

## NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PARA A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Gustavo Souza Preussler<sup>1</sup>

*“Das simples considerações das verdades até aqui expressadas advém a evidência de que a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado. Como pode um organismo político que, em lugar de se dar às paixões, de ocupar-se exclusivamente em colocar um freio nos particulares, exercer crueldades inócuas e utilizar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um desgraçado nas torturas tirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já praticada? Não. Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime”.*

(Beccaria, 2005, p. 49)

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Do método e da desconstrução; 2.1. (Neo)constitucionalismo; 2.1.1. Origem, conceito e conteúdo; 2.1.2. Instrumentos do (neo)constitucionalismo; 2.1.2.1. Força normativa dos princípios constitucionais de garantias; 2.1.2.2. Hermenêutica constitucional garantista-penal; 2.2. A ductibilidade de princípios e valores e a constituição plural como desconstrução do sistema penal do inimigo; 3. (Des)emulsão direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: Patrioact e sua ruptura na era pós-Bush; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

### RESUMO

O presente artigo tem como finalidade apresentar um método para a desconstrução do direito penal do inimigo, sendo este a edificação teórica da exclusão punitiva denegatória dos direitos humanos fundamentais, em verdadeira divisão de categorias de seres humanos, as pessoas e as não pessoas. Assim, com a construção neoconstitucional do sistema punitiva a pretensão é o repúdio e a desemulsão da exceção no tratamento penal como regra.

<sup>1</sup> Graduado em direito (2004) Pós-graduado em docência no ensino superior (2006) Mestrando em Ciência Jurídica Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná Aprovado no concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor da Universidade Federal do Mato Grosso. Autor das obras: Aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no Injusto Negligente (Sergio Antonio Fabris Editor: 2006); Abuso de Autoridade (Imprimais: 2007) e Dominação Punitiva (2008).

## PALAVRAS CHAVE

Direito penal do inimigo; Direitos humanos fundamentais - neconstitucionalismo.

## ABSTRACT

This article aims to provide a method for deconstruction criminal law of the enemy, which is a theoretical construction of the exclusion penalty denegatória of fundamental human rights, in real division of categories of human beings, people and non-persons. Thus, with the construction of the punitive neoconstitucional the claim is the rejection and *desemulsão* the exception rule to treat as criminal.

## KEYWORDS

Criminal law of the enemy; Human rights - Neo constitucionalism.

## 1 INTRODUÇÃO

Em data de 11 de setembro de 2001, o mundo presenciou um verdadeiro *espetáculo* anti-humanidade, era o ataque terrorista investido contra os Estados Unidos da América, nas torres gêmeas do *World Trade Center*, um centro que representava a estabilidade, soberania econômica e capitalista do Estado atacado, que era até então considerado como *impenetrável*.

Tanto estes elementos de faticidade, como outros, são diretamente *modus operandi* de influenciar o legislador em modificar o seu *atuar legiferante*. Um exemplo é o endurecimento de penas por práticas de crimes hediondos, contra a criminalidade organizada e outras modalidades criminosas, cujo bem jurídico afetado acarrete uma ofensividade difusa ou coletiva e nos inconstitucionais delitos denominados *crimes contra a soberania nacional*.

A política pública repressiva de *exceção como regra* tem recebido força em progressão geométrica, e as garantias constitucionais dos imputados, sofrido os efeitos da inflação legislativa das leis de luta e de contenção social excludente.

No presente trabalho, em um primeiro momento será tratada a conexão dos valores e princípios constitucionais, e sua coexistência em um postulado pós-positivista do *ius puniendi* com sua relação dialética para com o sistema punitivo de exceção como regra (infra 2). Posteriormente, será abordada como tema o neoconstitucionalismo (infra 2.1) e de seus instrumentos de efetivação no sistema jurídico (infra 2.1.2.1 e 2.1.2.2), bem como a existência e necessidade da ductibilidade do direito. Por fim, mas sem a pretensão de exaurir a temática, será abordada a desconstrução ou *desemulsão* do direito penal do inimigo com a dissolução do ato patriótico norte-americano (infra 3).

Os efeitos desta postura totalitária de exclusão social através do sistema penal - cuja inspiração é o próprio fenômeno expansionista - enseja a própria desconstrução de um sistema de garantias-penais, consagrado através de tanto tempo de luta e

consolidação de preceitos éticos-constitucionais e de direitos humanos. Diferente do postulado jakobiano que pretende inaugurar o Direito penal do inimigo como categoria autônoma de Direito Penal, legitimando o antigarantismo em decorrência da não aplicabilidade dos Direitos e Garantias Fundamentais àqueles etiquetados como *não pessoas*, também denominados de *inimigos*. Sendo este a do expansionismo e do punitivismo.

As argumentações, apesar de bem construídas, orientadas por um momento de extremismo e revolta cosmopolita e cosmopolitizada, trata-se de uma modalidade de legitimar o Direito alternativo (político) para fins subversivos, construção teórica que não deve ser mantida em adequação ao que disponibiliza o (neo)constitucionalismo (garantismo).

O objetivo fim do presente trabalho, sem pretender antecipar o final na integralidade ao leitor é demonstrar que o direito penal do inimigo é violador do princípio da dignidade da pessoa humana e que o neoconstitucionalismo é a sua antítese, sendo essencial para a reafirmação de um Estado Democrático de Direito.

## 2 DO MÉTODO E DA DESCONSTRUÇÃO

Acima de tudo, em um momento abstrato e principiológico, pode-se dizer que os valores constitucionais de garantia detêm força e influência sobre o sistema penal<sup>2</sup>, relação dialética que por um lado defende a liberdade e de outro a sua restrição. Não é diferente no Direito penal do inimigo, pois mesmo em um regime de exceção constituído por Poderes Soberanos o Estado de Direito ainda existe, pois a exceção seria uma forma de subsistência do Estado de Direito e do afastamento do *caos absoluto*<sup>3</sup>. A grande problemática tratada no respectivo trabalho é certamente a justaposição da *exceção* como *regra permanente*<sup>4</sup>, retornando aos sombrios tempos de guerra de todos contra todos<sup>5</sup> (Caos Beligerante), cujo maior incentivador foi o imperialismo estadunidense pós-11 de setembro e a política da tolerância zero.

O Direito penal e o Direito Constitucional possuem pontos de contatos. Logo, há evidente influência da vontade política desta espécie de tutela jurídica. Neste foco, o *etiquetamento* como modelo de sistema punitivo não deve ser admitido, devendo o *ius puniendi* ser permeado de eticidade, pois é a pessoa humana que deve ser respeitado neste tipo de proteção estatal, para que não se converta o *agir comunicativo* em um

<sup>2</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 16.

