

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCIELY APARECIDA CUZZUOL

**A COMPATIBILIDADE DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO DENTRO DE  
UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

ARACRUZ

2021

MARCIELY APARECIDA CUZZUOL

**A COMPATIBILIDADE DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO DENTRO DE  
UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

ARACRUZ  
2021

## **A COMPATIBILIDADE DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO DENTRO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **THE COMPATIBILITY OF AN ENEMY'S CRIMINAL LAW WITHIN A DEMOCRATIC STATE OF LAW**

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O poder punitivo do Estado; 2. O Direito Penal do Inimigo; 3. O Direito Penal do inimigo dentro de um Estado Democrático de Direitos; CONCLUSÃO

**RESUMOO** presente trabalho tem o intuito de iniciar um debate aos contornos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, e sua influênciadentro do ordenamento infraconstitucional brasileiro. Para tanto será apresentado um estudo dos conceitos e fundamentos do Direito Penal do Inimigo, com a finalidade de atribuir sua compatibilidade dentro de uma Estado Democrático de Direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:**Direito penal do inimigo. Estado Democrático de Direito. Supressão de Garantias Fundamentais Terceira velocidade do direito penal.

**ABSTRACT:**This work aims to initiate a debate on the outlines of the Theory of Criminal Law of the Enemy, and its influence within the Brazilian infra-constitutional order. For that, a study of the concepts and foundations of the Criminal Law of the Enemy will be presented, with the purpose of attributing its compatibility within a Democratic State of Rights.

**KEYWORDS:** Criminal law of the enemy. Democratic state. Suppression of Fundamental Guarantees Third speed of criminal law.

## INTRODUÇÃO

Temos dentro da sociedade brasileira, a inflamada percepção do direito Penal da Vingança, meramente punitivo, sendo as mãos pesadas do Estado para disseminar a criminalidade. Basta entrarmos nas redes sociais que veremos centenas e centenas de Juízes, lançando suas penas de morte, ou suas penas com mãos próprias, descartando assim, toda “evolução” histórica do direito penal, chegando cada vez mais próximo da tenra diferenciação do cidadão e o inimigo da sociedade, conceituada na teoria Penal do Direito do Inimigo do Alemão Gunther Jakobs.

Em paralelo a isso, o Estado de Direito enseja o sentido que todos, sem exceções, devam obediências às leis, respeitando não somente as normas positivadas, como também as balizas valorais de uma determinada sociedade. A conquista pelo Estado Democrático de Direito foi árdua, precisou de muita luta para que saíssemos de um Estado Soberano, Ditador e Inquisidor, para o então Estado Democrático de Direito. Uma luta, que ao que tudo indica, está longe de ter fim, pois, ainda hoje é constante as violações das garantias fundamentais dos indivíduos, dando cada vez mais abertura a discricionariedade e ao autoritarismo para aqueles que se intitulam detentores do poder. Tal desafio é ainda maior quando voltamos os olhares a esfera Penal.

Diante a isso, torna-se cada vez mais necessário que as elaborações das leis dentro do ordenamento infraconstitucional, respeitem os princípios fundantes da carta magna, para não cairmos no equivoco da aplicação de leis penais afastadas das garantias e direitos fundamentais.

O presente artigo, pretende demonstrar a clara inflexibilidade punitiva existente na teoria de Jakobs, tendo como principal crítica doutrinaria, a relativização dos direitos fundamentais, demonstrando incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, acarretando em influenciar, não somente as elaborações de novas leis na criação de leis emergenciais e sem aprofundado estudo, mas como também implica em influencias na aplicação do direito pelos operadores penais.

## 1. O Poder Punitivo do Estado

Na relação entre direito e ordem, podemos notar com clareza como o direito sempre sugere uma pequena violência simbólica, onde que em alguns casos pode ter força real, causando até mesmo a suspensão do próprio e Legítimo Estado. No entanto, há também de se pensar em como o homem obedece ou não aos regramentos impostos pelo Estado, se por medo ou por esperança, se por confiança ou mera submissão, demonstrando assim o direito como uma forma criada de proteção pelo homem contra o próprio homem. Deste punho, é importante ter em mente que por ter uma relação estreita como o poder, o direito pode muitas vezes ser reduzido a uma mera relação de (ab)uso desse poder.

Para BECCARIA<sup>1</sup>, as leis nasceram através das paixões das minorias com a função de delimitar o abuso do poder dos grandes, mostrando indignação pela histórica barbárie do uso das penas pelos tribunais da época. Com base na crítica, ele assim propõe uma releitura dos princípios gerais dos delitos, demonstrando questionamentos sobre a real finalidade da lei, seus efeitos e eficácias e de que modo ela influi nos costumes e convívio social do homem.

O autor pressupõe certa sensibilidade no dever ser das penas, para ele as penas precisam controlar as paixões individuais pelo bem do bem comum, assim, ao constranger a liberdade, as penas deveriam oferecer sua menor parcela possível de restrição, atendendo apenas a necessidade mínima de coerção, que para o autor, fundamentam a possibilidade da punição através do direito, alegando que “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza” e “justas serão quanto mais sagrada e inviolável for à segurança e maior a liberdade que o poder soberano propiciar aos súditos<sup>2</sup>”.

De tal modo, o Direito Penal tem como finalidade a proteção dos bens mais importantes da sociedade, para isso, compete à essa área do direito, a elaboração de normas que executam punições para seus transgressores. Uma vez estando um delito devidamente tipificado no direito penal, ao ser praticado, incorrerá ao autor sua sanção. Para tanto, é necessário que o Direito Penal seja dotado de previsibilidade e segurança,

---

1BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*.1764. Trad. J. Cretella Jr., Agnes Cretella.2ª Ed. São Paulo, Revistasdos Tribunais, 1999.p 10.

2 Ibidem. p 15-20.

onde só será crime punível, quando o direito dizer que é. É através da obediência ao princípio da legalidade, que o Estado terá legitimidade para inibir a liberdade dos indivíduos, e é também por meio deste princípio, que os operadores do Direito Penal, são capazes de atrelar segurança jurídica aos membros de um Estado Democrático de Direito.

Pelos princípios do Direito Penal, é entendível que o Estado deverá sempre operar de forma lícita. A violência também precisa estar estabelecida no direito, e é a lei que determina até onde pode se chegar para atingir determinado fim. Assim, qualquer ato de violência imposto deve estar previamente descrito no direito. É o direito que fornece a legitimidade. No entanto, estando esta desacreditada, as consequências são de grande alcance.

É em prol da garantia da convivência pacífica, e da prevenção dos perigos da vida em sociedade, que o Estado dotado de soberania cria e desenvolve suas normas penais, delimitando pelo sistema jurídico legal a previsibilidade das decorrências de contingentes violações de Direitos<sup>3</sup>.

