

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

HERTHA URQUIZA BARACHO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Thiago Allisson Cardoso de Jesus; Hertha Urquiza Baracho; Renata Almeida da Costa.–
Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-525-

6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Ambiência de riscos, incertezas e paradoxos, a contemporaneidade brasileira é marcada pela efervescência de diversos paradigmas e teorias, influências notáveis para as políticas criminais, (re)dimensionadas a partir de interesses e racionalidades, alguns declarados e outros implícitos, que se desdobram na forma como o Estado, estrutura-estruturante, lida com os problemas penais aqui experimentados, compatibilizando-se com os preceitos constitucionais e de base garantista-humanitária.

Nessa senda, afigura-se a presente obra coletiva como instrumento fecundo para publicização de pesquisas científicas, reunindo os artigos submetidos e aprovados ao Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II para apresentação no XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado no período de 15 a 17 de novembro de 2017, na linda Ilha de São Luís, no Estado do Maranhão, com esmero organizado a partir da cooperação entre a Universidade Federal do Maranhão e a Universidade Ceuma, com o tema "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça".

Na pauta, a dogmática jurídica-penal, as necessárias reflexões zetéticas bem como a reflexividade garantista para (re)pensar institutos, discutir tendências, analisar o processamento criminal como expressão da mão forte do Estado e discutir (in) compatibilidades com a Constituição nessas quase três décadas de construção permanente de um dito Estado Democrático de Direito para o Brasil, marcado por históricas desigualdades sociais, estruturais e veladas.

Nesse sentido, as discussões, no viés do gênero, acerca do direito ao próprio corpo e a tutela penal do aborto; os paradigmas penais e o instituto visionário da Criminal Compliance; a relevância do planejamento familiar como instrumento de prevenção às práticas abortivas; as análises acerca dos descompassos na efetivação de um Direito Penal Juvenil no que refere-se à instrumentalização cível na fase recursal a partir de pesquisas empíricas realizadas; as contextualmente situadas reflexões acerca da força normativa da Constituição e o arcabouço jurídico-fundamental como centro (e núcleo irradiante) do Ordenamento Jurídico Penal bem como o contributo da obra de Vives Antón para as novas percepções (e concepções) sobre a conduta humana, aplicando-se as diversas expressões das ciências penais corroboraram, indubitavelmente, com a diversidade e profundidade dos temas – e dilemas – aqui tão bem enfrentado.

Por conseguinte, as necessárias inferências acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal na mitigação do Estado de Inocência, considerando sua historicidade e o núcleo essencial da garantia fundamental em comento; a (in)efetividade da tutela penal ante os discursos do ódio; as questões controvertidas acerca da audiência de custódia no Brasil; a negação ontológica e as incompatibilidades constitucionais a partir da teoria e adoção do Direito Penal do Inimigo; os descompassos entre a teoria de Luigi Ferrajolli e a lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro; e as considerações a respeito da dignidade humana a partir de Ronald Dworkin para o contexto do Direito Penal fomentaram as discussões de uma tarde tão fecunda da reunião desse Grupo de Trabalho.

Ademais, contributos sobre as nuances do plágio como ofensa ao direito moral do autor, cuja proposta de descriminalização é analisada sob a luz dos princípios da intervenção mínima e da adequação social; as análises acerca da aplicabilidade da Teoria das Janelas Quebradas como um meio para o controle da criminalidade no Brasil; e as discussões sobre os ciberataques na atualidade e os limites do poder punitivo na tipificação de crimes informáticos.

Em suspense, também, questões sobre a Criminologia Cultural e as concepções relacionais entre crime e cultura na dicotomia da teoria do consenso e do conflito; a (in)visibilidade do cárcere feminino; os efeitos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional para o caso brasileiro a partir da ADPF 347.

Reunindo pesquisadores por excelência, vinculados às diversas Instituições de Ensino Superior - públicas e privadas, nacionais e estrangeiras; a presente obra que ora apresentamos demonstra a qualidade da pesquisa jurídica no Brasil bem como a audácia, o rigor científico e a vivacidade de seus autores em enfrentar temas necessárias para compreender, reflexivamente, os tempos atuais.

De fato, pesquisar exige cuidados, sobretudo quando a pesquisa chega ao seu ápice! É nesse momento, então, que precisamos deixá-la ir, sem apegos e sem vaidades, inserindo-a no mundo concreto, real, carente de discussões, no qual a Academia, por meio de lutas e resistências, cumprirá o seu desiderato!

Avante!

