

TEORIAS DE DIREITO PENAL MÁXIMO E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THEORIES OF MAXIMUM CRIMINAL LAW AND VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Alexandre Cesar dos Santos ¹

Noemi Maria de Albuquerque ²

RESUMO: O presente artigo científico visa ao estudo das teorias do Direito Penal Máximo, com objetivo geral de verificar se há aspectos da teoria do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira que viola direitos fundamentais para dar a aparência enganosa de segurança à sociedade. Para tanto, os objetivos específicos da pesquisa foram identificar os fatores geradores da expansão do Direito Penal, estudar as teorias de Direito Penal Máximo e investigar se na legislação brasileira há aspectos do Direito Penal do Inimigo. A metodologia utilizada na pesquisa foi a bibliográfica e a documental sobre os temas tratados. Por fim, por meio do estudo realizado foi confirmado que na legislação brasileira há elementos característicos do Direito Penal do Inimigo que violam direitos fundamentais, como um instrumento de combate e de controle da criminalidade, o que caracteriza o expansionismo Penal.

Palavras chaves: Direito Penal do Inimigo. Direitos fundamentais. Expansão do Direito Penal. Direito Penal Máximo. Movimento Lei e Ordem.

ABSTRACT: This scientific article aims to study the theories of Maximum Criminal Law, with the general objective of verifying whether there are aspects of the theory of Enemy Criminal Law in Brazilian legislation that violate fundamental rights to give the deceptive appearance of security to society. To this end, the specific objectives of the research were to identify the factors generating the expansion of Criminal Law, to study the theories of Maximum Criminal Law, and to investigate whether there are aspects of Enemy Criminal Law in Brazilian legislation. The methodology used in the research was bibliographic and documentary on the topics covered. Finally, through the study carried out, it was confirmed that Brazilian legislation contains characteristic elements of Enemy Criminal Law that violate fundamental rights, as an instrument to combat and control crime, which characterizes Penal expansionism.

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp - LFG. Pós-graduado em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP. <http://orcid.org/0000-0003-2322-4624>

² Bacharela em Direito pela Faculdade Estácio de Maceió/AL. <http://orcid.org/0009-0002-2294-7687>

Keywords: Enemy Criminal Law. Fundamental Rights. Expansion of Criminal Law. Maximum Criminal Law. Law and Order Movement.

Recebido em: 13/01/2026
Aceito para publicação em: 14/07/2026

1. INTRODUÇÃO

Uma das características das sociedades pós-industriais é a sensação generalizada de insegurança em decorrência da criminalidade e do perigo existente, o que caracteriza a sociedade do medo. Neste contexto, a intervenção punitiva do Estado se deu por meio da expansão do Direito Penal, na busca de enfrentamento da criminalidade, sem observar as garantias constitucionais e os princípios do Direito Penal moderno, o que propiciou a adesão às teorias de Direito Penal Máximo.

A partir dessa discussão, o que se pretende, neste artigo científico, é estudar as teorias de Direito Penal Máximo, dentre elas: Lei e Ordem, Direito Penal do Inimigo e a Teoria das Janelas Quebradas. Assim sendo, a hipótese básica da pesquisa encontra-se na resposta inicial de que a expansão do Direito Penal tem violado os direitos fundamentais.

Para embasar essa perspectiva, abre-se a discussão e a problemática do artigo: com a expansão do Direito Penal há aspectos na legislação brasileira do Direito Penal do Inimigo que tem violado direitos fundamentais para dar a aparência enganosa de segurança à sociedade? Para alcançar essa ilação, é preciso fazer um recorte e delimitar o tema para explorar, com maior profundidade, mas sem esgotá-lo, a teoria do Direito Penal do Inimigo e se há seus elementos presentes na legislação brasileira que violam direitos fundamentais.

O presente estudo apresenta-se dividido em três capítulos. Traçadas essas seções, o trabalho se inicia com uma análise das causas geradoras das políticas expansionistas do Direito Penal. Assim sendo, o objeto da pesquisa do primeiro capítulo é importante para demonstrar o que levou à expansão do Direito Penal e a adesão às políticas criminais do Movimento de Lei e Ordem, como única solução para o combate à criminalidade. Por outro lado, é feita uma exposição sobre críticas da doutrina a algumas teorias deslegitimadoras do Direito Penal para o controle social.