Sobre isso, Capez ensina que:

A ciência penal, por sua vez, tem por escopo explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação. Mais ainda, busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e princípios como o da dignidade humana.

Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menospor receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça<sup>4</sup>.

Para o referido autor, o Direito Penal deve ter como objeto a diligência dos seus limites, se orientado pelas suas posições legais de mando ou proibição, sendo assim capaz de executar ações que possam ser conscientizadas pelo homem. O Direito Penal

---

<sup>3</sup>PRADO, Luiz. Curso de direito penal brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 49.

<sup>4</sup>CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Ed 23. Editora Saraiva. 2015. p 19.

deve então agir antes da realização do crime, e não, somente após a sua execução, trabalhando em busca de uma conduta humana positiva, fundada na capacidade do homem em buscar um fim socialmente justo, o diferenciando dos animais em mero estado de natureza.

Podemos então afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado<sup>5</sup>.

Por tudo posto, é essencial que nossos legisladores e os operadores do Direito, se baseiem em teorias doutrinárias que sejam condizentes com Estado Democrático de Direito, afastando da ótica jurídica, pensamentos que os afastem da real intenção do Direito Penal em um Estado constitucionalmente democrático. É primordial que as leis sejam elaboradas e aplicadas visando à mesma ótica: a igualdade no sentido de equidade, a conscientização do homem em prol da conduta comum, e é claro, um senso mínimo de justiça. Uma vez que um povo se sinta injustiçado pelo o Estado no qual ele mesmo funda, estará declarada sua degradação.

Na medida em que o Estado se torna vagaroso ou omissivo, ou mesmo injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça penal e propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores, pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua pouca ou nenhuma vontade no acatamento a tais deveres, através de sua morosidade, ineficiência e omissão<sup>6</sup>.

De certo que o Direito Penal deve estar apoiado pelo Direitos Fundamentais que estão positivados na Constituição Federal de 1988. Tais direitos podem ser percebidos em cinco capítulos, dentro do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, divididos em Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos à Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos. Para Brega Filho<sup>7</sup>, de forma conceitual, os Direitos Fundamentais “seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas”. “É o mínimo necessário para a existência da vida humana”.

---

5 Ibidem. p 23.

6 Ibidem. p 18.

7 **BREGA FILHO**, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p 62-65

De tal modo, compreende-se que o Estado Democrático de Direito, deve ir além da formalidade, garantido “a igualdade de todos perante a lei, na medida em que estão submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais<sup>8</sup>”, atuando no campo social, com ideais e ações não em sentido meramente de igualdade, mas necessariamente de equidade. Para isso é necessário que o Estado Democrático também imponha metas e deveres capazes de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com o objetivo de garantir a evolução e o crescimento da nação, legislando normas penais que realmente sejam ofensivas à sociedade, imputando um senso social de justiça.

Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana. A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social<sup>9</sup>.

Torna-se, pois, importante tanger o vínculo entre o Direito Constitucional e o Direito Penal. É por meio do Direito Penal que o Estado emana o poder de controle social, dando efeito às garantias da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à igualdade, à intimidade, à dignidade e tantas outras alcançados no Art. 5º da Constituição. Destarte, os legisladores, ao elaborarem condutas criminosas, devem estar atentos ao fato que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, devem sempre encontrar balizas na Constituição, fornecendo assim, legitimidade de tutela aos direitos fundamentais nela conferidos. Greco confere que:

Os valores obrigados pela Carta Magna tais como a liberdade, a segurança, o bem estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhes as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens ditos como fundamentais<sup>10</sup>.

Para o autor, a Constituição deve exercer tanto o papel de orientador do legislador, apresentando os valores indispensáveis à manutenção da sociedade, tal como o papel de limitador, proibindo ou impondo que sejam constituídos comportamentos

---

8 Ibidem. p 21.

9 Ibidem. p 22.

10 GRECO, Rogerio. Curso de direito penal: parte geral. 20. ed. Rio de Janeiro. 2018. p 35.

que violem os Direitos Fundamentais consagrados pela Constituição. Nas palavras de André Copetti, é possível aprender que:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o Direito Penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade<sup>11</sup>.

Por estes motivos é essencial que tanto o Direito Penal – tipos penais incriminadores - como o processo penal - procedimento para tutela do direito penal – estejam balizados aos fundamentos da Lei Maior, proporcionando coerência ao Processo Penal com os princípios fundantes do Estado, não sendo suportada nenhuma regra processual na contra mão dos dispostos constitucionais.

Sobre isso, leciona a professora Ada Pellegrine Grinover:

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, a qual informa. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder a interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja acolhido e aplicado de acordo com o momento histórico em que se vive, a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e Processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhido na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade<sup>12</sup>.

Dentro do Art. 5º é possível vislumbrar o rol de direitos fundamentais, tais como as garantias do devido processo legal, conforme se observa nos seguintes incisos:

Inciso XI, trata da inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, dispõe sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que repudia juízo

---

11 COPETTI, André. Direito penal e estado democrático de direito, p. 137-138. APUD GRECO Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2018. p 36.

12 GRINOVER, Ada Pellegrine apud FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p 16.

ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo e julgamento feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal para ser privado da liberdade e de bens; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão legal e fundamentada; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares do preso e ao juiz; inciso LXIII, sobre a informação ao preso de seus direitos; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e LXXVIII, que garante a todos a razoável duração do processo, seja ele judicial ou administrativo.

Além de todos os incisos garantidores do Art. 5º, a Emenda Constitucional 45/2004, tratou também como texto constitucional as normas sobre direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais, desde que aprovadas pelo seguinte crivo:

Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais <sup>13</sup>.

Como perceptível, é de extrema importância a forma como o Homem é tratado dentro do ordenamento, sendo para ele o início e fim de toda norma, devendo, pois, estar no centro à sua proteção. Porquanto é necessário que toda a legislação penal seja concebida dentro dos princípios do Direito Penal. Assim, em coerência os dispostos constitucionais, devemos assimilar que é de intenção da Lei Maior, deferir tratamento digno a todos os seus subordinados, ainda que pese sobre alguns a força da lei, restringindo a sua liberdade, contudo, o condenado manterá sua titularidade de direitos fundamentais, mesmo que se encontre em situação de reclusão do convívio social, não sendo da vontade da Lei Fundante a exclusão dos transgressores e sim a sua reinserção a sociedade.