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Ceuma/ UEMA/ PGCCrim-PUCRS)

Profª.Dra. Hertha Urquiza Baracho (UNIPÊ)

Profª Dra. Renata Almeida da Costa (UNILASSALLE)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: DA INCONSTITUCIONALIDADE À NEGAÇÃO ONTOLÓGICA

CRITICAL REFLECTIONS ABOUT THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: THE UNCONSTITUTIONALITY AND THE ONTOLOGICAL DENIAL

Rodrigo Lobato Oliveira de Souza ¹

Resumo

O presente excuroso trata do desenvolvimento de duas críticas fundamentais ao chamado "Direito Penal do Inimigo". Partindo-se do conceito de "inimigo" para tal perspectiva do Direito Penal, onde as novas ameaças e riscos de uma sociedade globalizada e permeada pela insegurança e instabilidade urge um novo tratamento dogmático da figura do infrator, critica-se o movimento de niilificação da pessoa humana e de coisificação do delinquente, cujas medidas legislativas e executórias se afastam e muito do Direito Penal Democrático.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo, Conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Restrições e limites, Garantias processuais penais, Justiça penal

Abstract/Resumen/Résumé

This excuroso deals with the development of two fundamental criticisms of the so-called "Criminal Law of the Enemy". Based on the concept of "enemy" for such a perspective of Criminal Law, where the new threats and risks of a globalised society and permeated by the insecurity and instability urge a new dogmatic treatment of the figure of the offender, criticizes the movement of disregard for the human person and the disregard of offenders, whose legislative and executive measures depart and much of the criminal law of democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The criminal law of the enemy, Essential content of fundamental rights, Restrictions and limits, Procedural safeguards in criminal matters, Criminal justice

¹ Advogado e Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa

I – Enquadramento das questões

À guisa de introdução, e partindo-se de uma perspectiva teleológica, iniciamos a exposição das seguintes reflexões com alguns questionamentos: qual é o fim do Direito? Pode ou deve a legitimidade do Direito ser aferida com base em sua finalidade? Será a eficiência um elemento de legitimação? É ou será o Direito um fenômeno que legitima a si próprio, como um fim em si mesmo?

Desde já afirmamos a impossibilidade de respondermos de forma satisfatória – ao menos no âmbito do presente excursus – a todas as questões anteriores. Entretanto, o ponto de partida às nossas reflexões nelas se encontra: a medida de eficiência como parâmetro de legitimidade. O objetivo aqui assumido se restringe à colocação de duas críticas que pretendemos opor ao chamado “direito penal do inimigo”, as quais, em que pese a distinção quanto à sua natureza, almejam o mesmo fim: a conclusão pela inviabilidade jurídica de um exercício de poder punitivo em moldes frontalmente contrários às bases de um Estado Constitucional.

Ao nos depararmos com a expressão “direito penal do inimigo”, duas questões prontamente vem à tona: o que se entende ou deve se entender por “inimigo”? Como indentificar o “inimigo”? E aqui, para além de um problema meramente de delimitação semântica de um vocábulo, o preenchimento material do termo “inimigo” suscita consequências outras que extrapolam os limites dos próprios limites impostos ao Direito¹.

Desde o início de sua abordagem mais sistemática – especificamente com Günther Jakobs² –, muito se perscrutou em suas bases, fundamentos e origens jusfilosóficas³, para ao fim e ao cabo assentar-se em uma complexa e instável dialética: **perigosidade** e

¹ A questão relativa aos “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*) será abordada no tópico seguinte.

² Jakobs iniciou a sua abordagem acerca do “inimigo” no direito penal em uma conferência que ocorrera em Frankfurt, ao ano de 1985, mas a sua assunção como um caminho imprescindível se deu outra conferência, ao ano de 1999, e especificamente com sua obra – “Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo” – publicada em 2003. Para tanto, ver BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. pp. 52-53.

³ Para uma exposição acerca do “inimigo” nas obras de Rosseau, Hobbes, Locke, Fichte, Kant e Carl Schmitt, conferir ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. pp. 115 e ss.; e especificamente sobre o pensamento de Kant, ver VALLE, Carlos Pérez del – *La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada: RECPC. ISSN 1695-0194. n.º 10-03 (Febrero 2008), p. 03:1 – 03:14.

(in)segurança⁴. Em síntese, baseado numa pulsante facticidade de insegurança e periculosidade, a essência do poder punitivo que elege um “inimigo” se assenta, primeiramente, na expurgação do “espectro de pessoa” de um indivíduo, para em sequência tratá-lo como uma mera “coisa”. Em verdade, trata-se de um concreto **processo de niilificação**⁵, onde este procede à uma redução que se pretende coadunável ao Direito, assim querendo quedar-se perene em um chamado “direito penal do inimigo”.

Inobstante os argumentos comumente utilizados para uma possível justificação de um direito penal que se tem por expansivo em excesso, tal como a mudança paradigmática na política criminal causada pela processo de massificação da sociedade global, e daí o conhecido *topoi* da “sociedade de risco”⁶, o que em tese corresponderia a um aumento da criminalidade, mormente aquela operada a nível internacional e de forma sistematicamente organizada, o real pano de fundo (*Hintergrund*) para um fortalecimento do discurso da “inimizade penal” assenta numa nebulosa análise do ordenamento jurídico-penal na perspectiva de sua (in)eficácia⁷.

Desta feita, tem-se que a estrutura do direito penal do inimigo possui três elementos constitutivos: (in)eficácia da resposta penal; perigosidade latente em uma sociedade contemporânea de riscos; e demanda por segurança a todo e qualquer custo. Ou seja, três elementos que levam, nada mais nada menos, a um processo de desconstrução daquilo que é a verdadeira essência da sociedade: **a pessoa humana**.