No segundo capítulo, serão apresentados aspectos conceituais do Direito Penal do Inimigo, bem como a base filosófica, além de quem são os inimigos para essa teoria. Destacam-se ainda as características do Direito Penal do Inimigo, a política de Tolerância Zero e o Movimento de Lei e Ordem como vertentes do Direito Penal Máximo, enquanto fenômenos da crescente do Direito Penal.

No final do artigo, está o terceiro capítulo, quando são abordadas as violações dos direitos fundamentais decorrentes de aspectos do Direito Penal do Inimigo nas Leis dos crimes hediondos, na Lei do Abate, no Regimento Disciplinar Diferenciado e na Lei de Antiterrorismo.

Para fundamentar a argumentação, utiliza-se o método de pesquisa bibliográfica, com base em autores renomados que se debruçam sobre o tema, com suas propostas favoráveis e contrárias, bem como a documental.

Desta forma, justifica-se o tema proposto no presente trabalho, pela sua indiscutível relevância e atualidade, em virtude do contexto social em que vive a sociedade brasileira com altos índices de violência. Por fim, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre punir os infratores da lei penal e respeitar os direitos fundamentais para se alcançar o Estado Democrático de Direito.

2. OS FATORES GERADORES DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal contemporâneo está passando por transformações para se adequar às mudanças de paradigmas da sociedade, com a finalidade de tutelar novos bens jurídicos relevantes para a convivência social pacífica. Com efeito, novos valores de interesses surgiram nas relações intersubjetivas, entre os sujeitos e entre estes e o Estado, com as demandas que exigem maior proteção e solução aos conflitos.¹

Sob essa perspectiva, a Revolução Industrial, a globalização e a evolução dos meios tecnológicos transformaram as estruturas e a dinâmica das grandes cidades com as imigrações, o que levou diversas pessoas à marginalidade e à delinquência, especialmente a crimes patrimoniais. Com isso, os indivíduos das classes marginalizadas passaram a ser vistos como fontes de riscos pessoais e patrimoniais. Ainda é importante consignar que o desenvolvimento urbano se transformou em

“sociedades de riscos”, já que atreladas a elas surgiram novas formas delituosas, realizadas pelas redes sociais (Dantas, 2015).

Ao que parece, o noticiário sensacionalista faz parte da propagação do medo, uma vez que traz a sensação de que há uma total insegurança para caminhar pelas ruas. Neste contexto, Salo Carvalho (2007, p. 45,) sustenta que os casos isolados são frequentemente reportados em âmbito nacional, midiaticamente, para transmitir o medo à sociedade. Em consequência, os políticos veem no sistema penal, único instrumento com eficácia para a repressão à criminalidade, mesmo que às custas de sacrifícios aos direitos fundamentais e às garantias fundamentais.²

É por tal razão que o movimento de Lei e Ordem defende uma maior severidade das penas e o encarceramento em massa, como medidas essenciais para a pacificação social e a solução de todos os problemas. De outra parte, para que fosse possível reprimir violentamente as condutas criminosas, o Estado utilizou-se da mídia como mecanismo de legitimação, para criar na coletividade a sociedade do medo, com imagens de extrema violência que provocam indignação e revolta. Por tal razão, faz-se necessária a ampliação do direito repressor e a flexibilização dos direitos fundamentais para tranquilizar a opinião pública.

Apontadas essas nuances, percebe-se que o expansionismo do Direito Penal foi promovido pela imprensa e pela política, o que promoveu o gradual abandono das garantias fundamentais, como descrito Roberto Bitencourt (2019, p. 759):

Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como “discurso legitimador” do abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal da culpabilidade, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Luigi Ferrajoli, que “a pena não serve unicamente para prevenir os injustos crimes, mas também para prevenir os injustos castigos”. Na linha de “lei e ordem”, sustentando-se a validade de um Direito Penal funcional, adota-se um moderno utilitarismo penal, isto é, um utilitarismo dividido, parcial, que visa somente a “máxima utilidade da minoria”, expondo-se, conseqüentemente, às tentações de autolegitimação e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um Direito Penal máximo, cujos fins justificam os meios, e a sanção penal, como afirma Ferrajoli, deixa de ser “pena” e passa a ser “taxa”. Na verdade, para afastar essas deficiências apontadas é necessário recorrer-se a uma segunda finalidade utilitária, da qual,

neste estágio da civilização, não se pode abrir mão: além do “máximo de bem-estar” para os “não desviados”, deve-se alcançar também o “mínimo de mal-estar” necessário aos “desviados”, seguindo a orientação de um Direito Penal mínimo.