<sup>3</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. 2. reimpressão. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 23-36.

<sup>4</sup> *Idem*. **Estado de Exceção**. Col. Estado de Sítio. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Biotempo, 2007, p. 9 e SS.

<sup>5</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 98.

atuar punitivo. Neste aspecto, Francesco C. PALAZZO, preconiza sobre o perene problema da justificação política da pena:

*“É perene problema da justificação da pena que se apresenta, dificilmente podendo adequar-se à idéia de que, de novo uma pena terrena, expressão de um sistema de justiça e de uma ordem de valores tidos como absolutos só porque impostos pelo Estado (a punição **quia peccatum est**), ou, ainda, expressão de uma filosofia utilitarista que não hesita em instrumentalizar o homem – programando, verdadeiramente, a transformação de sua personalidade – para evitar o cometimento de novos ilícitos (a punição **ne peccetur**).”<sup>6</sup>*

A subtração de todas as garantias fundamentais da pessoa humana converte o indivíduo para o *status de homos normativus* garantidor, acarretando evidente desconsideração do valor-fonte da dignidade da pessoa humana.

Existem diversas formas de desconstrução do Direito penal do inimigo. Porém, a meta-forma é o garantismo constitucional, que engloba todas as demais formas de rupturas, principalmente no que concerne para com a intangibilidade da pessoa humana, aporte que liga as barreiras intransponíveis das garantias fundamentais como limite da atuação do Estado, ou simplesmente, penetração dos valores constitucionais no sistema penal<sup>7</sup>.

Poderiam ser elencados os seguintes submétodos do neoconstitucionalismo: *força normativa dos princípios constitucionais de garantias, hermenêutica constitucional garantista-penal e controle difuso de constitucionalidade*. Todos estes instrumentos consolidados com o mandato de otimização vetorial-axiomático da dignidade da pessoa humana e o fator político de desemulsão do direito penal do cidadão e do direito penal do inimigo na era pós-Bush - tendo em vista o fechamento da prisão estadunidense em Cuba (Guantánamo)-, demonstra, *a priori* a junção dos dois pólos do *ius puniendi*, extinguindo o estado punitivo de exceção como regra.

<sup>6</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 17.

<sup>7</sup> Vide Francesco C. Palazzo: “Para uma melhor avaliação da influência dos valores constitucionais no direito penal, deve-se levar em conta uma primeira distinção entre ‘princípios de direito penal constitucional’ e ‘princípios (ou valores) constitucionais pertinente à matéria pena’. Os primeiros apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade etc) e, sem dúvida, delineiam a ‘feição constitucional’ de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduos e Estado no setor delicado do direito penal.” (*Idem. Ibidem*, p 23)

## 2.1 (NEO)CONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo inaugura uma nova cultura jurídica, calcada no ideário metateórico de isonomia, simétrico para com a materialidade constitucional e sistêmica com os seus direitos e garantias fundamentais. Consiste ainda nestes, a própria interpretação da moral pública<sup>8</sup>, que deve irradiar, inundar ou impregnar o sistema jurídico<sup>9</sup>.

Por outro lado, apesar de integrar um sistema protetivo ao ser humano, o próprio sistema fundamental do neoconstitucionalismo acaba incidindo como uma forma de justificação ou argumentação sobre as restrições impostas, isto se dá de forma clara na seletividade de bens jurídicos na construção da tutela penal, que não é livre, mas sim deve possuir dignidade, merecimento e necessidade de transposição ao *ius puniendi*, sob pena de ser uma tutela supérflua. Por outro lado, não teria a soberania Estatal a capacidade integral para a construção da tutela penal? Ou simplesmente o poder de punir é contido em sua integralidade no momento da criminalização (em uma visão libertária)? Existe uma ponderação fiscalizante deste poder? São todas estas questões que pretendem responder o neoconstitucionalismo no foco do *ius puniendi*<sup>10</sup>.

Apesar do poder legiferante possuir margem de discricionariedade para criminalizar condutas, que muitas vezes acaba convertendo-se em liberdade absoluta ou libertinagem absurda, existem elementos de conteúdo moral-pública que conterà a pena. Como exemplo, pode-se citar o princípio da proporcionalidade em que um sentido estrito, que limita a pena sob o pressuposto de que nenhum caso pode sobrepor-se ao ponto de lesionar o valor fundamental da justiça inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como conter a atividade pública arbitrária e violadora da dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>. Assim, a ponderação, método de aplicabilidade do neoconstitucionalismo na factibilidade, trata-se de uma referência de concretização do princípio da proporcionalidade. Neste aspecto cita Luís Pietro Sanchís:

*“(...) o exercício do ius puniendi não representa um espaço isento ao controle de constitucionalidade através do juízo de ponderação, e ocorre por duas razões: porque toda a pena deve considerar-se como uma afeição de direitos fundamentais, e toda afeição desta classe detém uma carga de justificação; e porque o próprio tipo penal, na medida em que seja ou possa conceber-se como um limite ao exercício de direitos, constitui também uma forma de afeição dos mesmos e por idênticas razões tem de adequar-se a essa exigência de justificação. De maneira que a conexão entre direito*

<sup>8</sup> “La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2008, p. 47).

<sup>9</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. El Neoconstitucionalismo de Los Derechos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 216.

<sup>10</sup> *Idem. Ibidem*, p. 225.

<sup>11</sup> *Idem. Ibidem*. p. 227.

*penal e direitos fundamentais é dupla: em virtude da pena e em virtude da conduta tipificada que limita e circunscreve a esfera do legítimo exercício dos direitos. A segunda conclusão é que, com uma somente exceção, o controle de constitucionalidade se formula hoje nos termos de extraordinária cautela.”<sup>12</sup>.*

O neoconstitucionalismo se integra com a afirmativa: os direitos fundamentais da Constituição são princípios, aplicando-se judicialmente, através da ponderação. Logo, divide-se a aplicabilidade do neoconstitucionalismo em três partes: i) *Categoria dos Direitos Fundamentais como Princípios*; ii) *Aplicabilidade Judicial* e iii) *Mediante Ponderação*<sup>13</sup>.