Dada tal contextualização, nos tópicos seguintes procederemos a duas reflexões críticas: a questão da inconstitucionalidade e o problema da negação ontológica; sendo a

⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso**. 2.^a ed. p. 29.

⁵ Fala-se em um verdadeiro processo de redução de uma pessoa à uma “coisa”, eis que tal envolve um conjunto de medidas e atos, tanto no âmbito do direito penal material como no processual. São exemplos: ampliação da punição aos atos preparatórios, ampliação das penas em abstrato, aumento dos tipos de perigo abstrato, cominação de penas evidentemente desproporcionais, obliteração das garantias processuais, admissão da tortura, etc. Neste sentido, conferir ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. p. 14.

⁶ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. pp. 21 e 25-31.

⁷ Como subjaz à própria tese de Jakobs, é justamente a ineficiência do direito penal garantista frente às novas ameaças da sociedade contemporânea e de riscos que exige uma resposta mais enérgica por parte do poder punitivo, seja através de um processo de fortalecimento do ordenamento jurídico-penal, seja até mesmo dele se afastando em determinados pontos. No sentido aqui exposto, conferir BOZZA, Fábio da Silva. **Op. Cit.** pp. 55.

primeira vinculada à uma violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e a segunda relativa à impossibilidade jusfilosófica de que ao mesmo seja conferido a qualidade de “direito”.

II – Patente inconstitucionalidade: violação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Ab initio, insta consignarmos o ponto fundamental à crítica que aqui se pretende tecer: a questão relacionada à **garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Sem que adentremos em considerações mais aprofundadas acerca do surgimento de tal garantia, vale constar que a sua gênese se deu no contexto do processo constituinte alemão, onde se procedera ao fortalecimento dos limites à possibilidade de restrições aos direitos fundamentais⁸, constando expressamente na Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz*), especificamente ao seu art. 19.º, n.º 2⁹ (*Die Wesensgehaltgarantie*)^{10 11}.

Para além das discussões doutrinárias acerca de sua natureza (natureza declaratória, constitutiva e até mesmo entendida como garantia institucional¹²), bem como no que toca às teorias (subjettiva e objetiva, relativa e absoluta)¹³ que sobre ela versam – sobre as quais aqui

⁸ FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. **Verfassungsgeschichte**. pp. 395 e 396.

⁹ Art. 19.º, n.º 2, *Grundgesetz*: “In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”. (Tradução livre: “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser violado em seu conteúdo essencial”).

¹⁰ HÖMIG, Dieter; WOLFF, Heinrich Amadeus. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: handkommentar**. pp. 272-273.

¹¹ Por influência direta do constitucionalismo alemão, e em que pesem as diferenças quanto ao significado e relevância conferida pelos respectivos ordenamentos, as Constituições de diversas outras democracias acolheram expressamente a garantia do conteúdo essencial. A título de exemplo, citamos: Constituição portuguesa de 1976, art. 18.º, n.º 3; e Constituição espanhola de 1978, art. 53.º, n.º 1.

¹² Sobre a visão institucional dos direitos fundamentais e da garantia do conteúdo essencial, conferir a obra seminal de HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley**. Madrid: Dykinson, 2003.

¹³ Para uma exposição acerca das referidas teorias, conferir MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. p. 43-46; SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. pp. 183 e ss.; e BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. pp. 73 e ss. Para uma densa análise da *Wesensgehaltgarantie*, conferir a obra completa de DREWS, Claudia. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, II, GG**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005; MAYER,

não nos cabe adentrar –, tal garantia representa, em essência, a ideia de “limite dos limites” (*Schranken-Schranken*)¹⁴ às restrições que podem ser opostas aos direitos fundamentais na tarefa de concretização dos mesmos operada pelo legislador infraconstitucional.

Para os propósitos do presente excurso, e especificamente para os fins de embasamento à crítica ora pretendida, nos alinhamos à concepção adotada por *Ludwig Schneider*, onde a garantia do conteúdo essencial assume um significado absoluto¹⁵. De acordo com o posicionamento do referido doutrinador, tal garantia se tem por representada no valor mesmo da dignidade da pessoa humana, ou seja, no contexto jurídico alemão, no princípio fundamental expresso ao art. 1.º, n.º 1, *Grundgesetz*^{16 17}. Assim, o conteúdo essencial absoluto de todo direito fundamental encontra-se representado no conteúdo material e formal do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸.

Neste sentido, o arquétipo constitucional intangível da dignidade humana é haurido à categoria de uma espécie de “núcleo duro”, sendo impossível a sua consideração ponderativa perante outros bens constitucionalmente protegidos, trazendo à lume a estrutura de um verdadeiro limite intransponível, posto que conteúdo essencial absoluto. Como afirma Konrad Hesse, o conteúdo essencial de um direito fundamental se inicia naquele ponto onde

Matthias. **Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005; HIPPEL, Eike von. **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**. Berlin: Duncker und Humblot, 1965; e, em especial, SCHNEIDER, Ludwig. **Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19, Abs. 2, GG**. Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. p. 41-43.