Percebe-se que as oposições ao crescimento ao Direito Penal são pelo fato de seu caráter simbólico, de repercussões políticas e eleitoreiras, o que leva ao Estado policial e ao encarceramento em massa. Dessa forma, Alexandre Cesar (2022, p. 179) afirma que o objetivo da expansão punitiva do Direito Penal é para dar uma percepção equivocada de segurança à população e de eficiência e celeridade na punição, mesmo que seja mediante violações de direitos fundamentais:

(...) atualmente há a tendência de que os programas de políticas criminais sejam no sentido da tolerância zero, lei e ordem, em outras palavras, maximalista na parte punitiva e minimalista na parte social. Neste contexto, o direito penal tem caráter simbólico e repercussões políticas midiáticas e eleitoreiras. Nesta trilha, o Estado, como solução expansiva do direito penal pela política criminal, responde com o aumento das penas e a criação de novos tipos penais para o controle de criminalidade, sem nenhuma preocupação com as violações dos direitos fundamentais do imputado, para dar uma falsa impressão de segurança para a sociedade e combate à impunidade, com o argumento falacioso da efetividade da lei penal com efficientismo, o que constitui o direito penal de emergência.

Por outro lado, há delitos que se diferenciam por transpor as fronteiras dos países, denominados por macrocriminalidade, que incluem crimes como o terrorismo, o narcotráfico e a criminalidade organizada, por exemplo. Esse último, especificamente, é voltado para os delitos de lavagem de dinheiro, de corrupção, de tráfico de drogas, de armas e de pessoas para prostituição ou de crianças para adoção. Com se ver, essas formas contemporâneas de criminalidade organizada, criminalidade internacional e dos poderosos são praticadas, com habitualidade e profissionalismo, por políticos, empresários e pessoas de alto poder aquisitivo, o que tem gerado grandes prejuízos à coletividade e ao Estado (Miguel, 2025).

Dessa forma, o Estado se viu na necessidade de criar novos tipos penais que possam tutelar bens jurídicos tão relevantes para a sociedade, o que levou à expansão do Direito Penal e à adesão às teorias de Direito Penal Máximo.

2.1. As “velocidades” do Direito Penal

Para o autor espanhol, Jesús-Maria Silva Sánchez, existem três “velocidades” no Direito Penal. Em aperto de sintaxe, o de primeira velocidade trata-se do modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas mantêm os rígidos princípios políticos-criminais clássico, as regras de imputações e as garantias fundamentais. Por sua vez, o Direito Penal de segunda velocidade contempla para os casos que não se tratam de prisão, a sanção são as penas privativas de direitos ou pecuniárias, além de flexibilização nas regras e nos princípios do Direito Penal. Por fim, o Direito Penal de terceira velocidade, a pena de prisão é a regra, com a relativização de garantias processuais e as regras de imputação do crime ao suspeito (Silva Sánchez, 2013, p. 193).

A partir dessa síntese, verifica-se que o Direito Penal de terceira velocidade refere-se a uma junção entre as duas velocidades: vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade, como o faz o Direito Penal de primeira velocidade e, ao mesmo tempo, flexibiliza as garantias fundamentais e processuais, como acontece no Direito Penal de segunda velocidade. Essas são as características do Direito Penal do Inimigo, que, estão presentes na Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, que elevou de maneira considerável as penas privativas de liberdade de vários crimes, além de um regime de cumprimento de pena mais severo para a progressão de pena.

Portanto, a terceira velocidade do Direito Penal envolve a relativização de garantias fundamentais e da prisão privativa da liberdade como resposta Estado para a intervenção penal. Além dessa relativização, há regras distintas de imputação de crimes e critérios processuais distintos, o que são as características genéricas do Direito Penal do Inimigo.