## **2. O Direito Penal do Inimigo**

---

13 **Constituição** Federal de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Com os avanços sociais, a busca desenfreada pela competitividade econômica e pessoal, a globalização e a modernidade, como efeito, o aumento da criminalidade tomou formas assustadoras na atual realidade mundial. Com isso, em todo mundo foi crescente a idealização da corrente do Direito Penal Máximo, em prol de uma ampliação das leis penais de forma mais rígida, onde mais condutas deveriam ser enquadradas como crime a fim de proporcionar mais defesas aos bens jurídicos da sociedade. Para tanto além da ampliação das tipificações penais, a corrente do Direito Penal Máximo, ou para alguns, o Direito Penal Moderno, defende uma maior rigidez das penas, ou seja, penas mais graves, mais severas, afastando do ordenamento outras medidas como multas e prestações alternativas. A corrente também tem como pretensão enrijecer o regime da execução da pena, visando o regime fechado como o mais propício para o cumprimento dos crimes ditos graves, retirando, caso precise, garantias fundamentais, tratando com tolerância zero aqueles que por diversas vezes cometerem crimes.

Greco elenca, como exemplo do conceito de agravamento das penas e tratamentos aos transgressores, no âmbito do Direito Penal Máximo, as seguintes correntes:

Direito Penal do Risco; Antecipação das Punições, Aumentos dos Crimes de Perigo Abstrato; Delitos Econômicos; Crime Organizado; Lavagem de Dinheiro; Direito Penal Ambiental; Terrorismo; Drogas; Mudança do Tratamento do Criminoso, enxergando-o como Inimigo; Aumento da Proteção a bens jurídicos abstratos, como a saúde pública; Recrudescimento das Penas; Dificuldade para reintegração social do preso, aumentando o efetivo tempo de cumprimento da pena, dificultando sua saída do cárcere no que diz respeito a progressão de regime ou livramento condicional<sup>14</sup>.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo Alemão Günther Jakobs, surgiu em 1985, ganhando notoriedade mundial após o incidente terrorista das torres gêmeas, somados a outros ataques terrorista em sequência. A teoria de Jakobs é dividida em dois conceitos: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, ficando fortemente ligada à sociedade do risco e a disseminação do direito penal.

Tendo como fundamento a divisão do direito em dois polos distintos: o Direito Penal do Cidadão sendo aplicado as pessoas que seguissem as “regras” e apresentassem condutas aceitáveis. E o Direito Penal do Inimigo que seria aplicado aos inimigos da sociedade, composto por “indivíduos despidos de personalidade, submetidos a um processo de coisificação”.

---

<sup>14</sup>GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2017. p. 44

Jakobs se baseia em grandes ideias filosóficas, em especial as dos grandes contratualistas, pois, segundo eles, os homens abririam mão de sua liberdade para aderirem às leis de uma sociedade/Estado, recebendo em troca a promessa de um Estado protegido e com oportunidade de evolução, dando então origem ao Contrato Social.

Com esses pilares, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, está apontada para os indivíduos que não se amoldam as leis, normas e princípios do Estado Jurídico, agindo de forma perigosa, praticando crimes que caracterizam grandes riscos a sociedade, sendo então rotulado como um inimigo da vida social. Como diz Jakobs, a teoria é destinada aos “desviantes”, ou seja, aqueles que embora conheçam as normas, optam por desacata-las, não de forma espontânea ou impulsiva, mas sim, de forma a afrontar a tipificação penal.

Martín explana eficientemente a acerca do criminoso cidadão:

O Direito Penal do Cidadão define e sanciona delitos ou infrações normativas realizadas pelos indivíduos de um modo incidental, e normalmente havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam com o seu status de cidadãos, isto é, na sua condição de sujeitos vinculados ao e pelo Direito. O delito de um cidadão não surge como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como desgaste desta, como deslize reparável<sup>15</sup>.

O Direito Penal Inimigo é a disciplina jurídica da exclusão dos inimigos, que se justifica atualmente porque estes não são pessoas, e, conceitualmente, vislumbra uma guerra cujo alcance, limitado ou total depende do que se possa temer em relação a eles <sup>16</sup>.

No livro Direito Penal do Inimigo, o autor conceitua a forma que vem a ser o inimigo para sua teoria<sup>17</sup>, descrevendo para tanto que “O "inimigo" é considerado o "irreconciliavelmente oposto", isto é, aquele que apresenta um distanciamento duradouro e não incidental das regras de Direito, verificado pelo seu comportamento pessoal, profissão, vida econômica, etc.” Deste modo, para autor, tais posturas se colocam fora do âmbito do direito, as margens dele, distanciando-os de uma possível segurança cognitiva mínima necessária, não tornando possível que sejam considerados

---

<sup>15</sup>MARTÍN, Luis Gracia. O Horizonte do Finalismo e o Direito penal do Inimigo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 81.

<sup>16</sup> Ibidem. p 78.

<sup>17</sup>JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: \_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 21.

como pessoas. Para ele “Essa condição de inimigo radica, sobretudo, em sua desconsideração enquanto pessoa, conceito que, segundo essa teoria, tem um viés normativo<sup>18</sup>.” Explicando em sua conceptualização, que “pessoa” não é um dado natural, inerente, mas sim que se relaciona com o “destino das expectativas normativas”.

Jackobs<sup>19</sup> pontua que ao fazer referência do Direito Penal do cidadão e ao Direito Penal do Inimigo, teríamos dois tipos de ideais que dificilmente estariam juntos na sociedade, isso porque, para ele, as duas esferas são dispareas ao ponto de não se encontrarem juntas na realidade, expressando que não é possível pensar um único direito penal, que fosse capaz de atender satisfatoriamente essas duas vertentes, ou seja, de um lado “um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito Penal do Cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito Penal do Inimigo”, afirmando que não se trata de contrapor duas esferas isoladas de um mesmo Direito, mas que descreve dois polos de um só mundo, de um só contexto jurídico – penal, onde “o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe serem concedidos no processo penal os direitos de um acusado cidadão”.

Destarte, o Direito Penal do Inimigo, deveria atender ao polo mais afastado da sociedade, ou seja, dos agentes que praticam condutas baseadas em regras, digamos, criando suas próprias leis e normas, no lugar de “condutas espontâneas e impulsivas”, separando assim o inimigo do cidadão.

Para a o filósofo, o Direito Penal deve atuar de forma máxima, contra os transgressores de maior periculosidade, pois se tratam não de pessoas e sim de inimigos, ao se afastarem do Direito, negando-se a submissão da lei do Estado. E assim, em prol da segurança comum, e do bem maior do Estado, este deve ser enérgico quanto ao combate da criminalidade. Pontua Costa que a diferença entre as premissas do direito penal do inimigo e do direito penal do cidadão, encontra-se na diferente periculosidade do agente:

---

<sup>18</sup>*Ibidem.* p 21.