### 2.1.1 Origem, Conceito e Conteúdo

A transmutação do direito natural para o direito positivista inaugura a ordem do direito positivista duro, mais especificamente disposto na obra *Teoria Pura do Direito* de Hans KELSEN. Algumas constituições são verdadeiras cartas de navegação em que o Estado é direcionado para determinado fim e alcance, não se limitando ao fato da existência de formas de governo ou limitação de poderes políticos, mas sim, de verdadeiros postulados que devem orientar a sociedade como se fosse uma bússola, denominada direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e inflexíveis hermeneuticamente quanto orientada à restringir direitos, bem como ampliada e maximizada quando para defender a *natura naturandi* (inato *status* de ser humano) da dignidade da pessoa humana. Este procedimento de *invasão*, mais especificamente de permeabilidade no sistema infraconstitucional, detém a matriz de legitimar o sistema materialmente, principalmente o penal, pois este aflige um dos direitos e garantias fundamentais mais importantes do ser humano, a liberdade. Assim, deve haver “a necessária união entre os conceitos formais e materiais da Constituição.”<sup>14</sup>.

A maiêutica do neoconstitucionalismo direcionado ao sistema punitivo (garantismo penal) surgirá na crise de paradigma Estatal, em que a ruptura dos direitos e

<sup>12</sup> “Llegados a este punto, estamos em condiciones de aventurar algunas conclusiones sobre el estado de la cuestión. La primera esta que el ejercicio del *ius puniendi* no representa um espacio exento al control de constitucionalidad a través del juicio de ponderación, y ello por dos razones; porque toda pena debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, y toda afectación de esta clase conlleva una carga de justificación; y porque el próprio tipo penal, em la medida em que sea o puede concebirse como um limite al ejercicio de derechos, constituye también una forma de afectación de los mismos y por idénticas razones há de adecuarse a ea exigência de justificación. De manera que la conexión entre derecho penal y derechos fundamentales es doble: em virtud de la pena y em virtud de la conduta tipificada, que limita o circunscribe la esfera del legítimo ejercicio de los derechos. La segunda conclusión es que, com uma sola excepción, el control de constitucionalidad se formula hoy em términos de extraordinária cautela”. (*Op. cit.*, p. 229).

<sup>13</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 301.

<sup>14</sup> CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 33.

garantias fundamentais serão o seu reflexo, necessitando da teorização abstrata para a concretização empírica dos postulados de garantia da pessoa humana. Esta ruptura está calcada no pós-positivismo em detrimento ao positivismo.

O positivismo clássico, em que possui um dos maiores expoentes Hans Kelsen, detém suas matrizes voltadas na legitimação interna da norma (vigência), independentemente de um critério de validade substancial ou material (eficácia). Assim, a validade de uma norma estaria consubstanciada na própria ideia de vigência, ou nas palavras do pensador em apreço, “a vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular a das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processo espaço-temporais”<sup>15</sup>. Prossegue sobre a validade, asseverando que o domínio dos processos mencionados anteriormente detém como elemento material o homem<sup>16</sup>. A teoria pura do direito, apesar de ser antropocêntrica, acaba ignorando elementos atrelados à justiça social e obediência e adequação para com os preceitos garantistas próprios dos modelos (neo)constitucionalizados, dos Estados Democráticos de Direitos.

Logo, a pretensão do garantismo é a busca de melhores resultados do que a norma oficialmente posta e imposta. Mas o que vem a ser garantismo? Para Luigi Ferrajoli, o presente conceito de garantismo, deve ser voltado à meta-parâmetro: de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, cuja obediência dos sistemas de garantias (SG), estão calcados na intensidade do sistema de proteção constitucional vigente em determinado Estado, podendo ser amplo ou restrito. Esta mensuração dos direitos e garantias e da intensidade do sistema garantista se atribui basicamente pela construção histórica dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, pois aqueles são projeções utópicas de eficácia negativa, ou seja, negam o autoritarismo passado, refletindo para o futuro o sistema de garantia e a sua intensidade vigente como método de reprovação do próprio arbítrio Estatal.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, a interpretação de todo o sistema jurídico deve ser invertido ao ponto de que toda a aplicação concreta do direito seja permeada pelos direitos e garantias fundamentais. Este giro hermenêutico denomina-se garantismo. Não sendo diferente a sua concretização no direito penal, pois a pretensão primeira do sistema neoconstitucional (garantista) é o afastamento dos arbítrios Estatais contra o cidadão. O garantismo assim, preconiza um modelo de sociedade, cujos

<sup>15</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.

<sup>16</sup> “Além dos domínios de validade espacial e temporal pode ainda distinguir-se um domínio de validade pessoal e um domínio de validade material das normas. Com efeito, a conduta que pelas normas é regulada é uma conduta humana, conduta de homens, pelo que são de distinguir em toda a conduta fixada numa norma um elemento pessoal e um elemento material, o homem, que se deve conduzir de certa maneira, e o modo ou forma por que ele se deve conduzir. Ambos os elementos estão interligados entre si por forma inseparável. Importa aqui notar que não é o indivíduo como tal que, visado por uma norma, lhe fica submetido, mas o é apenas e sempre uma determinada conduta do indivíduo. O domínio pessoal de validade refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada pela norma.” (*Idem. Ibidem*, p. 15)

direitos devem ser interpretados segundo a Constituição. Neste aspecto cita Luigi FERRAJOLI:

*“a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos **direitos fundamentais** dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.”<sup>17</sup>.*

Contraponto que se faz é que o sistema garantista não incidiria como método de proteção dos chamados *inimigos*, pois estes não podem ser protegidos por um instrumento Estatal denominado contrato social se em verdade eles negaram vigência deste instrumento através da obtusa prática de denegação das expectativas cognitivas, ou padrões de condutas fixados pela sociedade de risco.

Apesar do pensamento garantista se calcar no juspositivismo, deve-se separar suas modalidades críticas e dogmáticas. O pensamento de Luigi FERRAJOLI, que inaugura a aplicabilidade do garantismo no sistema punitivo, nada mais é que um pensamento juspositivista crítico, separa também o critério de validade formal e o critério de validade material como preceito de justiça social. Mas somente é alcançável esta, quando houver igualdade nos direitos fundamentais, denominada como o respeito ao valor-fonte da dignidade da pessoa humana e sua coexistência com o princípio da tolerância<sup>18</sup>, formalizando um sistema garantista e voltado à obediência dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão.

Crítica que se faz ao modelo neoconstitucional é a permissibilidade de que determinados valores caiam em um vazio ontológico, seja pela permeabilidade de seus conceitos ou pela flexibilização de seus postulados por intermitência antidemocrática, ou pelo domínio de instrumentos políticos ilegítimos ou subversivos, tal como as guerras ideológicas ou influência antidemocrática na criminalização de condutas, violando os mandatos de criminalização em detrimento aos preceitos de direitos e garantias fundamentais do cidadão (otimização).

