

**A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO FRUTO DO  
EXPANSIONISMO PENAL E SUA PRESENÇA NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**A THEORY OF CRIMINAL LAW AS THE ENEMY OF FRUIT  
EXPANSIONISM CRIMINAL AND ITS PRESENCE IN BRAZILIAN LAW**

Júlio César do Nascimento Rabêlo<sup>1</sup>

Luciana Rodrigues Passos Nascimento<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo visa demonstrar que o direito penal do inimigo a que se reporta a teoria criada por Gunther Jakobs, longe de ser algo distante da nossa realidade, está ele bem presente na legislação brasileira. Observar-se-á que, apesar do fato de que, em tese, vivemos num Estado Democrático de Direito, nosso ordenamento jurídico comporta em seu bojo normas, que para muitos, teriam caráter mais compatíveis com regimes totalitários. Ao longo do trabalho será abordada resumidamente a questão do expansionismo penal e como isso influencia a criação de teses como o *direito penal do inimigo*. Tentar-se-á também, de maneira sucinta, demonstrar as ideias principais de Gunther Jakobs com seu *direito penal do inimigo* e exemplificar sua presença em nosso ordenamento jurídico.

**Palavras chave:** Expansionismo penal; Direito Penal do Inimigo; Ordenamento Jurídico Brasileiro.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate that the criminal law of the enemy who reports the theory created by Gunther Jakobs, far from being distant from our reality, it is very present in the Brazilian legislation. That despite the fact that, in theory, we live in a democratic state of law, our legal system behaves in its core standards, which for many, would be more compatible character with totalitarian regimes will be observed. Throughout the work will be briefly addressed the issue of penal expansionism, the rise of state punitivismo and how this influences the creation of theses as the criminal law of the enemy. Also will be sought-succinctly demonstrate the main ideas Gunther Jakobs with criminal law of the enemy and exemplify its presence in our legal system.

**KEYWORDS:** Penal Expansionism; Criminal Law of the Enemy; The Brazilian Legal System.

---

<sup>1</sup> Professor do curso de direito da Universidade Tiradentes – UNIT. Advogado OAB/SE 3350. Pós graduação em direito público. Mestrando em direitos humanos pela Universidade Tiradentes (2014-2015). E-mail: drjcesar@gmail.com

<sup>2</sup> Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes- UNIT, Pós – Graduada em Direito Processual Civil; Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (2014-2015). E-mail: lurpn@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O aumento absurdo da criminalidade na atualidade e a deficiência estatal em conter esse avanço da violência, vem dando margem a uma mudança paradigmática no âmbito do direito penal.

O momento, como afirma Meliá (2007, p. 55) é de uma política criminal com características de “expansão” do direito penal.

Vemos então que o aumento da violência produz essa ânsia por uma resposta estatal, o que acaba desaguando, quase sempre, no direito penal como bem diz Hassemer (1999, p. 86):

El destinatário de todas estas exigências de la opinión pública que se siente amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluyendo también el derecho procesal penal.

Com isso, aquela política-criminal cunhada em princípios liberais, fruto de uma conquista amealhada durante vários séculos, vem dando lugar rapidamente a um direito penal simbólico, preocupado somente, de forma imediata, em barrar o aumento dos crimes, tentando incutir na sociedade uma pretensa sensação de segurança.

Foi nesse ambiente que surgiu a teoria do direito penal do inimigo, aquela que, muito provavelmente, nas últimas décadas, foi a teoria que mais causou polêmica no seio da comunidade jurídica, despertando, em sua grande maioria, reações críticas baseadas, principalmente, no fundamento de que seria ela incompatível com um Estado de Direito, e também que seria uma prática de disseminação do medo.

Diante desses aspectos, revela-se de extrema importância que se compreenda, ou pelo menos, frente à complexidade da questão, que se tente compreender o que de fato Gunther Jakobs sugere com a teoria do Direito penal do inimigo.

Este artigo se propõe, pois, a analisar justamente os aspectos de um Direito penal do inimigo sob a ótica de Gunther Jakobs, e, principalmente, alertar que já convivemos sob o manto de um ordenamento jurídico composto por normas que se tratam de um verdadeiro direito penal do autor.