<sup>19</sup>*Ibidem.* p 22.

De acordo com a teoria, a diferença entre cidadão e inimigo reside na periculosidade do sujeito ativo que praticou o delito. Isso significa dizer que toda e qualquer pessoa pode vir a incorrer em uma infração penal, mas somente o inimigo pratica condutas que ameaçam o bem-estar da sociedade, assim como a manutenção do ordenamento jurídico e do próprio Estado. Logo, não haveria que falar-se em desproporcionalidade entre os tratamentos conferidos, eis que igualmente desproporcionais são os riscos apresentados pelo cidadão e pelo inimigo<sup>20</sup>.

Tendo, para Luiz Flavio Gomes as seguintes características:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade<sup>21</sup>.

Por consequência, sob a ótica de Jakobs, uma atitude diferente seria praticada para aquele declarado como Inimigo do Estado, fundamentando a aplicação de penas mais severas, objetivando a proteção jurídica e criando um ambiente que fosse suficientemente capaz, com essas atitudes, de prevenir de forma efetiva que essas condutas fossem repetidas. Em outras palavras, seria utilizando a força severa aos inimigos, que teríamos exemplos para que os demais se repelissem ao ato, ainda que, com isso, fossem violadas as garantias fundamentais do Estado Democrático.

Deve-se ressaltar que a ideia de inimigo nada mais é do que uma elaboração da sociedade, que amedrontada pela violência, cria estereótipos para tentar atribuir-lhes a culpa de danos a ela causados. Uma vez que sejam

---

20COSTA, Jessica Moraes dos Santos da. Rio de Janeiro 2013, Escola Jurídica Magistratura. [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2013/trabalhos\\_12013JessicaMoraesSantosCosta.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013JessicaMoraesSantosCosta.pdf). Acesso 03 de Agosto de 2021.

21GOMES, Luís Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal). Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj029698.pdf/consult/cj029698.pdf> Acesso em: 01 de Agosto de 2021.

diferenciados aqueles que são fontes de perigo dos que não oferecem ameaça, fica mais fácil vigiá-los e afastar-se deles, para garantir sua segurança<sup>22</sup>.

Temos então que, segundo a teoria, a imputação da condição de “pessoa” a um agente está tangivelmente ligada à satisfação do que lhe esperado normativamente falando, ou seja, ligado à sua prestação de âmbito normativo, se a ele é capaz ou não de se controlar socialmente perante as normas que lhe são impostas. Por posto, o inimigo se torna todo àquele que seja incapaz de oferecer o mínimo de expectativa normativa que lhe é esperado, pois assim, ele se afasta da legitimidade da norma jurídica, indo contra ela, devendo então não ser pessoa, e sim inimigo do Estado.

O autor esclarece que as condutas delitivas reprováveis atentadas pelos ditos cidadãos são classificadas como reparáveis, não colocando em risco o Estado. Jakobs cita o seguinte exemplo:

Para esclarecer o que foi dito, pense no sobrinho que mata seu tio, como objetivo de acelerar o recebimento da herança, a qual tem direito. Nenhum Estado sucumbe por um caso destas características. Ademais, o ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições. O malvado sobrinho pretende amparar-se na proteção da vida e da propriedade dispensadas pelo Estado; isto é, comporta-se, evidentemente, de maneira autocontraditória. Dito de outro modo, opta, como qualquer um reconheceria, por um mundo insustentável. E isso não só no sentido do insustentável, desde o ponto de vista prático, em uma determinada situação, mas já no plano teórico. Esse mundo é impensável<sup>23</sup>.

Para ele, tal conduta por não atacar a organização do Estado, é algo reparável, levando a acreditar que o agente, embora necessite da coerção pela conduta típica, atinge somente a norma, não sendo, portanto, considerado um inimigo. Assim, segundo a teoria, o Direito Penal do Cidadão trabalha no âmbito da “compensação de um dano à vigência da norma”, sendo que por outro lado, o Direito Penal do Inimigo deve se atentar com a exclusão inimiga através da coação preventiva e não efetiva. Assim todo aquele que pratica atos que influi na destruição da ordem, deve ser, prioritariamente, tratado como inimigos do Estado, sendo, pois, postos como coisa, não preservando a esses indivíduos as vantagens e garantias fundamentais. Conforme conclui:

---

22COSTA, Jessica Moraes dos Santos da. Rio de Janeiro 2013, Escola Jurídica Magistratura. [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2013/trabalhos\\_12013JessicaMoraesSantosCosta.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013JessicaMoraesSantosCosta.pdf). Acesso 03 de Agosto de 2021.

23JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: \_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 30.

Já se tem mencionado o exemplo da custódia de segurança como medida de segurança. Há muitas outras regras do Direito Penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminuindo a disposição em tratar o delinquente como pessoa. Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de «delitos sexuais e outras infrações penais perigosas», assim como, em geral, no que tange aos «crimes». Pretende-se combater, em cada um destes casos, indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada), ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 3º StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.<sup>24</sup>

A teoria atribui que a função manifesta da pena, dentro do Direito Penal do Cidadão, é uma contradição, enquanto que para o Direito Penal do inimigo é a “eliminação de um perigo”, entendendo que, todo aquele que age de maneira desviada, não oferece um comportamento pessoal que faz jus a sua condição de pessoa, e porquanto, não deveria ser tratado com um cidadão, e sim, expurgado como um inimigo, pois atua de frente a uma guerra, privando a segurança do demais indivíduos do Estado.

Para o Professor Marcelo Pichioli da Silveira, em sua resenha sobre o tema, as críticas voltadas contra a teoria de Jakobs são em grande parte distorcidas, conforme debate:

Uma palavra final: o direito penal do inimigo (e as teses de JAKOBS) ganhou contornos extraordinariamente distorcidos em nosso ensino jurídico, muito por conta, diga-se a verdade, de seu tom provocativo. De qualquer maneira, há muita “crítica” (com aspas propositais) por parte de quem não compreende — muitas vezes por falta de leitura... — o autor e tentam lançar seu discurso a um Direito cujo pensamento seria um retrocesso, que puniria um sujeito “porque ele é judeu; negro; cigano; homossexual; deficiente físico”, como pretende, sem felicidade, o Professora LEXANDRE S ALIM, que ainda relaciona JAKOBS a HITLER. O que ele e vários outros “críticos” não levam em conta, por exemplo, é o fato de o próprio JAKOBS tratar Hitler como um inimigo (!)<sup>25</sup>.

<sup>24</sup>*Ibidem*. p 33-34.