A síntese desta obra detém como primado um positivismo geral, autosuficiente, não necessitando de ciências alheias ao direito para que o mesmo seja implementado, conhecendo seu próprio objeto, ou seja, “quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 790.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 831-881.



dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.”<sup>19</sup>.

Extraíndo a ordem do pensamento kelseniano, verifica-se que a norma é o *dever-ser* da conduta humana.<sup>20</sup> Nota-se a origem da *teoria da vigência da norma* somente como denominação, correspondente ao juízo de validade formal e não material do dispositivo voltado ao *dever-ser* da conduta humana, determinada espacial e temporalmente.

Esta vigência a que se reporta a teoria pura do direito é independente da eficácia. Para um sistema punitivo antecipador da tutela penal, antecipa-se os efeitos da ofensividade delitiva para a prevenção, projetando a validade material no âmbito espacial e temporal da validade formal (vigência), esta projeção está atrelada ao próprio direito penal do inimigo, em que a ordem do *dever-ser* corresponde ao próprio *ser*.<sup>21</sup>

Por outro lado, há o positivismo exclusivo e inclusivo, relativo ao meta-positivismo denominado de brando, sendo o inclusivo vinculado aos elementos principiológicos de justiça e valores morais das normas, cujos expoentes são Ronald Dworkin<sup>22</sup> e Herbert L.A. Hart<sup>23</sup>. Positivismo brando a) positivismo exclusivo; b) positivismo inclusivo.

A natureza do positivismo jurídico para Hebert L.A. Hart, respondendo as críticas de Ronald Dworkin, divide-se em três: *i*) o positivismo como uma teoria semântica; *ii*) o positivismo como uma teoria interpretativa e *iii*) o positivismo moderado propriamente dito. A primeira teoria, demonstra que o direito não convertido em regras de condutas não pode ser denominado em imperativo categórico pois sua significação semântica é flexível quanto a aplicação do caso concreto<sup>24</sup>. No segundo momento, e mais importante ao ressurgir do funcionalismo sistêmico, dispõe que “(...) todos será destinatários de uma advertência leal, antes do uso de coerção. A isto chama Dworkin “o ideal das expectativas protegidas”, mas, para ele, os seus méritos não compensam, afinal, os seus

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 5. E ainda: “Quando se diz que o *dever-ser* é ‘dirigido’ a um ser, a norma a uma conduta fática (efetiva), quer-se significar a conduta de fato que corresponde ao conteúdo do *dever-ser*, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo ser) – mas que se não identifica com ela, por força da diversidade do modus: ser, num caso, *dever-ser*, no outro.” (*Idem. Ibidem*, p. 7)

<sup>21</sup> “Como vigência da norma pertence à ordem do *dever-ser*, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão.” (*Idem. Ibidem*, p. 12)

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>23</sup> HART, Hebert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007

<sup>24</sup> *Idem. Ibidem*, p. 306-307.

vários defeitos”<sup>25</sup>. Para Dworkin, a pretensão da explicação da finalidade do direito é justificar o uso da coerção. Assim, há um ponto de contato entre a visão dworkiniana e a funcionalista do direito penal do inimigo, são as expectativas de proteção. Em um terceiro momento da evolução do positivismo ponderado, para se chegar na interpretação neoconstitucional do sistema punitivo, a legitimação que pretende Dworkin a teoria de H.L.A. Hart, não se coadunam, pois aquele pretende categorizar a legitimação da lei através da declaração jurisdicional, enquanto o positivismo hartiniano de nada condicional o preceito para alcançar eficácia.

A meta-validade (vigência, eficácia e eticidade) do sistema punitivo deve ser conexo à ductibilidade dos sistemas de garantias fundamentais da pessoa humana, cuja cisão em pessoas e não pessoas encerra a ressurreição dos mais sombrios de nossos tempos, o século XX, talvez, senão com certeza, o mais sangrento que existiu em toda a história da humanidade. Razão pela qual é essencial tratar do neoconstitucionalismo penal.

A dicotomia da injustiça e da insegurança acarreta a necessidade de uma resposta Constitucional e infraconstitucional-constitucionalizada. Como elementos que fazem evoluir o direito como paradigma de transição autoritário para constitucionalizado, também denominado como marco filosófico de pós-positivismo<sup>26</sup>.

A tentativa de retirada das garantias fundamentais do cidadão no que concerne ao Direito Penal, é excluir sua razão primeira, ou seja, a denegação da dignidade da pessoa humana em razão da denegação da vigência da norma e *violação da expectativa cognitiva* que o sistema social pretende averiguar. Porém, denegar o direito penal do cidadão a toda a pessoa humana, trata de uma maneira de derrogar o próprio sistema de Direitos humanos, ainda que este seja retirado da órbita de vigência, permanecerá com eficácia, pois estes estão atrelados à metafísica do homem e transcende a qualquer texto escrito.

*“Sim, mediante uma palavra o mais apropriada possível, quiséramos indicar o sentido deste caráter essencial do direito dos Estados Constitucionais atuais, quiçá poderíamos usar a imagem da ductibilidade. A coexistência de valores e princípios, sobre o que hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus acontecimentos de unidade e integração e ao mesmo tempo não estar incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que devem conviver. Somente assume caráter absoluto ao metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (no que se refere ao aspecto procedimental). Estas são, ao final, as supremas exigências constitucionais de toda a sociedade pluralista que queira ser e*

<sup>25</sup> *Idem. Ibidem*, p. 310.

<sup>26</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

*preserve como tal. Unicamente neste ponto deve valer a intransigência e unicamente nas antigas razões da soberania ainda tem de ser plenamente resguardadas.*<sup>27</sup>.

A matriz do pós-positivismo resta evidente, no pós-guerra, em que os atos normativos inspirados pelo Estado não encerram em si uma presunção de legitimação externa (eficácia). Assim, “a lei nem sempre será um instrumento do bem, da justiça, da razão.”<sup>28</sup> Da mesma forma em que na época do nazismo, a legitimidade das leis foram questionadas no período do pós-guerra, o pós-positivismo, apesar de não desprezar o texto legal, reconhece o direito e seu conteúdo, mas não se esgota nestes. Os valores da sociedade devem ser compartilhados como preceito de comunitarismo e justiça social, simétricos para com o contexto social, possuindo uma finalidade: “a) uma reaproximação entre o Direito e a filosofia, entre o Direito e a ética; b) o reconhecimento de normatividade aos princípios, que são a via pela qual os valores ingressam na ordem jurídica; c) a centralidade dos direitos fundamentais e as múltiplas implicações daí resultantes.”<sup>29</sup>.