2.2. Críticas à expansão do Direito Penal: teorias deslegitimadoras

Há várias teorias que protestam contra a forma como o Estado aplica o Direito Penal como instrumento de controle social. Neste contexto, as duas correntes mais importantes são o abolicionismo penal e o minimalismo penal, as quais são movimentos de política criminal da nova criminologia ou criminologia crítica. Essas correntes de pensamento surgiram, nos Estados Unidos nos anos 60 e 70, e fazem

críticas ao sistema punitivista penal, rompendo com a criminologia tradicional sob a influência de teorias sociológicas (Queiroz, 2008, p. 84-85).

Em aperto de síntese, o abolicionismo penal parte do pressuposto de que o Direito Penal é incapaz de resolver os conflitos sociais. Dessa forma, propõe a deslegitimação do poder punitivo do Estado e seu desaparecimento, bem como a substituição por modelos informais e alternativos para solução de conflitos. Além disso, o sistema penal é arbitrário, injusto e um meio completamente irracional, que ofende a dignidade humana e recruta uma clientela de miseráveis e grupos vulneráveis, o que produz as desigualdades sociais (Greco 2009, p. 9-10).

Dito isso, é preciso fazer uma crítica sob a ótica do abolicionismo penal. A propósito, em fatos graves que atingem bens jurídicos relevantes para a paz social, não há outro instrumento que não seja o direito penal capaz de prevenir e punir os infratores de lei penal. De fato, no estágio atual da sociedade, é certamente impossível a abolição imediata do Direito Penal como mecanismo de controle social de comportamentos delinquentes.

Para lutar contra a criminalidade, o Estado positiva os tipos penais para as condutas não desejadas. A propósito, a expansão do Direito Penal é promovida pelo direito penal promocional, uso exagerado do direito penal para promover certos bens jurídicos, ex., Direito Penal ambiental, e pelo Direito Penal simbólico que é utilizado para aclamar a ira da população do medo da violência. Como decorrência, quase sempre, é mais fácil procurar um paliativo legislativo do que enfrentar as profundas causas sociais que geram a criminalidade (Gomes, 2003, p. 22).

Portanto, como já dito, mas cabe ressaltar mais uma vez, que uma das características mais marcantes das sociedades na atualidade é a sensação gerada pela insegurança, a qual é decorrente da mídia sensacionalista que alimenta a chamada “indústria da insegurança”. Por essa razão, a sociedade do medo legitima as teorias de Direito Penal Máximo e as violações de direitos fundamentais, o que abre espaço para o expansionismo penal.

A partir dessa premissa, observa-se a criação de novos tipos penais incriminadores e ao aumento de penas nos já tipificados. Bem apropriada a crítica

que Roberto Bitencourt (2019, p. 816-817) faz ao expor o seu ponto de vista sobre esse tema:

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governos utilizam o Direito Penal como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrariamente e simbolicamente o direito penal para dá satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade.

No mesmo sentido, é a opinião de Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012, p. 35) que faz uma ponderação crítica acerca da legitimidade do Direito Penal, como sendo o ramo do direito inadequado para solucionar conflitos de natureza civil, administrativa, econômica e políticas na busca da paz social.

Com efeito, para Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (1999, p. 92) o princípio da intervenção mínima é o que faz o Direito Penal ser de *ultima ratio* para a pacificação social:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada foram suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

Sob essa ótica, a expansão do Direito Penal para enfrentamento da criminalidade, não pode o Estado estabelecer tipos penais incriminadores desarrazoados com a finalidade de proporcionar a sensação de segurança. Nesse diapasão, o criminólogo americano Jeffery (*apud*, Molina 2008, p. 128) afirma que: "Daí se dizer que mais leis penais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos".

Por outro lado, pelo pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem jurídico, não importando o seu valor. Assim

sendo, ele é utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* na intervenção do Estado, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menores que sejam, deixem de ser reprimidas. Por sua vez, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchi (2002, p. 104) trazem suas ponderações e as opiniões contrárias ao expansionismo do Direito Penal:

Um direito penal com essas características carece de legitimidade: manipula o medo do delito e a insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcional e se preocupa exclusivamente com certos delitos e determinados infratores. Introduce um sem-fim de disposições excepcionais. Sabendo-se do seu inútil ou impossível cumprimento e, a médio prazo, traz descrédito ao próprio ordenamento, minando o poder intimidativo de suas proibições.

Diante do embate entre a política criminal expansiva e a minimalista, Jesús-Maria Silva Sanchez (2002, p. 145) propõe uma posição moderada entre as duas vertentes, de modo a encontrar um ponto médio entre a punição e as garantias:

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista.