<sup>25</sup>SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. Direito Penal do Inimigo, (o debate) de GÜNTHER JAKOBS e MANUEL CANCIO MELIÁ. Resenha Forense. Disponível em [https://www.academia.edu/35503435/G%C3%BCnther\\_Jakobs\\_e\\_Manuel\\_Cancio\\_Meli%C3%A1\\_Direito\\_Penal\\_do\\_Inimigo](https://www.academia.edu/35503435/G%C3%BCnther_Jakobs_e_Manuel_Cancio_Meli%C3%A1_Direito_Penal_do_Inimigo). Acesso em 05 de agosto de 2021.

Desta forma Silveira chama a reflexão do real motivo, no qual Jakobs sofreu inúmeras críticas, acreditando que a teoria do Direito Penal do Inimigo, não se trata de um tratamento diferenciado entre as pessoas de um mesmo Estado com comportamento distintos, e sim, uma teoria que visa a proteção do Estado contra certos agentes que se contrapõe fortemente ao senso de conduta esperado pelos indivíduos deste mesmo Estado. A vista disso, utilizando-se de teoria, o Estado estaria pronto para atuar a modo de extirpar tais surgimentos dentro da sociedade, condicionando-os a tratamentos severos, cabíveis, contudo, diante da afronta inimiga oferecida por esses agentes. Levando ao debate a ideia de que é melhor tratar o mau com o mau, do que impedir o bom de viver em uma sociedade de bem, mais justa e melhor.

Jakobs acredita ser legítimo o Direito Penal do Inimigo, uma vez que o próprio Estado é quem, de forma inicialmente fictícia, impõe normas, e que da mesma forma, as muda, as convertem, ou as afastam, em prol da criação de um modelo fundamental, levando a reflexão de que todo o direito é, e foi criado para atender a expectativas de um plano ideal fundante, e não real, não sendo, no entanto parte tangível dela, mas tendendo para o dever ser da norma, e não, necessariamente do que é de fato. Com isso autor aponta diversas normas que “são aceitáveis” aos olhos do Direito Penal, mas que, no entanto, também violam garantias e direitos fundamentais, que foram desenvolvidas, com mesmo intuito: proteção do bem jurídico, ou, como prefere, da própria norma.

“A constatação de que um Estado que não reconhece a custódia de segurança, que castiga a fundação de uma associação terrorista, exclusivamente, enquanto delito contra a ordem pública, que são alheios a incomunicabilidade, as numerosas escutas, aos agentes secretos e a muitos outros instrumentos, aproximam-se mais ao ideal de um Estado de Direito do que um que permita tais instituições e medidas é somente uma constatação que se pode fazer em abstracto; por outro lado, em concreto é possível que a renúncia a estas instituições anule o conteúdo do direito do cidadão à segurança, e esse direito a segurança é outra denominação do direito do estado de vigência real do Direito<sup>26</sup>

### **3. O Direito Penal do Inimigo Dentro de Um Estado Democrático de Direitos**

---

26JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: \_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 63-64.

Com a constante cobrança do povo pela diminuição da criminalidade, a primeira alternativa que o Estado vislumbra é a elaboração de um direito penal de emergência, onde que, sem um estudo complexo, surgem para sanar uma deficiência, sendo, no entanto, além de ineficaz, enviesada de parâmetros que atentam contra o Estado Democrático.

Como vimos no decorrer deste artigo, o Estado de Direito Democrático, deve ser regido pelas balizas da constituição, que é de onde vem a norma fundante. A Constituição Brasileira forma um conjunto garantista, apresentando o dever ser das normas de direito nelas legitimadas. Luiz Régis Prado<sup>27</sup> ensina que o garantismo se caracteriza essencialmente, pela distinção entre “ser e dever ser do Direito” e pela utilização do Direito e do Estado como meio/instrumento para garantir bens e direitos fundamentais ao cidadão.

De tal modo, a Constituição Federal de 1988, arrola no seu Artigo 5º, as principais garantias penais, tendo essencialmente os princípios do direito à ampla defesa e ao contraditório, ao devido processo legal, à individualização da pena, vedação ao júízo ou tribunal de exceção, dentre outros.

Desta forma, para muitos doutrinadores, a Teoria Do Direito Penal do Inimigo é, na atualidade, motivo de intenso antagonismo doutrinário. De acordo com GRECO a mídia no final do século passado, foi a principal percussora da ideia de um Direito Penal Máximo:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados<sup>28</sup>.

Ao descrever tratamentos diferentes para os “mocinhos” e “vilões”, os bons e o maus, dando aos maus o título de inimigos da sociedade, o autor da teoria encontrou, mediante aos seus pilares, apoiadores e críticos por toda doutrina, onde muitos alegam

---

27 PRADO, Luiz Regis. Direito Penal. V.1, parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 115

28 GRECO, Rogério. Direito Penal do inimigo, (2010). Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029//>>. Acesso em: 05 de agosto. 2021.

que essa diferenciação nas punições, descritas, influencia não somente na criação das leis no âmbito legislativo, mas como também nas aplicações das penas pelos operadores do direito.

Para Rogerio Greco, a teoria precisa ser erradicada do meio jurídico, pois devemos afastar pensamento que nos levem de volta a um direito penal retrógado, visto que as conquistas adquiridas, todas as garantias fundamentais conquistadas, são atentadas perante tais pensamentos, concluindo que:

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão *versus* inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo, e lá estarei eu sendo preso, sem qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento vazio e desumano<sup>29</sup>.

Greco defende a ideia de que, o Estado ao julgar a prática de um determinado fato típico, deveria apenas aplicar uma sanção com a finalidade de afastar a conduta divergente com o disposto com seu ordenamento jurídico, permitindo assim sua segurança jurídica e manutenção do Estado.

O Direito Penal do Inimigo é composto três características em especial: a antecipação da tutela penal, a desproporcionalidade das penas e a relativização das garantias penais e processuais. Para Alcântara e outros:

Estas qualificadoras infringem os princípios constitucionais, sendo eles: o da dignidade da pessoa humana previsto no art.1º,III da Magna Carta, o que é inerente ao ser humano, principalmente quando estamos nos referindo ao um Estado Democrático de Direito onde o homem deve ser tratado com respeito; o da isonomia assegurado no art. 5º, caput da CF/88, certifica que o homem deve ser tratado de maneira igualitária tanto no âmbito jurídico como na relação social, não devendo ter a distinção entre os polos – cidadão x inimigo, abordada pela teoria de Jakobs. Com isto, evidencia-se a despreocupação que o direito penal do inimigo apresenta perante aos princípios constitucionais, enquanto que o Direito Penal do Cidadão respeita<sup>30</sup>.