¹⁵ Neste ponto, insta ressaltarmos que a opção aqui realizada, nos alinhando ao posicionamento do Prof. Dr. *Ludwig Schneider*, tem caráter meramente metodológico, com o intuito de embasarmos a crítica ora operada, sem que façamos qualquer juízo de valor sobre as demais compreensões doutrinárias.

¹⁶ Art. 1.º, n.º 1, *Grundgesetz*: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”. (“A dignidade do homem é inviolável. Cuidá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal”) (tradução nossa).

¹⁷ SCHNEIDER, Ludwig. **Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19, Abs. 2, GG**. pp. 19 e 190-193, em especial p. 190: “*Über Art. 19 Abs. 2 GG gewinne der Grundsatz der Menschenwürde für jedes Grundrecht, namentlich aber für Art. 2 Abs. 1 GG, eine besondere Bedeutung*”. (“Sobre o Art. 19, n.º 2, Lei Fundamental, ganha o princípio da dignidade humana para todo direito fundamental, sobretudo para o Art. 2, n.º 1, Lei Fundamental, um significado especial”) (tradução nossa).

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis Novais. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. II. p. 34-34.

as possibilidades quanto à sua limitação passam não mais a existir¹⁹, tornando-se, assim, não mais passível de restrições. Eis aqui a categoria fundamental da dignidade da pessoa humana, intangível em sua natureza e estrutura, elemento integrante de todo direito fundamental e imprescindível à sua proteção nuclear. Para além de uma função interpretativa ou de reflexo integrativo-hermenêutico ao plexo de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana integra mesmo o seu próprio núcleo, engessando seu conteúdo para fins de ponderação ou relativização²⁰.

Em termos de associação com a teorética e dogmática penal, tem-se por cediço que a legislação em matéria penal se destina, em essência, à conformação e proteção de direitos fundamentais²¹ na esteira do dever de proteção estatal (*staatliche Schutzpflicht*), cabendo ao legislador proceder à defesa de bens e interesses constitucionalmente albergados – uma vez que destinatário primário de tal dever constitucional²² –, mas que necessitam, certamente, de maior densificação protetiva.

Conquanto, e sob pena de se violar a cláusula constitucional de proibição de excesso²³ (*Übermaßverbot*)²⁴ – onde a pecha da inconstitucionalidade lhe viria de encontro –, não pode e nem deve a atuação legislativa ultrapassar as barreiras do adequado, do necessário e do proporcional em sentido estrito²⁵. E, para além de uma garantia de ponderação constitucionalmente justificada, não pode a função legiferante de conformação de direitos fundamentais afetar o seu conteúdo essencial (absoluto), *in casu*, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

¹⁹ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. p. 149.

²⁰ OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. 1.º v. Coimbra: Almedina, 2016. pp. 40-42.

²¹ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 120-123.

²² MAYER, Matthias. **Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. p. 56.

²³ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 128 e ss.

²⁴ Sob o *topoi* “*Übermaßverbot*”, Peter Lerche ressalta a importância dos postulados da eficiência e da proporcionalidade. Para tanto, conferir LERCHE, Peter. **Übermaß und Verfassungsrecht**. Goldbach: Keip Verlag, 1999.

²⁵ Sobre os subprincípios ou elementos integrantes do princípio (postulado) da proporcionalidade, conferir ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16.ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 208 e ss.

Desta feita, a margem de apreciação legislativa em sede de conformação de direitos fundamentais – mormente no que tange à funcionalização de matéria penal para tanto – se queda duplamente vinculada em termos de garantia: o respeito à cláusula de vedação de excesso e à intangibilidade do conteúdo essencial²⁶. E, como ponto fulcral, tem-se neste último a dignidade humana como categoria limítrofe a tal atuação.

Alocando a questão ao nível da problemática do “direito penal do inimigo”, prescinde-se de maiores esforços a fim de que se reconheça a evidente incompatibilidade entre os pressupostos deste último e as exigências daquele primeiro elemento garantístico. Em um largo espectro de generalidade, o simples fato de proceder a um processo de niilificação do ser humano, transmutando-o à condição de mero objeto – ou como afirma Zaffaroni, “a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo”²⁷ –, constitui clara violação ao valor fundante da dignidade da pessoa humana, algo que decerto conduz ao encontro da pecha de inconstitucionalidade, fulminando atos, medidas e pretensões que, ainda que se estribem nebulosamente em razões de necessária segurança, violam o âmago do Estado Constitucional e, conseqüentemente, a essência dos direitos fundamentais.