Da mesma forma, o ato patriótico e todos os textos legais provenientes da guerra ideológica contra o terrorismo detém, uma legitimação material questionável, que deve ser averiguada com reservas e se for identificada a sua ilegitimidade (inconstitucionalidade), devem os instrumentos de desobediência dos atos autoritários inspirar a conduta humana.

A constitucionalização do direito em sua relação histórica detém como primado a eficácia negativa da constituição, negando-se o passado, prevendo no presente a existência de direitos e garantias fundamentais e pretendendo no futuro a proibição daquilo que se fez no passado. Trata-se da revalorização da história que se dá através desta *eficácia negativa* ou *utopia concreta Constitucional*.

*“A constituição de nosso tempo convive com o passado – renunciando a sua repetição em alguns casos, como a demonstração das cláusulas de imodificabilidade da constituição alemã, destinadas a decidir “nunca mais” as experiências como a vivida sobre o regime nazista -, porém se constitui sobre todo como uma aspiração de futuro, é*

<sup>27</sup> Tradução livre do mestrando: “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a SUS cometidos de unidad e integración y la mismo tiempo no hacerse incompatible con sua base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo Del pluralismo de los valores (em lo tocante al aspecto substancial) y la lealtad em su enfrentamiento (em lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente em este punto debe valer la intransigencia y únicamente em El las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008, p. 14-15).

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 508.

<sup>29</sup> *Idem. Ibidem*, p. 508.

*decidir, como uma espécie de “utopia concreta” para usar o conceito lembrado por Jürgen Habermas.”<sup>30</sup>.*

No Brasil também não é diferente a denegação como eficácia negativa constitucional em razão do regime militar, através de garantias constitucionais como a proibição da tortura, nega-se o autoritarismo.

Assim, o Direito Penal do inimigo é a negação da negação, pois abdica da eficácia negativa como garantia através da reafirmação de um sistema autoritário e vil<sup>31</sup>, calcado na ideia objetivista do risco e no adimplemento da cláusula da obediência das expectativas normativas.

Esta fragmentação evidencia a realização de uma humanidade real na convivência social, o respeito da dignidade da pessoa humana como valor-fonte da Constituição e a justiça social como base da solidariedade no marco da igualdade e da liberdade, bem como na criação de condições socioeconômicas para a livre realização e emancipação humana, assim como o desenvolvimento da consciência social-política difusa, tal como da responsabilidade democrática<sup>32</sup>.

## 2.1.2 Instrumentos do (Neo)Constitucionalismo

Um Estado Social e Democrático de Direito, pretende acima de tudo primar pela pluralidade e pela coexistência de princípios e valores que orientam, permeiam e invadem o sistema jurídico, de tal forma que o condiciona como pressuposto de validade para a sua projeção material de seus efeitos. Por outro lado, o processo democrático não pode sofrer saturação jurídica. Através dos instrumentos acima descritos, podemos verificar que o sistema neoconstitucionalista está bem enraizado no sistema jurídico constitucional.

---

<sup>30</sup> Tradução livre do mestrando: “La constitucionalización de nuestro tiempo convive con el pasado – renunciando a sua repetición em algunos casos, como lo demuestran las cláusulas de inmodificabilidad de La constitución alemana, destinadas a decir “nunca más” a experiencias como La vida bajo El régimen nazi -, pero se constituye sobre todo como una aspiración de futuro, ES decir, como una especie de “utopía concreta” para usar el concepto recordado por Jürgen Habermas”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 10).

<sup>31</sup> “Os teólogos costumavam caracterizar como pecado original aquilo que hoje denominamos de coerção individual ou coletiva à repetição. Ralpf Giordano caracterizou a repressão do passado nacional-socialista (...). (HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1993, p. 69).

<sup>32</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 10.

### 2.1.2.1. Força Normativa dos Princípios Constitucionais de Garantias

Como postulado principal da *força normativa da constituição*<sup>33</sup>, esta é superior à força das normas jurídicas, que a normatividade da faticidade. Logo, a eficácia da Constituição ocorre entre realidade e norma.

Por outro lado, muitas vezes a realidade fluida e irracional, determina uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar<sup>34</sup>. Pontifica Konrad HESSE, que dentre outros elementos integradores o principal seria o condicionamento entre a Constituição e a realidade político-social e os pressupostos de eficácia da Constituição<sup>35</sup>.

Primeiramente, a condicionabilidade recíproca existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, refere-se ao “significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”<sup>36</sup>.

A separação do ser (*sein*) e do dever ser (*sollen*), é a separação entre realidade e norma, este movimento acarreta a dissociação entre norma e conteúdo da norma<sup>37</sup>. Porém, a força normativa da Constituição e, este argumento relativo da conexão e coexistência na norma e do fato, não podem ser utilizados para legitimar o *Estado de Exceção* como *Regra Absoluta*<sup>38</sup>. Apesar da realidade sociopolítica embasar a influência ao texto constitucional, o mesmo não poderá ser utilizado para consolidar a opressão e a exclusão social, mas sim a desobediência civil legítima e a dignidade da pessoa humana. Esta assertiva se impõe, pois a *força normativa* detém seu grau de eficácia quando a Constituição atinge a sua finalidade. Deste modo, a dignidade da pessoa humana, como

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

<sup>34</sup> *Idem. Ibidem*, p. 10.

<sup>35</sup> *Idem. Ibidem*, p. 13.

<sup>36</sup> *Idem. Ibidem*, p. 13.

<sup>37</sup> “Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplando o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”. (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 14-15)

<sup>38</sup> “A tradição dos oprimidos nos ensina que ‘o estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável”. (BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas 1: Magia e Técnica, Arte e Política**. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996, p. 226).

mandato de otimização, que deve ser atendido da maior maneira possível, dentro dos limites da situação de fato. Neste enfoque, atinge-se a sua eficácia, e em decorrência disto, a *força normativa da Constituição*. Cita Konrad HESSE:

*“A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição quanto à práxis constitucional.”<sup>39</sup>.*

Extraí-se sobre estes elementos, até então tratados, que mesmo que uma sociedade seja opressora, isto não legitima que a Constituição seja opressora, mas que por um movimento histórico que engloba todo o complexo social, deve a mesma ser estabilizadora da situação da realidade-social para alcançar a melhor eficácia dos Direitos e Garantias Constitucionais. Por outro lado, “a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento a sua ordenação objetiva”<sup>40</sup>.