---

29 Ibidem

30ALCANTRA E OUTROS. Direito Penal do inimigo: um estudo acerca dos resquícios da teoria de Gunther Jakobs em legislações específicas do ordenamento penal brasileiro. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56932/direito-penal-do-inimigo-um-estudo-acerca-dos-resquicios-da-teoria-de-gunther-jakobs-em-legislacoes-especificas-do-ordenamento-penal-brasileiro>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

Todas essas premissas, torna clara a inflexibilidade punitiva existente na teoria de Jakobs, tendo como crítica doutrinária, a relativização dos direitos fundamentais, demonstrando incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, é perceptível que o direito penal defendido sob a ótica do Direito Penal do Inimigo é um direito fundamentado no direito do autor, e não do fato. Onde a pessoa do autor, sua personalidade será julgada, e não tão somente a conduta por ele praticada.

Deste posto, é demonstrado que a forma de vida, as circunstâncias pessoais do indivíduo são maiores que o próprio crime em si, não sendo analisado a periculosidade do ato, e sim da periculosidade do autor. Para Lopes e Rosa quando ao autor é julgado não somente pelo que faz, mas também pelas suas condutas anteriores, teremos uma violação das garantias constitucionais e democráticas, conforme elecionam:

Nesse momento o *autor* que passa a ser julgado não pelo que *fez*, mas pelo que *fez no passado* e *é*, em franca violação dos postulados constitucionais e democráticos, funcionando muitas vezes para sustentar a condenação no caso de ausência de certeza. Isto é, em caso de dúvida, consulta-se *inconstitucionalmente* os antecedentes e se existirem, o julgamento pode acabar em condenação, aplicando-se um *indutivismo* ingênuo. De sorte que, levando-se a sério os *Direitos Fundamentais*, nada pode ser considerado como *maus antecedentes*, eis que as construções *positivas*, manifestadas pela *periculosidade* e defesa social foram desterradas de uma sociedade que se quer democrática, sendo o agravamento evidente *bis in idem*.

Sobre a *personalidade* do agente, os julgamentos moralizantes desfilam com todo o vigor. Se legitimando imaginariamente em censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados *adjetivam* muito mais do que democraticamente poderia se esperar. Julgam, enfim, o “pária” com um desdém demoníaco, em nome da segurança jurídica e do bem, obviamente. Apesar de assim procederem, suas pseudo-constatações são o mais puro exercício de imaginação, quiçá um autojulgamento, projetando no outro seu inimigo interno (Caio Fernando Abreu), sem, ademais, qualquer hipótese comprovada, refutável em contraditório, mas tão-somente *impressões* pessoais, lugares-comuns, *incontroláveis*, *fascistas*. Diz Amilton Bueno de Carvalho: “A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade – cada um a tem como entende’. (...) Mais, a alegação de ‘voltada para a prática delitiva’ é retórica, juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza<sup>31</sup>.”

---

31 ROSA, Alexandre Moraes e LOPES, Aury. Limite Penal quando não julga razão pelos antecedentes. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/limite-penal-quando-nao-julga-razao-pelos-antecedentes>. Acesso em 30 de agosto de 2021

Portanto, para esses autores, a Teoria arrasta o Direito Penal para longe dos princípios constitucionais, desrespeitando as garantias do devido processo legal, violando princípios processuais basilares do processo penal, como a ampla defesa e o contraditório.

Meliá, em sua crítica a Teoria Penal do Inimigo, preocupa-se com o crescimento do Direito Penal, para ele “o surgimento de setores inteiros de regulação” com a finalidade da redução da criminalidade podem resultar em dois fenômenos: o Direito penal simbólico e o ressurgimento do punitivismo. Para Souza, baseado na crítica feita por Meliá em seu livro, conclui que:

O Direito penal assume um caráter simbólico quando se constata nos agentes políticos o objetivo de “dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” ao se utilizar de fenômenos da neocriminalização para atender aos anseios punitivos da sociedade. Contudo, as inovações e reformas na classificação da criminalidade cumprem muito mais que um mero aspecto simbólico. Esses fenômenos integram necessariamente o direito penal.

Quanto ao “ressurgir do punitivismo”, esse é encarado como um retrocesso - aqui entendido como um processo inverso ao ocorrido em momentos anteriores da história, em que foram descriminalizadas várias infrações - às formas de criminalização corroborado pela introdução, cada vez maior, de novas normas penais e pela intransigência das normas já existentes. Evidencia-se que “a tendência atual do legislador é a de reagir com firmeza [...], no marco da luta contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas. “Nota-se, por conseguinte, que os dois fenômenos apresentados – punitivismo e Direito penal simbólico - não são passíveis de separação. A introdução no ordenamento jurídico de normas extremamente punitivistas leva, conseqüentemente, a análise, pelo legislador, dos efeitos simbólicos que tal introdução causaria. Essa importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política na aprovação de medidas repressivas é o que propõem a denominação de Direito penal simbólico. Manuel Cancio Meliá vê nesse fenômeno a identificação de determinado “fato” e também a construção de um tipo específico de autor, de uma identidade social “etiquetada”, em que o indivíduo “é definido não como igual, mas como outro.” E essa formação só é possível graças ao punitivismo exacerbado, principalmente na reforma e rigorosidade de condutas já tipificadas. Da associação desses dois fatores é que surge o Direito Penal do Inimigo<sup>32</sup>.

Outro apontamento importante feito por Meliá é que a teoria de Jakobs afronta o Estado Democrático de Direito em três elementos fundamentais: O amplo adiamento

---

32SOUZA, Kárita Katharina Silva Nunes. *A LEI DE DROGAS À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: o usuário como cidadão e o traficante como inimigo*. UniCEUB. Trabalho conclusão de Curso de Direito. Brasília. 2012. [https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/605/3/20766213\\_K%C3%A1rita%20Souza.pdf](https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/605/3/20766213_K%C3%A1rita%20Souza.pdf). Acessado em 25/09/2021.

da punibilidade, a grande desproporcionalidade das penas, e a relativização ou até mesmo supressão das garantias processuais. Devendo, diante de tais afrontas, ser afastada da esfera jurídica penal por se tratar de conceitos politicamente errados e inconstitucionais, sendo incapaz de contribuir, segundo suas próprias palavras, com a “prevenção policial-fática de delitos”. Para o autor da crítica, Jakob ignora que o risco social é mais uma construção sociológica, não tendo extensões reais de dadas condutas, para ele a coerção severa aplicada aos inimigos, é severa não pelo crime em si, mas sim pela falsa percepção de combater “comportamentos delitivos que afetam, certamente, os elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades questionadas.”