Afora os atritos entre as pretensões de um direito penal que tem por objeto a aniquilação e neutralização de um suposto “inimigo”, e os princípios basilares do genuíno direito penal²⁸ – “direito penal do cidadão” –, aqui o que se argui é, dada a evidente afetação do princípio da dignidade humana²⁹, a patente inconstitucionalidade em que recai. O significado constitucional da “dignidade humana” transcende o âmbito da juridicidade e

²⁶ Falamos em dupla vinculação garantística pelo fato de defendermos a existência de duas formas complementares de proteção aos direitos fundamentais, ou seja, tanto pela atuação do princípio da proporcionalidade quanto pela proteção dispensada no âmbito da intangibilidade do conteúdo essencial. Ressaltamos que o posicionamento aqui exposto se coaduna com os pressupostos metodológicos de alinhamento à doutrina defendida por *Ludwig Schneider* quanto à compreensão de que a garantia do conteúdo essencial se reveste de um caráter absoluto, sendo representada especificamente pelo valor jurídico-constitucional fundante da dignidade da pessoa humana.

²⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. p. 21.

²⁸ Aqui nos referimos à infringência aos princípios da legalidade, da proporcionalidade (proibição de excesso), da *ultima ratio*, da subsidiariedade, da culpabilidade, da lesividade, etc. Neste sentido, conferir VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Op. Cit.** pp. 62 e 110 e ss.

²⁹ Abstraindo de um ordenamento jurídico-constitucional em específico, consideramos a “dignidade humana” como categoria jurídico-filosófica e axiológica imanente a todo Estado Constitucional.

encontra seu valor, em essência³⁰, na doutrina de Kant³¹, onde o homem é “um fim em si mesmo”³² e não mero objeto subjugado à funcionalização de outrem.

A admissão de torturas, a ampliação da intervenção penal com a construção de tipos legais obscuros e vinculados a penas *in abstracto* desproporcionais, a obliteração de garantias penais materiais e processuais tal qual a inobservância dos princípios do juiz natural e do amplo direito de defesa, a extensão desarrazoada das medidas prisionais cautelares, dentre outras situações que convergem para um “direito penal do inimigo”, são irreprochavelmente violadoras do axioma jurídico da dignidade humana.

O próprio pressuposto de Jakobs para a construção da figura do “inimigo” é desde o princípio equivocado. De acordo com a compreensão de Jakobs, o “inimigo” não recebe tratamento jurídico-penal diferenciado em consequência de perder a sua condição de pessoa, senão pelo simples fato de, por si mesmo, ter escolhido se desviar da expectativa comportamental exigida pela ordem jurídica no âmbito de um “contrato social”³³. Para tanto, Jakobs afirma que o atributo da personalidade não é um elemento inato, mas sim, supostamente apoiando-se em Kelsen, algo que decorre da sua integração à ordem jurídica³⁴.

Entretanto, há de se reconhecer a inviabilidade e ilogicidade de tal argumento, uma vez que, como cediço e indelével, a “dignidade”, e portanto a “personalidade”, constitui categoria pré-estatal, pré-jurídica, possuindo o ordenamento jurídico, em tal sentido, natureza declaratória – sem que se olvide dos efeitos e demais consequências jurídico-normativas de tal reconhecimento. Assim, ainda que se aduzam razões cujo discurso se encontra envolto em um suposto caráter emergencial – insegurança, periculosidade, urgência por uma moldura

³⁰ Sem que esqueçamos ou despercebamos o legado da cultura e tradição judaico-cristã quanto à valorização do ser humano, uma vez que criado “à imagem e semelhança de Deus”. Neste sentido, ver OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. 1.º v. Coimbra: Almedina, 2016. p. 35.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. pp. 68-72.

³² Kant *apud* BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. p. 303.

³³ MARTÍN, Luis Gracia. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada: RECPC. ISSN 1695-0194. n.º 07-02 (Janeiro 2005), pp. 24-25.

³⁴ MARTÍN, Luis Gracia. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada: RECPC. ISSN 1695-0194. n.º 07-02 (Janeiro 2005), pp. 24 e ss.

normativo-cognitiva de expectativas comportamentais, ineficiência, etc. – que intentem sustentar a intervenção quase que beligerante do *ius puniendi*, tal não se pode submeter a qualquer sopesamento frente à dignidade humana³⁵, inviolável que é por essência (art. 1.º, n.º 1, GG – “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”, ou seja, “A dignidade do homem é inviolável”).

Desta feita, a categoria da “dignidade humana” é elemento central na afirmação da impossibilidade jurídica de um direito penal em tais moldes³⁶, mormente quando se tem em vista a sua função central como integrante da garantia (absoluta) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, perfazendo-se imprescindível para a aferição da conformidade constitucional de qualquer pretensão normativa que se pretenda juridicamente válida. Com efeito, dada a clara violação da garantia aqui suscitada, inafastável a impossibilidade jurídica do chamado “direito penal do inimigo”; aliás, e indo mais além, impossível até mesmo que se cogite um “inimigo” sob ares jurídico-constitucionais.

III – Direito penal do inimigo e o problema da negação ontológica

Muito além da mácula da inconstitucionalidade, o chamado “direito penal do inimigo” conleva um problema de maior proporção, algo que o fulmina em sua essencialidade: o discurso que profere não permite sua própria afirmação como Direito. Ou seja, ao fim e ao cabo, trata-se de uma questão de negação ontológica – algo que passaremos a expor a seguir.