## 2 O EXPANSIONISMO PENAL E O RECRUESCIMENTO DO DIREITO PENAL NA ATUALIDADE

O direito penal moderno vem passando por diversas mudanças derivadas de vários fatores, entre os quais a carência da sociedade por uma resposta mais efetiva do Estado no que diz respeito ao aumento alarmante da criminalidade, o que vem dando azo a um direito penal cada vez mais simbólico e com caráter punitivo cada vez mais acentuado, como, aliás, acentua Alberto Silva Franco :

A função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo, de insegurança. Franco (1994, p.10)

Aliado a esse fator, a proliferação de leis penais também é algo bastante preocupante. O legislativo, com um viés político, acaba elaborando normas penais como forma de dar uma resposta à sociedade, pensando não somente em proporcionar uma tranquilidade que na verdade não existe, como também fazer política com a produção de leis, criminalizando condutas que, por certo, acaso se respeitasse o direito penal como *ultima ratio*, não teriam a tutela deste ramo do direito, como bem acentua Meliá quando afirma que quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma visão latente sobre a manifesta.

Sobre essa situação, Conde (2012, p. 21) assevera que os problemas político-criminais tinham se convertido em problemas fundamentais desse moderno direito penal não só para os políticos encarregados pela elaboração de leis penais e obrigados a responder perante seus eleitores e a opinião pública pela eficácia de sua gestão, como também para teóricos, professores e assessores parlamentares nestas questões.

A mídia também tem papel preponderante nessa fase de mudança na política criminal, uma vez que, com sua atuação cada vez mais sensacionalista e exploradora da cultura do terror, acaba por potencializar a ânsia da população por leis cada vez mais duras.

A doutrina, por sua vez, preocupada em fazer cumprir seu papel na tentativa de contribuir para conter o avanço da criminalidade, vem criando teorias que, em determinadas situações se revelam, *a priori*, incompatíveis com o papel do Estado Democrático de Direito, como se mostra a polêmica teoria do direito penal do inimigo.

Essa crescente expansão já preocupava a comunidade jurídica como assevera Conde (2012, p. 21), quando afirma que desde o início dos anos 80, a chamada Escola de Frankfurt, com Hassemer, Naucke Y Luderssen como expoentes, já havia advertido sobre os perigos que, uma política Criminal, demasiadamente pragmática e disposta e disposta a resolver a qualquer preço, por meio do Direito Penal, problemas que não lhe eram próprios, poderia ocasionar.

O que se observa na história é que, antes mesmo do primeiro pronunciamento de Gunther Jakobs a respeito do tema ligado ao direito penal do inimigo, surgiram nos Estados Unidos na década de 80, movimentos de combate à criminalidade ligados à política criminal que ficou conhecida como “Lei e Ordem”(law and order).

Essa política criminal ganhou impulso com o movimento denominado “Tolerância Zero”, implantado na cidade de Nova York pelo então prefeito Rudolph Giuliani, que buscava criminalizar condutas de pequena ofensividade, tentando legitimar um intervencionismo estatal exagerado como forma de garantir uma pseudo-tranquilidade no seio da sociedade, baseada na cultura do medo.

Outras teses surgiram nos EUA baseadas nessa cultura do medo, como por exemplo a teoria da “janela quebrada” (*broken-windows theory*)<sup>3</sup>, criada por Wilson e Kelling, em um artigo publicado em 1992, a qual se utilizava da metáfora das janelas quebradas para afirmar a ideia de que, punindo antecipadamente pequenos delitos, prevenia-se, futuramente, males maiores.

---

<sup>3</sup>[http://www.manhattan-institute.org/pdf/\\_atlantic\\_monthly-broken\\_windows.pdf](http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf)

No mencionado artigo, os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida. Sustentava-se que se uma janela de um imóvel fosse quebrada e não imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com o local e que naquela região não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Tão logo, todas as janelas estariam quebradas.

Iniciava-se, assim, a decadência daquela rua e da própria comunidade. Apenas os desocupados e pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas “pessoas de bem”, deixando o bairro à mercê dos “desordeiros”. Pequenas desordens levariam à grandes e, mais tarde, ao crime. Em razão da imagem das janelas quebradas que seria a origem de todo o “caos”, o estudo ficou conhecido como *Broken Windows Theory*.

Também nessa mesma esteira surgiu a teoria do “*three strikes and you’re out*” que faz referência a uma regra do jogo de beisebol, que determina a expulsão do jogador no cometimento da terceira falta, e, semelhantemente impõe ela a “expulsão” daquele que reitera pela terceira vez uma conduta criminoso.