### 2.1.2.2 Hermenêutica Constitucional Garantista-Penal

Em uma sociedade aberta de intérpretes em que se prima a participação democrática de todos os elementos integrantes do contrato social, para interpretá-lo e aplicá-lo. A democratização da sociedade engloba a ideia de proteção dos direitos e garantias constitucionais. Alguns intérpretes, por sua vez, estão voltados à concretização do direito constitucional e outros somente à pretensão do direito constitucional<sup>41</sup>.

O principal procedimento de hermenêutica constitucional para uma interpretação garantista, é a *adequação* ou interpretação conforme a Constituição. Logo, se determinado crime prevê penas que admitem a tortura, a Carta Magna incidirá para fins de limitação à ruptura da dignidade da pessoa humana.

As significações da interpretação Constitucional devem ser levadas em consideração quatro focos: *i) do modelo de Constituição aplicado; ii) dos sujeitos que*

<sup>39</sup> *Idem. Ibidem*, p. 20.

<sup>40</sup> *Idem. Ibidem*, p. 18.

<sup>41</sup> “A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num ‘elemento objetivo dos direitos fundamentais’ (*grundrechtliches Sachelement*). Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou *expert* no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido estrito realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada (...).” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 17)

produzem e interpretam a Constituição; iii) das técnicas de interpretação que se emprega; e iv) dos problemas de interpretação<sup>42</sup>.

No que concerne ao primeiro, cabe destacar que a Constituição Brasileira é escrita, analítica, não é concisa e biparte sua matéria em preceitos estruturais do Estado e em preceitos de princípios, direitos e garantias fundamentais, em um sentido lato. Em contrapartida, o segundo elemento, ou seja, os sujeitos que produzem e interpretam a Constituição, pode ser levada como matiz a existência de uma sociedade aberta de intérpretes que oxigenará a jurisprudência constitucional com a participação popular no processo hermenêutico da Constituição, já o órgão jurisdicional será bipartido, em que um atuará em verdadeira hermenêutica individual-constitucional e outro em hermenêutica difusa-constitucional, que é o caso das Cortes Supremas, em especial a nossa, o denominado Supremo Tribunal Federal. No terceiro foco, as técnicas de interpretação que se emprega, para a desconstrução do direito autoritário, sempre e em qualquer interpretação deve ser levado o elemento teleológico *pro homine*. E por último os problemas interpretativos.

A atuação do *direito penal de exceção como regra* afeta todos os focos acima descritos através de um ato construtivo somente, o impedimento ao acesso a justiça, obstaculizando os demais preceitos, seja impedindo o acesso dos *inimigos* aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Não possibilita, assim, o direito penal do inimigo a possibilidade de discussão da constitucionalidade antecipação da tutela penal (coação prisional); não havendo técnicas de interpretação a serem utilizadas para fragmentar a legalidade dos delitos (terror estatal); pois se o teleologismo é sempre voltado ao princípio *pro homine*<sup>43</sup>, não é aplicado aos inimigos, já que *inimigos são não pessoas* e assim sendo, não são destinatários nem da constituição, nem da hermenêutica constitucional para discussão do tratamento que os aflige.

A invasão constitucional nos ramos do direito, detém como elemento normativo expresso em nossa constituição, categorizando normas de conteúdo Constitucional, como vasos comunicantes aos outros ramos do Direito, tal como os Direitos Humanos para com o sistema punitivo como um todo. O critério de resolução antinômica, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), dispõe em seu artigo 26<sup>44</sup>, que prepondera a norma que mais defenda os direitos humanos fundamentais. Bem como de

<sup>42</sup> COMANDUCCI, Paolo. **Modelos e Interpretación de la Constitución**. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 53.

<sup>43</sup> “O princípio *pro homine* ainda encontra apoio em dois outros elementares princípios do Direito internacional: princípio da boa-fé e da interpretação teleológica. Por foga do primeiro, os tratados de direitos humanos são assumidos pelos Estados para que sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*). E mais de *boa-fé* (art. 26 da Convenção de Viena). De outro lado, devem se tornar efetivos *dentro da jurisdição interna*, tudo cabendo ser efeito para que sejam respeitados e para que cumpram se objeto e suas finalidades (nisso reside o princípio da interpretação teleológica)”. (GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de Direito e a Nova Pirâmide Jurídica**. Coleção de direito e ciências afins. Vol. 1. São Paulo: Máxima Premier, 2008, p. 52-53.

<sup>44</sup> BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, artigo 26.

que somente é admitido a suspensão de direitos e garantias dos seres humanos em caso de guerra declarada ou em caso de emergência, sem contudo possibilitar a mitigação do *status dignitatis*<sup>45</sup>.

Em contrapartida, apesar de todo o operador do direito proceder interpretação, em adequação a democrática tese da sociedade aberta de intérpretes, visando o pluralismo hermenêutico, um órgão Estatal especial - e isto ocorre nas sociedades determinadas como Estado Constitucional de Direito – procede um agir hermenêutico constitucional-vinculante. Assim, como ocorre no Supremo Tribunal Federal no Brasil, da mesma forma na Suprema Corte Estadunidense que detém o monopólio da interpretação Estatal vinculante da Constituição, e assim procedendo, por influência do ato patriótico de 2001, mitigou o princípio do acesso a justiça aos *suspeitos* de terrorismo. Somente em 2008, a Suprema Corte manifestou o seu posicionamento aceitando recursos dos detentos em Guantánamo, ocasionado ruptura dos limites contidos no artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

O que é importante ressaltar é que a jurisdição constitucional é um instrumento do neoconstitucionalismo para coibir e desconstruir todo e qualquer ato arbitrário do Estado. Neste aspecto cita Manuel Aragon REYES:

*“Sendo o constitucionalismo teórico e prático, esta consequência são também suas próprias condições. O constitucionalismo requer, em primeiro lugar, a existência de uns instrumentos jurídicos que garantam a aplicação da Constituição; e estes não são outros próprios do controle judicial, bem mediante a aplicação das normas constitucionais pelo tribunais ordinários ou bem, também, mediante a criação de uns tribunais específicos: os tribunais constitucionais. As constituições precisam de garantias políticas, por suposto, porém também, e inexoravelmente, de garantias, são possíveis, é decidir, efetivamente quando estão asseguradas por controles jurisdicionais.”*<sup>46</sup>.