Em sede doutrinária, muito já fora discutido no sentido de que o “direito penal do inimigo” carrega em si uma contradição para com a ideia de “direito penal do cidadão” ou “direito penal garantista”, uma vez que o discurso de “inimizade” daquele não se coadunaria

³⁵ Aqui expressamos a inviabilidade de submetê-la a mitigações frente a valores emergenciais que são, em verdade, razões de exceção que não se coadunam com a mesma, e por tanto, muito menos com os princípios fundamentais do Estado Constitucional. No sentido da viabilidade de sua ponderação, dada a sua natureza principiológica, conferir ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. pp. 93-94; e BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. p. 66. Em sentido contrário, ou seja, na defesa de sua perspectiva absoluta, tendo-a como imponderável, ver ³⁵ NOVAIS, Jorge Reis Novais. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. II. pp. 162-170.

³⁶ MARTÍN, Luis Gracia. **Op. Cit.** pp. 39 e 41.

com a essência garantista que o próprio direito penal conleva em seu âmago³⁷. Entretanto, e aqui nos alocando para além do limiar da perspectiva comparada – “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo” –, existe, em verdade, uma negação que há de ser reconhecida, uma negação que é operada por seu próprio discurso, e que afeta e estirpa a sua “dignidade jurídica”³⁸.

Como ponto de partida e base à crítica que passamos a realizar, assumimos o posicionamento de Robert Alexy quanto ao “caráter dualista” do Direito³⁹. No que tange à presença do elemento força-coatividade-coerção, e essencialmente naquilo que interessa à vinculatividade e eficácia da ordem jurídica, tal, ao menos aparentemente, nunca fora motivo de calorosas dissensões, principalmente por parte dos positivistas, nomeadamente Kelsen⁴⁰.

Todavia, a questão central se assenta no segundo elemento, sobre o qual as dissensões em geral ocorrem: a correção. Na esteira do escólio de Alexy, o Direito carrega em seu bojo uma “pretensão de correção”⁴¹, sem a qual não pode subsistir. Ou seja, a ideia de correção, e consequentemente de justiça⁴², é imanente ao Direito, sendo inviável a este se sustentar sem que aquela se tenha por satisfeita. Decerto que a imanência de uma pretensão de correção – e de justiça – corresponde, em essência, a argumentos de ordem moral⁴³, sendo justamente aqui onde se dá o ponto de intersecção entre aquela (Moral) e o Direito.

Nesta senda, e na forma exposta magistralmente por Gustav Radbruch, a realização da justiça não só é o fim do Direito, como constitui seu fundamento de validade⁴⁴, algo que, dados os elementos de moralidade que devem se incorporar ao Direito, estrutura as dimensões

³⁷ Dentre outros, conferir VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso**. 2.^a ed. pp. 110 e ss.

³⁸ Não suscitamos uma visão meramente jurídico-dogmática da questão, mas sim argumentamos ao nível da Filosofia da Ciência do Direito, a Filosofia jurídica. Ao falarmos em ausência de “dignidade jurídica”, aduzimos a incapacidade quanto à sustentação do caráter de Direito.

³⁹ Em síntese, Alexy entende que o caráter dualista do Direito se dá pela junção de dois elementos a ele indispensáveis: a coerção e a correção. Para tanto, conferir ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. pp. 71-75.

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. pp. 35-40.

⁴¹ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. p. 37.

⁴² Sobre a indispensável e inegável conexão entre Direito e justiça, conferir as profícuas considerações de KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. António Ulisses Cortês. pp. 225 e ss.

⁴³ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. p. 37: “A pretensão de correção implica não apenas o poder jurídico de o juiz para aplicar razões morais nos casos difíceis, mas a obrigação jurídica de fazê-lo, sempre que possível”.

⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. pp. 47 e 56-70.

estática e dinâmica⁴⁵ do fenômeno jurídico. Mais além, Alexy reflete sob a máxima de Radbruch sintetizada na fórmula “a injustiça extrema não é direito”⁴⁶, a partir da qual, em que pese entender que a mesma não decorre do elemento de “pretensão de correção”⁴⁷, a toma como fator discursivo fundamental à consideração da conexão indispensável entre Direito e Moral. Em suma, a ideia imanente de correção exige que tudo aquilo que se pretenda Direito não afronte a retidão exigida pela inarredável conexão entre razões morais e razões jurídicas propriamente ditas.

Assim, realocando-nos à problemática do “direito penal do inimigo”, não vemos a possibilidade de se sustentar a convergência entre um discurso de “inimizade” e as razões de moralidade que são imanentes ao discurso jurídico, incompatibilidade esta que ocasiona uma negação de tipo ontológico àquele, ou seja, nega-lhe o próprio caráter de Direito. Aliás, tem-se aqui uma questão de ordem lógica, uma vez que duas “pretensões de caráter objetivo”⁴⁸ que sejam contraditórias não podem coexistir, e, sendo o discurso de “inimizade penal” composto por um conjunto de argumentos que se encontram na contramão da fundamentação moral do discurso jurídico, se anulam reciprocamente.