Essa teoria nasceu no estado norte-americano de Illinois e posteriormente foi adotada por vários estados daquele país. A lei, orientada por esta teoria, estabelece uma graduação das penas que varia de Estado para Estado, podendo imputar ao indivíduo que delinque pela terceira vez a prisão perpétua.

. Diante do atual panorama, com a criminalidade cada vez mais acentuada, vê-se que o que restou consagrado com movimentos dessa espécie, além da ofensa frontal ao princípio da proporcionalidade com o recrudescimento das penas, foi um desprezo ao princípio da intervenção mínima, ou seja, utilizou-se o direito penal como fonte primeira (*prima ratio*) para solução de problemas de pequena ou quase nenhuma relevância, fragilizando direitos conquistados ao longo de vários séculos.

Pegando carona nessas mudanças ocorridas no cenário mundial em torno do direito penal e essa onda expansionista, Jesús-Maria Silva Sanchez idealizou a teoria das velocidades do direito penal.

Nessa teoria, Sanchez (2002, p. 41) classifica como Direito Penal de primeira velocidade aquele caracterizado pela pena de prisão. Para Sanchez, essa velocidade é o modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis.

Sustenta Silva Sanchez que a teoria de segunda velocidade do direito penal leva em conta que aos delitos socioeconômicos são imputadas penas privativas de liberdade, sendo que para estas devem ser respeitadas todas as garantias e princípios processuais. A segunda velocidade cuida do modelo que incorpora duas tendências: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliadas à adoção das medidas alternativas à prisão.

O autor defende a ideia de um direito penal que seja ao mesmo tempo funcional e garantista, com a preservação das garantias individuais para os delitos cuja pena prevista é a prisão. Contudo, para as novas modalidades de delitos, os quais não colocam um perigo real a bens individuais, sustenta a flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro) como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade).

Do outro lado da moeda está a terceira velocidade do direito penal, caracterizada pela teoria objeto do estudo deste trabalho, qual seja, o direito penal do inimigo que, segundo Sanchez (2002, p.55), é caracterizado por uma suavização ou eliminação das garantias penais e processuais.

### 3 ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GUNTHER JAKOBS

Essa teoria foi exposta por Gunther Jakobs ao mundo em 1999 em Berlim, durante uma conferência no Congresso realizado em outubro sobre “ Os desafios da ciência do direito penal frente ao futuro”. Conde (2012, p. 25).

Nesse Congresso, como bem salienta Conde (2012, p. 25), Jakobs afirmou que, ao lado de um direito penal cujo único objetivo é promover a segurança normativa, havia outro direito penal, um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), pelo qual o Estado diante de determinados sujeitos, que de forma grave e reiterada se comportam contrariamente às normas básicas, tem que reagir de forma mais contundente.

Essa idealização de Jakobs de um direito penal do inimigo, como acentua Conde (2012, p. 26), talvez não tivesse passado de uma discussão puramente acadêmica se os fatos que se sucederam após o seu discurso não viessem a respaldar sua teoria, como por exemplo os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e o de 7 de julho de 2005 ao metrô de Londres.

Diante desses contornos, é, hoje, o direito penal do inimigo, talvez o tema de maior discussão no âmbito do direito penal, onde se discute sua legitimidade ou não.

Pois bem, antes de entramos efetivamente nesse debate acerca da legitimidade ou não de um direito penal diferente para determinados tipos de sujeitos, convém tentar esclarecer quem efetivamente seria o inimigo para Jakobs?.

Para o próprio Jakobs (2007, p. 42), o inimigo seria:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode ser tratado “[...] quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (Grifo do autor)

Para Sanchez(2002, p.149):

[...] O Inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

Ainda para Sanchez (2002, p.149), a caracterização do inimigo seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e pela integração em organizações delitivas estruturadas.

Nota-se claramente que o conceito de inimigo de Jakobs não é político ou religioso, mas normativo, ou seja, para Jakobs (2007, p. 29), citando Hobbes e Kant que conhecem um direito penal do cidadão para aqueles que não delinquem de modo persistente, há também um direito penal do inimigo contra quem se desvia da norma por princípio.

Ultrapassada esse fase inicial de se saber quem seria o inimigo para Jakobs ou mesmo se ele se faz presente nos ordenamentos atuais, o importante segundo Conde (2012, p.66), é verificar se o direito penal do inimigo é compatível com o marco constitucional de um Estado de Direito e com os pactos internacionais de direitos civis reconhecidos e acolhidos nos ordenamentos jurídicos dos estados civilizados.