Portanto, seguindo essa linha de pensamento, há um espaço para uma política criminal expansionista do Direito Penal dentro de limites do razoável. Mas, por outro lado, não pode haver um distanciamento das garantias fundamentais com a proposta de enfrentamento à criminalidade. Assim sendo, a Teoria do Garantismo Penal, na obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, defende a limitação do poder punitivo do Estado, com objetivo de legitimar o Estado Democrático de Direito, conforme escrevem Amilton Bueno Carvalho e Salo de Carvalho (2002, p. 19):

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um

instrumento prático teórico idôneo à tutela dos direitos fundamentais contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Por essas considerações, verifica-se que os autores sustentam que o Garantismo Penal é uma proposta para estabelecer critérios racionais para o Estado defender o corpo social e punir os delinquentes quando estritamente necessário e, ao mesmo tempo, garantir a proteção aos direitos fundamentais.

Portanto, é essencial buscar soluções em outros ramos do Direito e reservar o Direito Penal para a proteção de um núcleo de direitos fundamentais que justifiquem sua incidência na proteção de bens jurídicos relevantes. Dessa forma, é possível dar plena eficácia à proteção aos direitos e às garantias fundamentais, como manifestação do Estado Democrático de Direito, sem perder vista a repressão à criminalidade.

3. TEORIAS DE DIREITO PENAL MÁXIMO

Como já dito, as sociedades pós-industriais provocaram a sensação de insegurança, o aparecimento do risco e do medo, diante da complexidade social. Vale dizer que a sua configuração é caracterizada pela "insegurança sentida", devido às complexidades das relações intersubjetivas, o que gera a "sociedade do risco", que é a raiz da ideologia da política criminal de "lei e ordem" (Silva Sánchez, 2002, p. 40).

É sob essa percepção, para o confronto da criminalidade, que surge o modelo de Direito Penal Máximo, o qual tem como uma das suas características a severidade na aplicação das penas e a criação de tipos penais abertos, sem nenhuma preocupação com as violações dos direitos fundamentais, para dar uma falsa realidade de segurança à sociedade.

Neste contexto, o Direito Penal do Inimigo e o movimento de Lei e Ordem são vertentes do Direito Penal Máximo, que ganharam respaldos midiáticos e eleitorais como instrumentos de enfrentamento da criminalidade urbana. A partir de desse eixo, configura-se como um sistema punitivo incontrolável racionalmente, por ausência de parâmetros em respeito aos princípios basilares de direito penal e de processual penal, os quais são garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

3.1. As bases filosóficas do Direito Penal do Inimigo

O pressuposto necessário para a admissão de um Direito Penal do Inimigo consiste na possibilidade de se tratar um inimigo como objeto e não como pessoa. Nesse sentido, Günther Jakobs inspira-se em autores que elaboram a fundamentação contratualista do Estado. A propósito, para Thomas Hobbes, os transgressores da lei devem ser mantidos em seu *status* de pessoa (ou de cidadão), a não ser que cometa delitos de “alta traição”, os quais representariam uma negação absoluta à submissão estatal, então resultando que esse indivíduo não deveria ser tratado como “súdito”, mas como “inimigo”. Por sua vez, Kant não admitia reações hostis contra seres humanos. Porém, se de modo persistente, o sujeito se recusasse a participar da sociedade, com fiel cumprimento das leis, com ameaças constantes ao Estado, não pode ser considerada uma pessoa sujeito de direitos (Jesus, 2008).

É de se ver que o Direito Penal do Inimigo busca a fundamentação e a legitimidade filosófica em diferenciar o Direito Penal para o cidadão e outro para o inimigo do Estado. Desse modo, o Estado deve adotar medidas adequadas e eficazes para preservar sua segurança diante de tais criminosos para a sua própria existência.

Mesmo com fortes bases filosóficas, para a doutrina garantista, o Direito Penal do Inimigo é um retrocesso para o Direito Penal, já que deixa de ser cada vez mais a *ultima ratio*. Com efeito, o direito repressor é para ser utilizado somente quando esgotadas todas as possibilidades de controle extrapenal na repressão à criminalidade e gestão de riscos, reservando seu âmbito de atuação a esferas de extrema necessidade para a preservação e proteção de bens jurídicos relevantes.