Uma das formas de fundamentação moral do discurso jurídico se dá pela argumentação estribada nos direitos fundamentais, eis que estes constituem inegáveis pontes axiológicas entre Direito e Moral⁴⁹, ao que, para tanto, basta a menção à inegável estrutura dualístico-normativa do direito positivo – regras e princípios⁵⁰. Aqui não nos cabe densificar a discussão acerca dos pontos de “injustiça” que caracterizam os pressupostos de um “direito penal do inimigo”, mas sim a constatação de que, estando estes em fatal contradição com as razões morais que constituem o cerne do Direito, mormente naquilo que se pode observar pela estruturação dos direitos fundamentais, um *ius puniendi* direcionado ao “inimigo” não pode nem deve subsistir como *ius* (Direito).

⁴⁵ Sobre estática e dinâmica no Direito, conferir Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. pp. 79-80.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. p. 60.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Op. Cit.** p. 75.

⁴⁸ Ou seja, que sustentem alguma verdade que se pretenda universal.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso**. Trad. Luís Afonso Heck. 2.^a ed. pp. 162-164.

⁵⁰ Neste sentido, conferir ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. pp. 85 e ss.; ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso**. Trad. Luís Afonso Heck. 2.^a ed. pp. 164 e ss.; e DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. pp. 35 e ss.

Em verdade, a retidão moral e axiológica do Direito constitui algo de *a priori*, sendo desde a gênese deste pressuposta. Desta forma, a negação da condição de pessoa ao “inimigo”, sob o estratagema consubstanciado em razões de exceção – emergência, segurança, perigosidade, etc.⁵¹ –, não configura Direito, senão um poder factual ilegítimo que se pretende arrazoado na medida da urgência e conveniência dos fatos – sendo estes em sua maioria fatos políticos.

Nessa toada, questionamos: como um discurso que intenta a legitimação da tortura pode pretender subsistir como jurídico? Como reconhecer o caráter de Direito a um discurso que se baseia na exclusão, neutralização e aniquilação de um indivíduo que é visto não como pessoa, mas sim como uma suposta ameaça? Seria possível afastar momentaneamente a pretensão de correção do Direito sem que sua essência e estrutura restassem afetadas?

Sem receios quanto a um possível reducionismo, podemos responder a todos os questionamentos anteriores da seguinte forma: sendo a pretensão de correção Direito – e portanto a fundamentação por razões morais e axiológicas – um elemento que lhe é essencial, integra o seu próprio conceito – Alexy fala em “propriedade necessária”⁵² –, assim se exigindo que faça parte de sua estrutura em termos apriorísticos, sob pena de uma contradição ontológica.

O que estamos a arrazoar não nega os problemas jurídico-dogmáticos – como questões de ordem interna (violação do conteúdo essencial, afetação da proporcionalidade, etc.) – dos pressupostos do “direito penal do inimigo”, algo que inclusive se relaciona com a primeira crítica aqui exposta (tópico II). Entretanto, a crítica apresentada neste apartado se encontra, como anteriormente dito, além do limiar jurídico, assentando-se no âmbito jusfilosófico, ou seja, na própria essencialidade do que se entende por “Direito”.

Do exposto, defende-se que em relação ao denominado “direito penal do inimigo”, em verdade, inexistente a possibilidade de sustentá-lo, genuinamente, como Direito. Seus pressupostos aniquilam a sua própria essência, restando-lhe apenas o predicado de pretensão punitiva que se intenta legítima desde uma factualidade assumida como emergencial, mas cuja *autopoiesis* a torna autodestrutiva. Portanto, e aqui mais uma vez nos valendo dos ensinamentos de Radbruch – “o direito é a realidade cujo sentido é servir a justiça”⁵³ –, se estribando o discurso de “inimizade penal” numa excusa forma de justiça que não o fomento

⁵¹ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. pp. 83-84.

⁵² ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. pp. 36-38.

⁵³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. p. 52.

de valores morais e a realização da igualdade⁵⁴, e assim contrariando um elemento que é essencial ao Direito – a pretensão de correção –, não há conclusão outra que não seja a de negar-lhe a sua subsistência como Direito.

IV – Conclusão: o que resta do “direito penal do inimigo”?

Em que pesem as diversas outras perspectivas críticas que podem ser opostas ao “direito penal do inimigo”⁵⁵, as duas que aqui foram expostas (tópicos II e III), apesar de possuírem natureza distinta, almejam o mesmo objetivo, qual seja, sustentar a incapacidade quanto à subsistência daquele. Assim, seja pela arguição de sua inconstitucionalidade, seja pela negação do pretendido caráter de Direito, ambas intentam comprovar a insustentabilidade de sua estrutura. Ao fim e ao cabo, tanto uma quanto a outra impedem que o mesmo se sustente como direito penal.