Conde (2012, p. 25) revela que Jakobs admite nas sociedades atuais, junto a um direito penal dirigido à única tarefa de restabelecer através da sanção punitiva a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa), havia outro direito penal, um direito penal que diante de determinados sujeitos que ameaçam o sistema, tem que reagir de forma mais contundente visando a segurança cognitiva.

Nota-se então que ao querer preservar a confiança na norma e não apenas tentar restaurar essa confiança depois de violada, a concepção de Jakobs (2007, p. 44) é voltada para um direito penal prospectivo, ou seja, para ele o ponto de partida ao qual se ata a regulação para o inimigo é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não o dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro.

Aliado a esse aspecto prospectivo do direito penal do inimigo, encontra-se o fato de que, como bem salienta Conde (2012, p.25), no direito penal do inimigo, o Estado para lutar eficazmente contra o inimigo impõe penas desproporcionais e draconianas, penaliza condutas inócuas em si mesmas e elimina ou reduz ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal, estando aqui, o principal foco das críticas da teoria de Jakobs.

Segundo Conde (2012, p. 66), a tese de Jakobs sobre Direito penal do inimigo é uma construção valorativamente ambígua, válida tanto para um sistema democrático, como para um sistema totalitário.

Ainda para Conde (2012, p. 67), a análise deve se situar em um determinado contexto sócio-político e responder, a partir desse contexto, a duas questões básicas que seriam a primeira a de definir quem é o inimigo?, e a segunda, se é compatível com o Estado de Direito e com o reconhecimento a todos, sem exceções, dos direitos fundamentais que correspondem ao ser humano pelo fato de serem considerados inimigos?

Analisando essas ponderações que, frise-se, não é só de Francisco Munoz Conde, mas de todos aqueles que são contrários à teoria de Jakobs, vê-se que a primeira, de certo modo foi debatida anteriormente quando tratamos do conceito de inimigo, razão pela qual devemos nos ater ao segundo questionamento.

Antes de responder à segunda indagação feita por Conde e vários outros, deve-se esclarecer que o objetivo do presente trabalho não é conceber acerca da legitimidade ou não da teoria de Jakobs, mas simplesmente tentar expor de forma clara suas idéias.

Pois bem, talvez respondendo ao questionamento de Conde, Jakobs assim acentua:

Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo. JAKOBS (2007, p. 49-50)

O que se observa, e isso não se nega, é a presença de um direito penal do inimigo em alguns países, entre os quais os mais representativos e poderosos da comunidade internacional, dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de Direito. Conde (2012, p. 29).

Chega-se à conclusão, diante do referenciado acima, de que a discussão acerca da compatibilidade do Direito penal do inimigo com o Estado de Direito ainda persiste, não havendo até este momento uma resposta conclusiva, o que há, de fato, são opiniões que acabam apenas fomentando ainda mais a polêmica.

## 4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Franciso Munoz Conde em sua obra *Direito Penal do Inimigo* (2012, p. 28), afirma que ninguém nega a existência deste nos ordenamentos jurídicos atuais.

Ainda, quando se pensa em direito penal do inimigo vem logo à mente como exemplo de normas desse jaez, como exemplifica Agamben (2011, p;16) o chamado *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, logo após os atentados terroristas ocorridos em setembro do mesmo ano, o qual permite manter preso estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional do EUA.

Contudo, o Direito penal do inimigo não está presente só na legislação estrangeira, no ordenamento jurídico brasileiro ele se revela bastante flagrante em diversas passagens, como se verá.

Inicialmente, como exemplo de um típico direito penal do inimigo temos o RDD – Regime disciplinar diferenciado, instituto introduzido pela Lei nº 10.792/2003, que modificou a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

Em breve síntese, o regime disciplinar diferenciado caracteriza-se por impor ao detento uma restrição maior à sua liberdade, evitando contato com outros presos, restringindo contato com familiares, enfim, tolhendo ainda mais direitos que já foram castrados quando de sua imposição ao cárcere.

Parte da doutrina brasileira avaliza esse instituto, priorizando a segurança nos estabelecimentos prisionais, e, principalmente, a ordem pública, como afirma Mirabete (2004, 151)

Exige-se, portanto, que o preso apresente alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal, no sentido de que sua permanência no regime comum possa ensejar a ocorrência de motins, rebeliões, lutas entre facções, subversão coletiva da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento em que se encontra ou no sistema prisional, ou então, que, mesmo preso, possa liderar ou concorrer para a prática de infrações penais no mundo exterior, por integrar quadrilha, bando ou organização criminosa. Por coerência, dada a natureza cautelar da medida, o alto risco mencionado no §1º deve estar presente também na hipótese regulada no §2º do art. 52.