3.2. Direito Penal do Inimigo: aspectos conceituais

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria enunciada pelo alemão Günther Jakobs, em 1985, o qual sustenta, sob a ótica da política criminal³ eficiente e célere de combate à criminalidade. Sob esse ângulo, a expansão do direito penal é um reflexo da demanda social que proclama por maior segurança. Assim sendo, Jakobs (2005, p. 67) defende a relativização das garantias fundamentais do acusado para se garantir resultado rápido na punição:

O Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.

Nesta perspectiva, infere-se que o Direito Penal do Inimigo sustenta as seguintes ideias: a) antecipação da punição ao criminoso; b) desproporcionalidade das penas em abstrato e a relativização e até mesmo a eliminação de garantias processuais; c) posituação de leis incriminadoras mais severas para certos delitos, tais como (terrorismo, crime organizado, tráfico de drogas, etc.)

Como se ver, Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não admite ingressar nas condições estabelecidas pelo Estado e assim não pode ter o tratamento igual destinado ao cidadão, além de não se beneficiar do conceito de pessoa. Sob essa vertente, a distinção, portanto, entre o cidadão (quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o inimigo (nessa acepção, como inimigo do Estado e da sociedade).

Por essa razão, o Direito Penal do Inimigo tem repercutido na doutrina, sob o argumento de ser uma Política Criminal expansiva que defende a luta contra a criminalidade de forma irresponsável. Com efeito, os postulados da dignidade humana e o Estado Democrático de Direito são ameaçados, com a relativização das garantias do devido processo legal para dar celeridade à punição.

3.3. O inimigo para Jakobs

Para Jakobs, inimigo é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, sendo o maior exemplo o terrorista. Em outras palavras, aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa. Se um indivíduo age dessa forma, não pode ser

visto como alguém que cometeu um “erro”, mas como aquele que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Para explicar essa tese, Jakobs (2005, p, 30) parte da premissa de que: “O direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra”.

Assim sendo, não é exagero afirmar que, para Jakobs, nem todo criminoso é considerado inimigo, pois há pessoas que merecem o Direito Penal do cidadão e receber os benefícios do conceito de pessoa, mesmo que seja delinquente. Por sua vez, aqueles transgressores da lei que põem o Estado em risco são considerando inimigos e não merecem ser tratados como pessoa.

3.4. Movimento de lei e ordem

O movimento de Lei e Ordem surgiu nos Estados Unidos, na década de 70 do século passado, enquanto política criminal de enfrentamento à criminalidade, com o objetivo de dar uma falsa sensação de segurança à população. Os adeptos desse movimento veem como a única opção para enfrentar crimes graves, como terrorismo, homicídios e tráfico de drogas, por exemplo. Note-se que as principais características do Direito Penal Máximo representa um modelo de intervenção punitiva do Estado, com a redução de garantias fundamentais.

Deitadas essas considerações, segundo Wacquant (1999, p. 55) a expansão do Direito Penal coincide com a crise social nos Estados Unidos, o que conduziu à hipertrofia do sistema penal e ao encarceramento em massa:

Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal da reabilitação, depois das críticas cruzadas da direita e da esquerda na década de 70 e de sua substituição por uma “nova penalogia”, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de “detritos sociais” que com trabalho social.

A partir desse argumento, é possível inferir que um dos princípios do Movimento de Lei e Ordem é separar a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto por pessoas de bem, merecedoras de proteção legal; o segundo, por homens maus, os delinquentes, aos quais merecerem a severidade e os rigores da lei penal.

Daí que a expansão do Direito Penal está atrelada ao desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, “o que resulta em uma espécie de *simbiose* entre a marginalidade econômica e a marginalidade social” (Callegari; Wermuth, 2010 p.24). Sob esse enfoque, o movimento de Lei e Ordem está intimamente ligado no contexto social das desigualdades, o que levou à sociedade do medo e da insegurança, com a produção de novos tipos penais incriminadores e o agravamento de penas aos delitos já tipificados.

Sob o outro prisma, o Direito Penal moderno tem como fundamento basilar a intervenção mínima nas condutas humanas, ou seja, a tipificação de condutas deve ser vista como *ultima ratio*, ou seja, a última opção para a proteção de bens jurídicos relevantes. Isso se dá notadamente, quando os outros ramos do direito são incapazes de promover a pacificação social. É nesse diapasão que a expansão do Direito Penal está invadindo áreas onde o ilícito é meramente administrativo, civil, ou tributário, o que se denomina direito penal promocional.

