inimigo.

Assim, o Direito Penal do Inimigo é a soma da antecipação da tutela penal com penas desproporcionais em indivíduos considerados inimigos pelo Estado para saciar a vontade de punir da sociedade. Através da análise até aqui exposta, concluímos que a sua aplicação é inconstitucional, violando diversos princípios basilares constitucionais pátrios, fato que não pode ser renegado pela vontade do Estado em razão de solucionar problemas econômicos e sociais.

Apostar em penas maiores, mais duras e mais desumanas, significa ir contra todos os estudos científicos sérios sobre a questão da criminalidade, de acordo com TORON “a incapacidade da Lei dos Crimes Hediondos conter a criminalidade atesta seu fracasso”⁹⁷. Então, fato como esse demonstra a inutilidade do ‘simples’ agravamento da repressão.

3.2. Efeitos na sociedade: benefícios ou malefícios?

Até aqui foram feitas várias descrições sobre o Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo, fazendo comentários sobre características, antecedentes históricos, bem como sua manifestação pelo mundo, inclusive no Brasil. Porém, os seus efeitos na sociedade são benéficos ou maléficos?

Vimos que, com o auxílio dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da lesividade e da adequação social, o aplicador do direito deve verificar, no caso concreto, se o bem jurídico possui relevância social, haja vista o Direito Penal ter de se abster de tutelá-los quando outros ramos do direito o fizerem eficazmente, se ocupando, destarte, apenas da parcela mais importante deles. Deve verificar ainda se, em verdade, a conduta prejudicará

⁹⁵ GOMES, Luiz Flavio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). **Revista Jurídica**, Ribeirão Preto/SP, ano II, nº 2, 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 24 nov 2010.

⁹⁶ JAKOBS; CANCIO MELIÁ, op.cit. p. 45.

⁹⁷ TORON, op. cit. p. 138.

esfera jurídica de terceiros, afora a ponderação da aceitabilidade/reprovabilidade do comportamento perpetrado.

A sociedade deve se atentar que, através do Direito Penal Mínimo, pode-se encontrar o bem-estar, a paz e a tranqüilidade sociais, opostamente ao que a mídia vem apregoando. Não é tipificando e punindo todos os comportamentos anti-sociais que se vai conseguir a diminuição da criminalidade e da impunidade. Pelo contrário, isso só prejudicaria o sistema judiciário penal, o que, aliás, já está acontecendo.

Nos últimos anos, vê-se, de camarote, o crescimento da teoria do Direito Penal do Inimigo, difundida por Gunther Jakobs, vertente do Direito Penal Máximo, nos mais diversos ordenamentos globais. Segundo esse pensamento, o Direito Penal deve atuar tanto para reprimir como para prevenir práticas delituosas. Desta forma, eleger-se-ia um inimigo por critérios puramente políticos sobre o qual o ramo jurídico penal poderia atuar com toda a sua força e despido dos direitos e das garantias conferidas aos delinqüentes em geral.

Apesar de muito atrativa teoricamente, na prática torna-se perigosíssima nas mãos de um governante mal intencionado, posto que o conceito de inimigo é absurdamente vago, de forma a permitir interpretações diversas.

A lógica do Direito Penal Mínimo, como visto, parece ser a mais razoável dentre as apresentadas. É recheado de princípios garantistas, mas, em tese, deve sempre estar pronta para atuar e reprimir as condutas mais graves contra a sociedade. Tal tese, não traz os vícios extremistas do Direito Penal Máximo como a punição exacerbada de crimes menos ofensivos.

A posição equilibrada pregada pelo Direito Penal Mínimo é a mais racional. Só se pune com rigor as condutas mais relevantes. As de pouca monta podem ser reprimidas através de penas outras que não a privação de liberdade, mesmo que continuem inseridas no âmbito de proteção do Direito Penal, ou por meio de reparações pecuniárias, se sobrarem ao Direito Civil, ou pelo cumprimento de quaisquer outras penalidades impostas pelos Direito Administrativo e Tributário.

Finalmente, reconhece-se que o Direito Penal Máximo é um malefício, pois de viés simbólico, representa um retrocesso muito perigoso para a dignidade humana, deixando, a porta aberta para a lei do mais forte em desfavor do inimigo escolhido pelo Estado.