Zaffaroni já havia asseverado acerca da “quebra do Estado de direito”⁵⁶, mas, muito além disso, o discurso encetado por Jakobs não é e não pode ser Direito, restando apenas um processo de lutas e perseguições aos eleitos como “inimigos”, cenário este que nos remete à conjuntura de um Estado de Polícia⁵⁷. Entretanto, sendo este inconcebível perante o Estado de Direito⁵⁸, o é ainda mais frente ao Estado Constitucional⁵⁹, onde cabem aos preceitos constitucionais, repletos de incontestável força normativa, legitimar, conformar e filtrar todos os atos do poder público.

Estirpando-lhe o caráter de Direito, a peleja contra os “inimigos” só pode restar materializada e abalizada por um discurso de tirania e de ódio (*hate speech*), que igualmente se deve ter por inconcebível no contexto de um Estado Constitucional e Democrático de

⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. **Op. Cit.** p. 49

⁵⁵ De uma forma geral, conferir RIPOLLÉS, José Luis Díez. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada: RECPC. ISSN 1695-0194. n.º 06-03 (Mayo 2004), p. 03:1 – 03:34.

⁵⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. pp. 163-165.

⁵⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. pp. 166-167.

⁵⁸ Sobre o Estado de Direito como confrontação ao Estado de Polícia, conferir NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. pp. 36-45.

⁵⁹ Para um conceito de Estado Constitucional, conferir MIRANDA, Jorge. **Curso de direito constitucional**. Vol. 1. pp. 64-74.

Direito⁶⁰. A depuração jurídica dos pressupostos e objetivos do “direito penal do inimigo” é capaz de nos mostrar que, em essência, sua matéria-prima se consubstancia em uma ideologia de opressão e intolerância, temperada por um imediatismo de fradulenta motivação, e por um círculo vicioso de frustração por ineficiência.

Por fim, em resposta à epígrafe deste tópico, e dadas as críticas aqui expendidas, nada sobra do “direito penal do inimigo”, nem mesmo o próprio “inimigo” como vocábulo, uma vez que nem de tal forma deve subsistir no discurso jurídico-constitucional hodierno, onde a “dignidade humana” é categoria de relevante quilate.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. do alemão *Theorie der Grundrechte*, de Luís Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. 4.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 85-392-0073-2

ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução do original em espanho *El concepto y la naturaleza del derecho*, de Thomas da Rosa Bustamante. Estudo introdutório de Carlos Bernal Pulido. 1.^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-11-6

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução do original em alemão *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, de Luís Afonso Heck. 2.^a ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. ISBN 978-85-7348-956-9

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 2.^a reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. ISBN 978-85-7700-639-7

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2.^a reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. ISBN 978-85-7700-640-3

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. ISBN 978-85-8493-057-9

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. ISBN 85-7525-304-2

⁶⁰ Devido aos limites do presente excursus, e apesar de suscitar relevantes questões, desconsideramos as discussões acerca do *hate speech* na perspectiva da liberdade de expressão.

- DREWS, Claudia. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, II, GG**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. ISBN 978-3-8329-1330-4
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução do original em inglês *Taking Rights Seriously*, de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1513-2
- FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. **Verfassungsgeschichte**. 14.^a Aufl., überarbeitete. München: C. H. Beck, 2015. ISBN 978-3-406-68178-3
- HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. do alemão *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre von Gesetzvorbehalt*, de Joaquín Brague Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. ISBN 84-9772-123-3
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1999. ISBN 3-8114-7499-5
- HIPPEL, Eike von. **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**. Berlin: Duncker und Humblot, 1965. ISBN 978-3-428-02592-3
- HÖMIG, Dieter; WOLFF, Heinrich Amadeus. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Handkommentar**. 11.^a Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2016. ISBN 978-3-8487-1441-4
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução do original em alemão *Rechtsphilosophie*, de António Ulisses Cortês. 5.^a ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1063-0
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução do original em alemão *Reine Rechtslehre*, de João Baptista Machado. 6.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0836-5
- LERCHE, Peter. **Übermaß und Verfassungsrecht**. Goldbach: Keip Verlag, 1999. ISBN 3-8051-0754-4
- MAYER, Matthias. **Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. ISBN 978-3-8329-1614-5
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04676-4
- MARTÍN, Luis Gracia. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada: RECPC. ISSN 1695-0194. n.º 07-02 (Janeiro 2005), p. 02:1 – 02:43.

- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6347-8
- OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. 1.º v. 2.ª reimp. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4149-0
- PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. ISBN 978-85-66722-03-1
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução do original em alemão *Rechtsphilosophie*, de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2014. ISBN 85-336-1943-X
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada: RECPC. ISSN 1695-0194. n.º 06-03 (Mayo 2004), p. 03:1 – 03:34.
- SCHNEIDER, Ludwig. **Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG**. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. ISBN 3-428-05310-9
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.ª ed. 3.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 85-392-0031-7
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo: o progresso ao retrocesso**. 2.ª ed. São Paulo: Almedina, 2016. ISBN 978-85-8493-124-8
- VALLE, Carlos Pérez del. *La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada: RECPC. ISSN 1695-0194. n.º 10-03 (Febrero 2008), p. 03:1 – 03:14.
- ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução do original em espanhol de Sérgio Lamarão. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. ISBN 85-7106-358-3