O que se ver é a fragilização do Direito Penal em virtude de o legislador expandir o limite do direito repressor como solucionador para a solução dos conflitos sociais. Por essa razão, esta ampliação ilimitada dos horizontes do direito penal dá margem a uma distorção na própria caracterização desse ramo como ciência, pois foge dos seus objetivos traçados, que é a proteção aos bens jurídicos contemplados constitucionalmente, sem ferir, ao mesmo tempo, as garantias fundamentais asseguradas pela Carta Magna.

De outra banda, o Movimento de Lei e Ordem é uma política criminal que tem como finalidade transformar conhecimentos empíricos sobre o crime, propondo alternativas e programas para reprimir à criminalidade, sem observar as garantias fundamentais. É sob esse prisma que essa política criminal é altamente repressiva

com o escopo de reduzir a criminalidade, em situações excepcionais que causam comoção à opinião pública, e intensificar a utilização do Sistema Penal.

Assim, em aperto de síntese, no pensamento da política criminal Lei e Ordem, qualquer bem jurídico, não importando o seu valor, deve ser tutelado pela norma penal. Sob essa perspectiva adotada, o direito repressor é utilizado como o direito de *prima ratio*, não permitindo que as condutas insignificantes não deixem de ser penalizadas. É nesse contexto que se tem por base o programa de “Tolerância Zero”, utilizado para o combate da criminalidade urbana que buscou o suporte teórico na “Teoria das Janelas Quebradas”.

3.5. Programa tolerância zero

A política criminal de “tolerância zero” é uma das vertentes do chamado movimento de “Lei e Ordem”, a qual foi uma modalidade de policiamento ostensivo instituída, no início da década de 90, no século passado, durante o mandato do prefeito da cidade de Nova York, Rudolph Giuliani. Esta política de repressão criminal se mostrou efetiva, pela redução dos índices de criminalidade, somente por um breve período de tempo, pois o foco da tolerância zero está voltado para infrações contra a desordem pública (Callegari; Wermuth, 2010 p.28).

Dessa forma, o programa de combate ao crime “Tolerância Zero” buscou o suporte teórico na “Teoria das Janelas Quebradas” ou “Vidraças Quebradas,” a qual foi formulada originalmente pelos norte-americanos James Q. Wilson e George Kelling em 1982. Para essa teoria, desordem e crimes andam juntos em um tipo de desenvolvimento sequencial. Dessa forma, os grandes delitos são o último estágio da delinquência de crimes praticados por desordeiros, pichadores, pedintes, prostitutas, os responsáveis por furtos de bagatelas, etc. Assim, de acordo com essa teoria, o combate à criminalidade deve ser feito com a eliminação de pequenos delitos corriqueiros.⁴

Na realidade, a política de tolerância zero surgiu não com o intuito primordial de diminuir a criminalidade urbana, mas de tirar os moradores de rua, tipificando severamente delitos de menor potencial ofensivo, tais como a embriaguez e a mendicância. Assim, a arbitrariedade do sistema punitivo estatal aplicava penas

severas à população que estava à margem da sociedade, ou seja, à classe baixa que sofria exclusão social:

A tolerância zero constitui uma forma de disciplina e de contenção dos setores mais desfavorecidos economicamente, e não uma verdadeira solução ao problema social que condiciona esses comportamentos. O Estado Social se transforma assim em um Estado Penal que, através do Direito Penal, pretende o controle da mão de obra não qualificada que não pode absorver o mercado de trabalho ou que não quer assumir o trabalho descontínuo e mal retribuído que se lhe oferece. (Muñoz; Hassemer, *apud*, Greco, 2009, p. 13).

Sob essa ótica, é possível afirmar que a política criminal de tolerância zero tem maior impacto nas minorias raciais e sociais, levando à marginalização dos indivíduos que pertencem a esses grupos. A propósito, para Rogério Greco (2009, p. 12) os defensores da lei e da ordem pregam “um discurso de Direito Penal Máximo, fazendo a sociedade acreditar ser o Direito Penal a solução de todos os males que a afligem”.