CONCLUSÃO

O Direito Penal deve-se ocupar com as condutas que malferem bens jurídicos de considerável importância para a sociedade, para que possa, na proteção desta, dar eficácia a seus próprios preceitos, deixando aos ramos jurídicos remanescentes a tarefa de tutelar os bens de menor relevância social. É na atuação moderada do Direito Penal que está a solução de sua mais eficaz existência. Assim, a ideia de que o Direito Penal é a solução de todos os problemas sociais é um erro grosseiro.

O princípio da insignificância conjugado com outros princípios como o da intervenção mínima, da fragmentariedade, da lesividade, da adequação social, da proporcionalidade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, daria ao Direito Penal um sentido minimalista, conforme os ditames de efetiva justiça.

Estariam no ordenamento para limitar tanto o legislador, na oportunidade de criação da norma penal, como o aplicador do Direito, quando da sua atividade jurisdicional, no que concerne ao âmbito de atuação do Direito Penal, de forma a evitar abusos e desproporcionalidade.

Porém, com o aumento dos atentados terroristas, principalmente após o 11 de setembro de 2001, tem-se, no cenário internacional propagado o combate e prevenção ao terrorismo, surgindo como alternativa a tese criada pelo alemão Gunther Jakobs.

No Direito Penal do Inimigo existem pessoas e não-pessoas (os inimigos), pessoa é quem oferece garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal. Por outro lado, inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, abandonou o Direito de modo duradouro e não somente de maneira incidental.

Levando-se em consideração que vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual os direitos humanos são inerentes a cada indivíduo, o *status* de pessoa não pode ser ou deixar de ser atribuído a alguém, então, não existiria não-pessoa, consequentemente não poderá ser aplicado o Direito penal do inimigo.

Todavia, como vimos, a utilização do Direito Penal deve obedecer sempre à condição de *ultima ratio*, e não *prima ratio*, isto é, ele só deve ser aplicado quando necessário, quando for indispensável à proteção dos bens mais importantes e vitais ao bem estar social.

É possível uma legislação penal mais rigorosa, desde que sejam respeitadas as garantias processuais. Contudo, é preciso diferenciar, legislativamente, o crime comum dos crimes que ameaçam a existência do Estado (terrorismo, tráfico de arma e de drogas, por exemplo), lembrando sempre que o Direito Penal não pode ser a principal solução do Estado para a questão da segurança pública. Segurança pública se faz, também e principalmente, com políticas sociais de inclusão do homem em toda a cadeia produtiva.

Finalmente, reconhece-se que o Direito Penal do Inimigo representa um retrocesso muito perigoso, posto que afeta vários princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Flávio Roque da Silva. **O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir.** Revista dos Tribunais, v. 882, ano 98, abril de 2009, p. 339-376.

BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004

BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. A globalização e os novos paradigmas do Direito Penal no combate ao terrorismo. **CONPEDI**, Florianópolis/SC, 28 mar. 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo” **Ministério Publico do Maranhão**. Trad. Themis Maria Pacheco de Carvalho. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/AS_REFORMAS_PARTE_ESPECI AL_DIREITO_PENAL_ESPANHOL.doc>. Acesso em: 15 nov. 2010.

DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos:** a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo.** Trad. Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). **Revista Jurídica**, Ribeirão Preto/SP, ano II, nº 2, 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado:** enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. 2^aed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2009.

_____. Direito Penal do Inimigo. **Rogério Greco** Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/blog/?page_id=31>. Acesso em: 18 nov. 2010.

_____. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 9. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**, noções e críticas. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais anotada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal do Inimigo. Breves Considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?. Folha de São Paulo, 27 jul. 2004, 'Tendências/Debates'.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

_____. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de; Smanio, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 41-42. Mar/Abr. 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal:** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do Direito Criminal.** Leme/SP: Editora de Direito, 2000.

SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. *A aplicação do princípio da insignificância no roubo é possível?* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10012>. Acesso em: 14 nov.2010.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro. Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 521, 10 dez. 2004. Disponível em: <<HTTP://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037>> Acesso em: 15 nov.2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal.** Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.