Outro exemplo é a possibilidade de prisão preventiva constante no art. 312 do Código de Processo Penal, que permite encarcerar fundamentando tão somente na garantia da ordem pública, utilizando como critério o grau de periculosidade do agente:

Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Esse instituto, segundo uma visão garantista, ofende, entre outros aspectos, a paridade de armas entre a defesa e a acusação, e garante ao indivíduo uma prisão sem culpa, como assevera Ferrajoli (2002, p. 441):

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena.

A Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.668/41), nessa mesma linha, traz figura típica de um direito penal do inimigo em seu art. 59, o qual tipifica a contravenção penal de vadiagem:

Art.59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita: Pena – Prisão simples, 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2848/40) em diversas passagens possui um direito penal do inimigo, a exemplo da reincidência e crimes que antecipam a punibilidade a uma fase anterior ao seu cometimento, como se observa:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código.

Por óbvio que resta demonstrado à sociedade a presença do Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, inobstante a certeza de que muitos outros exemplos existem, mas não se tem aqui a pretensão de exaurir o tema nesse aspecto.

Urge também esclarecer que todas as normas supra elencadas se encontram em perfeita vigência dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou no decorrer do presente trabalho, infere-se claramente que o expansionismo penal que tomou conta dos dias atuais apresenta causas diversas, tais como o aumento da criminalidade, a influencia nefasta da mídia, a inflação legislativa, entre outros.

Essa política criminal de expansão do direito penal e de recrudescimento do punitivismo estatal deu origem a várias teorias, entre elas se destacou a idealizada por Gunther Jakobs do Direito penal do inimigo.

Segundo o alemão Jakobs (2007, p. 21), não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal, ou seja, para o autor, é perfeitamente possível a coexistência de um Direito penal do cidadão e de um Direito penal do inimigo.

Observou-se que o inimigo para Jakobs não possui um conceito político ou religioso, mas sim um conceito normativo, revelando-se através de ofensa reiterada à norma, deixando de proporcionar não só uma segurança normativa, mas uma segurança cognitiva.

A celeuma maior criada pela teoria de Jakobs está centrada no fato de que um Direito penal do inimigo pode se revelar como um verdadeiro “tapa” na face do Estado Democrático de Direito, uma vez que para alguns estudiosos do direito ele elimina conquistas importantíssimas no que diz respeito a garantias penais e processuais penais, e via de consequência atinge diretamente direitos humanos de matiz constitucional.

Contudo, como se demonstrou, a questão não se revela perfeitamente clara quanto à legitimidade ou ilegitimidade da teoria de Jakobs, até mesmo porque, é fato que existe um Direito penal do inimigo presente em vários Estados que se auto intitulam como Estados Democráticos de Direito.

No Brasil essa presença se mostra flagrante, seja no próprio Código Penal, seja na legislação extravagante, como se observou nos diversos exemplos citados.

Na verdade, o que se revelou suficientemente claro, foi que existe, e isso é fato, a presença do Direito penal no inimigo em ordenamentos de várias Nações, a exemplo do Brasil, todavia, sem querer resolver a controvérsia que impera ao redor deste tema, o que se afigura patente é que o Direito penal do inimigo tem base positivista, e como tal é fruto de um processo legislativo, e nesse contexto, toda norma emanada do Poder Legislativo possui presunção de legitimidade, assim como as multimencionadas normas vistas em linhas anteriores.

O que se deve estabelecer quanto a normas de conteúdo maximalista como as expostas acima, é que se faz necessário um maior controle sobre as ações do Estado a ser feito pela própria população, haja vista convivermos num sistema democrático representativo, para que a política criminal não sirva, dentre outras coisas, como meio de atendimento de interesses de determinadas categorias.

## REFERENCIAS

BRASIL. Disponível a partir do site: <[http://www.manhattan-institute.org/pdf/\\_atlantic\\_monthly-broken\\_windows.pdf](http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf)>.Consulta realizada em 05/06/2014.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**, 3ª. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Boitempo, São Paulo: Bointempo, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidade**.Valencia. Tirant lo blanch. 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 312. Lei nº 12.403, de 2011.

BRASIL. Decreto-lei no 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções**.

BRASIL. **Código Penal**, 288, 288A, 61, I, „Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.