Apesar dos direitos humanos serem desejáveis, ou fins que merecem sua persecução, Norberto BOBBIO cita que quem resiste ao Estado de Direito se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justas e boas<sup>47</sup>, logo estariam fora de um âmbito hermenêutico de proteção.

<sup>45</sup> *Idem. Ibidem*, artigo 27.

<sup>46</sup> Tradução livre do mestrando: “Siendo el constitucionalismo teoría y práctica, estas consecuencias son también, sus propias condiciones. El constitucionalismo requiere, em primer lugar, la existencia de unos instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución; y éstos no son otros que los propios del control judicial, bien mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales odrinarios o bien, también, mediante la creación de unos tribunales específicos: los tribunales constitucionales. Las constituciones precisam de garantías políticas, por supuesto, pero también, e inexoravelmente, de garantías jurídicas, solo posibles, es decir efectivas, cuando están aseguradas por controles jurisdicionales.” (CARBONELL, Miguel. **Teoria del Neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 36)

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 16.



Deste modo, lei, constituição (direitos fundamentais) e justiça devem existir e coexistir para que haja legitimação material das normas infraconstitucionais. Porém, retornando a discussão do direito penal do inimigo, a exclusão do suposto não cidadão do círculo discursivo da sociedade, tornando-se objeto-fonte de perigo e não destinatário de direitos e garantias fundamentais<sup>48</sup>, afastando o neoconstitucionalismo de aplicação e tenta legitimar o próprio sistema punitivo de exceção, como um *não direito* destinado para as não pessoas, logo sequer há de se falar em direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, não há como este argumento existir, o mesmo preceito era usado pelo nacional-socialismo que equiparavam outras raças como animais, ou ainda, como ratos, somente a raça ariana sendo a que engloba o conceito nietzscheniano de *super-homem*. Nesta esteira, na obra *Main Kampf*, em que Adolf Hitler, preconizava o anti-semitismo e o *apartheid* de sistemas jurídicos diversos para os pertencentes à raça anteriormente determinada e para as demais, dividindo a natureza humana em duas classes políticas, dos excludentes e dos excluídos. Não é diferente a leitura do ato patriótico de George W. Bush somente há alteração de atores, pois a ideologia da exclusão e da intolerância continua idêntica há sessenta anos atrás.

A prática acima mencionada nada mais é que a do terrorismo<sup>49</sup> determinado pelo Estado, em que a rigorosa ação punitiva através da lei penal, encontra seu fundamento e seu fim. Na mesma esteira, o ato de usurpação do acesso à justiça constitucional, bem como a hermenêutica constitucional de leis de exceção em um estado de garantia, converte este discurso da exceção como regra absoluta.

## 2.2 A DUCTIBILIDADE DE PRINCÍPIOS E VALORES E A CONSTITUIÇÃO PLURAL COMO DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PENAL DO INIMIGO

A soberania do Estado, na concepção catolicista de Carl SCHMIDT, mais especificamente em sua *Teologia Política*<sup>50</sup>, evidencia a legitimação de um sistema

<sup>48</sup> “Quanto as redes policiais de segurança (alternativa D-Pol), o desvio aparece como risco para a coletividade, exigindo que se coloque o desviante fora do estado de prejudicar, sem tratamento *corretivo*. A rede funciona de forma praticamente autônoma, quer se trate de operações gerais, de verificações de identidade ou de problemas particulares do controle dos estrangeiros. Certamente, um olhar da autoridade judiciária se desenvolveu, principalmente na França, durante os últimos anos. Ocorre que as verificações e controles de identidade permitem à polícia praticar a retenção, por uma duração que pode atingir quatro horas, de qualquer pessoa que não justificar sua identidade local. É uma retenção baseada não apenas na desconfiança de uma infração, mas também no caso – evocando simples desvios – em que a *segurança das pessoas e dos bens estiverem ameaçada*. (DELMAS-MARTY, Mireille. **A Imprecisão do Direito: Do Código Penal dos Direitos Humanos**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru: São Paulo, 2005, p. 136-137)

<sup>49</sup> “Terrorismo (do latim *terror*= que inspira pavor, seguido do sufixo *ismo*, que remete à doutrina ou ao sistema), constitui uma forma particular de violência utilizada com vistas a criar um clima de medo e insegurança, dele retirando efeitos desproporcionais aos meios empregados para sua realização”. (CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2009, p. 157).

<sup>50</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

autoritário e cuja intervenção de um Estado Soberano pelo outro, acarretaria em um sistema de *exceção*, revitalizando a figura do *homo sacer*<sup>51</sup>.

Porém, na atualidade, a soberania é da Constituição, próprio das sociedades pluralistas atuais<sup>52</sup>, principalmente no que condiz aos compromissos sociais para o progresso humanitário proibindo o retrocesso.

Inaugura neste diapasão a figura da ductibilidade<sup>53</sup> constitucional, que consagra a coexistência de princípios e valores constitucionais de garantia penal, enfrentando o autoritarismo Estatal. Neste sentido Miguel CARBONELL cita em prólogo feito na obra *História y Constitución* de autoria de Gustavo ZAGREBELSKY:

*“Os princípios requerem da dogmática constitucional de nosso tempo, estar mais aberta aos requerimentos da “política constitucional. Isto supõe elevar à graduação de “ductibilidade” nos seus anseios, de maneira que a interpretação da constituição não pré-conceitue as possibilidades do presente, senão que permaneça aberta aos que alguns autores tem chamado “o limite proibido” ou “a esfera do não decidido”.”*<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

<sup>52</sup> Sobre a participação do povo na democracia: “Acima de tudo, a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo.” (ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7)

<sup>53</sup> Tradução livre do mestrando: “Em italiano, o substantivo *mite* se predica aquilo que é calmo, tranquilo, apaziguador. Se oferece por ele várias possibilidades para sua tradução, entre as que se encontram, ademais as já citadas, são de sossego, doce, calmo, compreensivo. E tem escolhido, sem embargo, o termo “ductibilidade” para traduzir o original *mitezza* “Dúctil”, na língua castelhana, ademais de seu significado original, se utiliza em sentido figurado para indicar quanto algo ou alguém é acomodado, dócil ou condescendente, por o que me parece que se ajusta bem ao chamado que pode resultar. Desde logo, a eleição não é contestável, pois não deixa de ser heterodoxo no contexto jurídico chamar “ductil” ao direito, porém o mesmo sucede com a utilização do termo *mite* na cultura jurídica italiana”. No original: “En italiano, el calificativo *mite* se predica de aquello que es manso, tranquilo, apacible. Se ofrecen por ello varias posibilidades para su traducción, entre las que se encuentran, además de las ya citadas, las de sosegada, Dulce, calmoso, comprensivo. He escogido, sin embargo, El término “ductibilidad” para traducir El original italiano *mitezza*. “Dúctil”, em La lengua catellana, además de sua significado original, se tuiliza em sentido figurado para indicar qua algo o alguien ES acomodadizo, dócil, condescendiente, por lo que me parece que se ajusta bien AL significado que El autor há querido transmitir com El término *mite*, aunque también sea consciente de lo llamativo que puede resultar. Desde luego, La elección no ES incontestable, pues no deja de ser heterodoxo em El contexto jurídico llamar “dúctil” AL derecho, pero lo miesmo sucede con La utilización Del término *mite* em La cultura jurídica italiana”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. e Prefácio de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 19)