De tal modo, para Maliá, o Direito Penal do Inimigo, uma vez que reconhece a exclusão do inimigo e cria punições especiais a esses agentes, se afasta do Direito Penal, pois segue premissas que vão contra os princípios do Direito Penal de um Estado Democrático, tendo total incompatibilidade com o Direito Penal do Fato adotado pelo nosso Código Penal, que não permite a punição de atos preparatórios – pensamentos - necessitando de uma ação típica para imputação criminal.

Para Capezo Direito Penal deve ter como base o respeito a norma, sendo necessário criar entre os cidadãos o sentimento de que a punição não existe para gerar o bem de todos, entendendo que este não será conquistado pelo medo da punição, e sim pela motivação social de um crescimento social geral, um bem melhor para todos. Sendo necessário para isso passar credibilidade, não dando espaço para tratamentos diferentes entre os subordinados a norma.

## **CONCLUSÃO**

Como compreendido, a modernidade vive uma forte crise de criminalizações, sendo constante o medo e a insegurança. Segurança essa que deriva tanto do campo político, do crime em si, quanto ao sistema jurídico, partindo da legitimidade do Estado e seu poder punitivo. Como consequência, vivemos uma época onde o povo anseia cada vez mais por um resultado no âmbito do direito criminal, exigindo repostas do poder legislativo na busca de frear as condutas crimes, entendo que para tanto seja necessário o recrudescimento das penas, tendo regente um espírito de emergência e imediatismos.

Na tensão entre a crise de segurança individual, vivenciada pela sociedade, que se vê cada vez mais como vítima em potencial, e a falência da segurança pública, apresentada pela incapacidade de os órgãos de Estado administrarem em minimamente os riscos, tentações autoritárias brotam com a aparência de instrumentos eficazes ao restabelecimento da lei e da ordem. No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser preço razoável a ser pago pela retomada da segurança.<sup>33</sup>

Devido tais ocorrências, houve a ascensão da ideia do Direito Penal de Emergência, ou Direito Penal Máximo, fazendo com que o sistema penal vire um campo da segurança pública, e não o que de fato deveria ser - o controle do poder punitivo do Estado.

Como foi possível demonstrar, o a teoria de Günther Jakobs, propõe uma divisão do direito penal em dois polos: o inimigo e o cidadão. Onde o segundo se enquadra no agente que muita embora pratique condutas delituosas, não pratica crimes contra a organização do Estado, em outras palavras, o cidadão penal de Jakobs é aquele, que muito embora cometa deslises, compactua com o Estado, está nele inserido, ainda que eventualmente haja em desacordo com o esperado, possuindo uma segurança cognitiva que enseje segurança jurídica. Em oposto a isso, temos o inimigo, onde que suas condutas desviantes demonstram pouco ou nenhum apressamento pelo estado, ou seja, que se encontra afastado daquilo que é esperado e compactuado, não possuindo uma cognição congruente com o que lhe esperado, incapazes a cumprir o que é proposto pelo estado, devendo então serem despersonalizados e tratados como inimigos.

Conforme já afirmado, o direito penal do inimigo consiste numa estratégia de contenção formulada por Jakobs, que tem como objetivo, por meio do reconhecimento formal desse “ramo” do direito penal, restringir sua aplicação apenas aos indivíduos considerados perigosos, impedindo assim sua indevida propagação para o restante do direito penal. No entanto, embora sua proposta tenha como escopo proteger os princípios e garantias do direito penal liberal da intromissão de características do direito penal do inimigo, o professor alemão se equivocou, de acordo com Zaffaroni (2007, p. 159), ao não levar em consideração o fato, já assinalado anteriormente por Carl Schmitt, de que não há espaço jurídico para o inimigo no marco do Estado de Direito, mas apenas num Estado absoluto<sup>34</sup>.

---

33CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

34BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Fernandes de. Direito Penal Do Inimigo E A Guerra Contra O Tráfico De Drogas No Brasil. Revista da Faculdade de Direito Ufpr, [s.l.], v. 57, p.221-243, 3 dez. 2013. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: Acesso em: 22/10/2021. P237

Consequentemente o Direito Penal do Inimigo, possui uma linha de ação com a finalidade de restringir sua aplicação a um determinado grupo de indivíduos, tal qual, os agentes considerados de alta periculosidade, com o fundamento de impedir sua disseminação social.

A teoria é destinada para os que violam de forma constante contra a ordem jurídica, indo contra a ideia de submissão/pactuação com o contrato social, e que, portanto, por atentarem contra a norma e a manutenção do contrato, deveriam ser despersonalizados e, destarte, tratados como inimigos. Em suma o Inimigo de Jakobs é desprovido de cognição social, devendo, pois, se afastado do Estado com força severa.

Baseado na ideia de que o Estado possui sempre a essencialidade e prioridade de manter a ordem e o bem estar social, Jakobs atribui legitimidade para que, em nome de um bem geral maior, o Direito Penal suprimisse as garantias processuais e os direitos fundamentais daqueles que colocam o Estado em risco, como uma forma de manutenção da ordem, objetivando assim segurança do Estado e da sociedade.

Com isso, sob a ideia de conferir segurança, a sociedade passa a entender que a redução da criminalidade mora nas mãos do Direito Penal, se opondo criticamente as garantias, usando a máxima de que “bandido bom é bandido morto”. No entanto essas máximas contradizem todo o entendimento conquistado evolutivamente do âmbito penal, que ao pender para violência ilegítima, contraria sua real função, que é a de agir em conformidade com as garantias constitucionais. Atualmente o Direito Penal do Inimigo é um dos fortes instrumentos utilizados para fundamentar os discursos arbitrários dentro do sistema penal<sup>35</sup>.

Segundo Meliá, a ideia da expansão do direito penal, engloba grande parte dos aspectos da política criminal moderna, tendo como marca a crescente legislação ocidental com o aumento de novos setores tutelados, acerbando assim, os tipos penais vigentes, sendo isso uma consequência intrinsecamente ligada ao pensamento do Direito Penal do Inimigo, fazendo ressurgir o punitivismo.

A vista disso, é oportuno o debate da legitimidade do Direito Penal do Inimigo dentro de um Estado Democrático de Direito, que deve acima de tudo preservar as garantias e os direitos fundamentais. Embora Jakobs aponte para tal legitimidade, no

---

sentido de que o Estado deve, a qualquer preço manter sua segurança e sua ordem, podendo para tanto antever por meio da norma penal possíveis risco contra sua manutenção, o que nos parece é que o autor não se atenta ao fato que as garantias e o direitos fundamentais são inerentes ao homem, não sendo um direito criado, e sim declarado, e que foi positivado a muita custa e luta, após anos de submissão, autoritarismo, inquisição e absolutismo.