<sup>54</sup> Tradução livre do mestrando: “Los principios requieren de la dogmática constitucional de nuestro tiempo estar más abierta a los requerimientos de la “política constitucional”. Esto supone elevar el grado de “ductibilidad” em sus planteamientos, de manera que la interpretación de la constitución no prefigure las posibilidades del presente, sino que permanezca abierta a lo que se pueda decidir em el futuro – sin afectar a lo que algunos autores han llamado “el coto vedado” o “la esfera de lo no

Como duas grandes categorias, pode se separar os conceitos de *princípios de direito penal constitucional* e *princípios (ou valores) constitucionais pertinente à matéria penal*. Consistindo os primeiros vetores próprios da matéria penal, tal como da legalidade, da proporcionalidade, da humanização das penas, da pessoalidade (ou individualização da responsabilidade penal), com contornos constitucionais que gravitam no *ius puniendi* da pessoa humana. No que concerne os valores constitucionais pertinentes à matéria penal, reportam-se os mesmos não a matéria penal propriamente dita, mas à assuntos afins, tais como a economia, o meio ambiente, a estrutura familiar e demais valores sociais de conteúdo Constitucional<sup>55</sup>.

A permeabilidade do sistema constitucional, mais especificamente dos valores e dos princípios constitucionais de garantia penal, devem ser fulcrados de modo absoluto, pois a sua maleabilidade daria margem à uma incerteza dos direitos e garantias fundamentais ou de decisionismos Estatais, voltados à neutralização do sujeito e sua consequente reificação e redução no *status de coisa*. Assim, “a coexistência de valores e princípios, sobre ao que hoje deve basear-se uma Constituição para não renunciar os seus preceitos de unidade e integração e ao mesmo tempo não ser incompatível com sua base material-pluralista(...)”.<sup>56</sup>

### 3 (DES)EMULÇÃO DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO: PATRIOT ACT E SUA RUPTURA NA ERA PÓS-BUSH

Após a saída de George W. Bush do governo norte-americano, o novo presidente, demonstrando a ineficácia e irracionalidade da política da intolerância anteriormente apresentada através do Patriot Act (Ato Patriótico), revogou este diploma legal. Pouco então, tem se escrito sobre o presente fato político e a inversão discursiva da política-criminal vindoura<sup>57</sup>, porém, a reafirmação neoconstitucional se torna vidente no presente caso.

O discurso do medo e o terror institucionalizado dá azo à reafirmação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Os valores e ideais norte-americanos, pretendem vencer a luta contra o terrorismo, mas estas não devem se sobrepor aos axiomas anteriormente dispostos. A barbárie e a intolerância do Direito Penal do Inimigo inicia

---

decidible”.” (Miguel Carbonell *apud* ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. e Prefácio de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 13)

<sup>55</sup> PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 22-23.

<sup>56</sup> Tradução livre do mestrando: “La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible com sua base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma com carácter no absoluta, compatible com aquellos otros com los que debe convivir.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008, 14).

<sup>57</sup> Talvez de maneira inédita: SILVA, Ivan Luis Marques da. The land of the free, the home of the human rights. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 195, p. 18, fev. 2009.

seus pressupostos de decomposição, unificando novamente os dois pólos de uma mesma violência, o *terror institucional do Estado ao criar o sistema punitivo*.

Sob este foco, o Direito penal do inimigo e o Direito penal do cidadão retorna às mesmas formas abstratamente consideradas, com os mesmos direitos e garantias fundamentais garantidos pelas liberdades públicas. O fechamento de Guantánamo, a revogação do ato patriótico, a separação de classes não mais pelo sistema econômico, mas sim pelos pressupostos xenofóbicos de uma sociedade neoliberal estigmatizado pelo *choque* (11 de setembro), engloba pressupostos que torna a (des)emulsão dos seres humanos e dos *outros* em realidade.

#### 4 CONCLUSÃO

1. Na era punitiva pós-11 de setembro, percebe-se uma ruptura no conceito de pessoas e inimigos, inaugurando dois preceitos: de um lado, o direito penal do inimigo, e de outro do cidadão.

2. Com a ruptura acima mencionada, o neoconstitucionalismo deve ser considerado método para a descontração do sistema autoritário consolidado, seja através da coexistência de princípios e valores constitucionais atrelados à matéria penal, seja pela aplicação de instrumentos constitucionais de retenção da conduta autoritária estatal.

3. Com estes instrumentos – princípios, valores, hermenêutica constitucional e força normativa da constituição – o autoritarismo do sistema ajurídico e inconstitucional do direito penal do inimigo deve ser dissolvido para dar azo a uma meta-estrutura da desconstrução do autoritarismo, o neoconstitucionalismo.

#### 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. Col. Estado de Sítio. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas 1: Magia e Técnica, Arte e Política**. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto n° 678, de 9 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 novembro 1992.

CARBONELL, Miguel; GUASTINI, Riccardo Aragón; REYES; PAOLO, Comanducci; FERRAJOLI, Luigi; ZAGREBELSKY, Gustavo; FISS, Owen; ESTRADA, Alexei Julio; PISARELLO, Gerardo; COURTIS, Christian; SANCÍS, Luis Pietro; AMADO, Juan A. García; PULIDO, Carlos Bernal. **Teoria del Neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 15. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A Imprecisão do Direito: Do Código Penal dos Direitos Humanos**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru: São Paulo, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de Direito e a Nova Pirâmide Jurídica**. Coleção de direito e ciências afins. Vol. 1. São Paulo: Máxima Premier, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1993.

HART, Hebert. L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Ivan Luis Marques da. The land of the free, the home of the human rights. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 195, p. 18, fev. 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil**: Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **Historia y constitución**. Trad. e Prefácio de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.