Sendo possível assim concluir que o Direito Penal do Inimigo se afasta dos fundamentos e princípios do Direito Penal, atentando contra a Constituição Federal, se afastando dos direitos fundamentais de um Estado de Direito Democrático.

## Referências bibliográficas

**AGAMBEN**, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo. Boitempo Editorial, 2004.

**ALCANTRA E OUTROS**. Direito Penal do inimigo: um estudo acerca dos resquícios da teoria de Gunther Jakobs em legislações específicas do ordenamento penal brasileiro. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56932/direito-penal-do-inimigo-um-estudo-acerca-dos-resquicios-da-teoria-de-gunther-jakobs-em-legislacoes-especificas-do-ordenamento-penal-brasileiro>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

**ARAUJO**, Gisele Silva. Função Social do Direito. In: Lier Pires Ferreira; Ricardo Guanabara; Vladimyr Lombardo Jorge. Curso de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

**ARISTÓTELES**. A política. Trad. Roberto L. F. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Adaptado.

**BECCARIA**. Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 2ª Ed. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1999.

**BREGA FILHO**, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p 62-65

**BOITEUX**. Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Revista Juridica, In [https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux\\_trafico\\_-constituicao\\_-rev\\_juridica\\_2009-1.pdf](https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/boiteux_trafico_-constituicao_-rev_juridica_2009-1.pdf) Acessa em 05/06/2021

**CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Penais, n. 58, São Paulo, RT, 2006.

**CAPEZ**, Fernando. Curso de Direito Penal. Ed 23. Editora Saraiva. 2015

**CLEMENTINO, Cláudio Leite**. *Considerações Sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo*, Revista Eletrônica Âmbito Jurídico <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/consideracoes-sobre-a-teoria-do-direito-penal-do-inimigo/>

**COPETTI**, André. Direito penal e estado democrático de direito, p. 137-138. **APUD GRECO** Rogerio. Curso de direito penal: parte geral. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2018. p 36.

**Constituição** Federal de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

**COSTA**, Jessica Moraes dos Santos da. Rio de Janeiro 2013, Escola Jurídica Magistratura. [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2013/trabalhos\\_12013JessicaMoraesSantosCosta.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013JessicaMoraesSantosCosta.pdf). Acesso 03 de Agosto de 2021.

**CORRÊA**. Mauricio Miranda Sampaio. *Direito Penal do Inimigo: Teoria, critica e atualidade. Pós Graduação “Lato Sensu”*, Faculdade Cândido Mende, Rio de Janeiro, 2010.

**Decreto-Lei** nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1938. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm). Acesso em: 15 de Setembro 2021.

**DEL OMO**, Rosa. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

**DINIZ**, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2001.

**DURKHEIM**, Émili - Lições de Sociologia. Ed Edipro, 2015

**FILHO**. Manoel. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

**FOUCAULT** apud **BORGES**, Clara Maria Roman; **OLIVEIRA**, Vivian Fernandes de. Direito Penal Do Inimigo E A Guerra Contra O Tráfico De Drogas No Brasil. Revista da Faculdade de Direito Ufpr. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34565/21425> acessada em 22/10/2021.

**FLORENCIO**, Gilberto. Novo dicionário jurídico: de acordo com o novo código civil. 1. ed. São Paulo.

**ESTEFAM**, A.; **GONÇALVES**, Victor. Direito penal esquematizado: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

**GRECO**, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2017.

**GRECO**, Rogério. Direito Penal do inimigo, (2010). Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029//>>. Acesso em: 05 de Agosto. 2021.

**1GRINOVER**, Ada Pelligrine apud**FERNANDES**, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p 16.

**GOMES**, Luís Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal). Disponível em: Acesso em: 01 de Agosto de 2021.

**HILDEBRAND**, Antonio. Dicionário jurídico. São Paulo: Jhmizuno. 2004. p. 112.  
**MASSON**, CLEBER. Direito penal esquematizado: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método. 2017.

**HOBBS**, Thomas. Leviatã: ou Matéria Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2015.

**JAKOBS**, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: \_\_\_\_\_; **CANCIO MELIÁ**, Manuel. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21

**LEITE**, Gisele. *A violência do Direito*. 2009  
In: <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/386811> Acesso em 20/05/2021.

**LEITE**, Gisele. *A inutilidade da pena de morte*, 2015. In: <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/1472374> Acesso em 20/05/2021.

**MONTESQUIEU**, Charles-Louis de Secondat. Dos espirito das Leis 1748. 1.ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. Ed Martin Claret. 2015

**MARTÍN**, Luis Gracia. O Horizonte do Finalismo e o Direito penal do Inimigo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

**MIGUEL**. Elcio Cardoso. A lei não é para todos: a seletividade penal da Lei de Drogas na Grande Vitória/ES. 2019. p 345.

**MORAES**, Alexandre Rocha Almeida De. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. Curitiba: Juruá, 2008.

**PLATÃO**. *As grandes obras. A república. Livro VIII*. Tradução Carlos A. Nunes, Maria L. Souza, A. M. Santos. Edição do Kindle, 2019. Adaptado.

**PRADO**, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

**ROSA**, Alexandre Moraes e **LOPES**, Aury. *Limite Penal quando não julga razão pelos antecedentes*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/limite-penal-quando-nao-julga-razao-pelos-antecedentes>. Acesso em 30 de Agosto de 2021.

**ROUSSEAU**, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Editora Universidade de Brasília – Brasília/DF; Editora Ática – São Paulo/SP – 1989

**SOUZA**. Kárita Katharina Silva Nunes. *A LEI DE DROGAS À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: o usuário como cidadão e o traficante como inimigo*. UniCEUB. Trabalho conclusão de Curso de Direito. Brasília. 2012. [https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/605/3/20766213\\_K%C3%A1rita%20Souza.pdf](https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/605/3/20766213_K%C3%A1rita%20Souza.pdf). Acesso em 05/09/2021

**SILVEIRA**, Marcelo Pichioli da. *Direito Penal do Inimigo, (o debate) de GÜNTHER JAKOBS e MANUEL CANCIO MELIÁ*. Resenha Forense. Disponível em [https://www.academia.edu/35503435/G%C3%BCnther\\_Jakobs\\_e\\_Manuel\\_Cancio\\_Meli%C3%A1\\_Direito\\_Penal\\_do\\_Inimigo](https://www.academia.edu/35503435/G%C3%BCnther_Jakobs_e_Manuel_Cancio_Meli%C3%A1_Direito_Penal_do_Inimigo). Acesso em 05 de agosto de 2021.

**VASAK**.Karel, apud Francischini, Nadialice. *Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais*. Disponível em:<https://revistadireito.com/2013/09/30/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/> Acesso em 27 de setembro de 2021.