Obviamente, que tal raciocínio, por mais que traga um falso conforto de segurança à sociedade, não pode prosperar de forma absoluta, já que não atua na verdadeira causa do problema. Com efeito, a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos relevantes para a paz social e não para o enfrentamento da insegurança, uma vez que pode representar sérios riscos aos direitos e às garantias fundamentais.

Nesse contexto, as palavras de Rogério Greco (2009, p. 16) são basilares acerca do tema:

O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estranhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os “outros”, e se possível, nem o “mínimo” para nós.

Como se ver, os adeptos do movimento de Lei e Ordem sustentam uma política criminal de aplicação máxima do Direito Penal, uma vez que entendem que todos os comportamentos humanos desviados, independentemente do grau de importância, ou seja, lesão ao bem jurídico, merecem o juízo de censura para serem

tipificados pelo direito repressor. Neste ponto, percebe-se que não há nenhuma preocupação com a ressocialização dos infratores que cometem delitos baixa gravidade, mas apenas com o encarceramento e a exclusão do corpo social: “o programa tende a jogar nas malhas da justiça criminal um número cada vez maior de pequenos delinquentes, os quais acabam voltando para as ruas sem que qualquer esforço adicional de mudança de suas condições de vida seja empreendido pelo poder público” (Belli, 2000).

É possível inferir que o excesso de tipos penais incriminadores que descrevem condutas que ameaçam ou causam lesão aos bens jurídicos, os quais não têm valor social significativo, o que não cumpre a missão do Direito Penal. Em contrapartida, a expansão do Direito Penal tem por objetivo reprimir ao máximo, bastando à vontade do legislador em tipificar condutas que ele acha ser contrária à ordem social.

3.6. Direito Penal do Inimigo *versus* Direito Penal do cidadão

Como já dito, Jakobs parte do pressuposto de que há o direito Penal do cidadão, o qual deve ser aplicado a todos, e, ao mesmo tempo, o Direito Penal do Inimigo que deve ser aplicado para aqueles que põem o Estado em risco. Para esclarecer essa relação, Paulo Queiroz (2008, p. 46) sintetiza de forma didática os pontos distintivos do Direito Penal do Inimigo com o direito penal do cidadão:

Recentemente Jakobs passou a defender, ao lado do direito penal do cidadão, um direito penal do inimigo, modelos políticos-criminais cujas notas distintivas residem especialmente no seguinte: a) o inimigo não é pessoa mas inimigo (não pessoa), logo a relação que com ele se estabelece não é de direito, mas de coação, de guerra; b) o direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigência da norma; o direito penal do inimigo, o combate de perigos; c) o direito penal do cidadão reage por meio de penas; o direito penal do inimigo por meio de medidas de segurança; d) o direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com um direito penal do autor; e) por isso, o direito penal do cidadão pune fatos criminosos, o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente; f) o direito penal do cidadão é essencialmente repressivo, o direito penal do inimigo é essencialmente preventivo; g) por essa razão, o direito penal do cidadão deve-se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para

punir atos preparatórios (direito penal do perigo); h) o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito antigarantista.

É possível inferir que os traços marcantes do Direito Penal do Inimigo são: a aplicação desproporcional das penas em abstrato, a supressão ou relativização de garantias do devido processo legal com a antecipação da aplicação da sanção e tipos penais mais severos. Pode-se dizer ainda que o Direito Penal do Inimigo não respeita os princípios basilares do direito penal moderno, dentre eles: o da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.⁵

Por fim, para o Direito Penal do Inimigo a sanção penal é demonstrada pela vigência da norma, a qual tem uma função preventiva, ou seja, estabelecer a confiança no sistema punitivo para a integração social. Deitadas essas noções, percebe-se que para Jakobs, a função primordial do Direito penal não é proteger bens jurídicos, mas o cumprimento da norma que foi infringida, para a eliminação de um perigo, mesmo que iminente.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como já bem explorado, neste artigo, há um estado de insegurança e de medo permanente na sociedade brasileira, com os altos índices de criminalidade. Como resposta, o fenômeno da expansão do Direito Penal surge como instrumento e solução para o Estado para proporcionar a falsa realidade de segurança. Entretanto, reduzir à criminalidade com o Direito Penal do Inimigo é mascarar a crise do sistema penal e reforçar a violência, além de violar os direitos fundamentais.

Desde já, cabe esclarecer que é pacífico o entendimento de que, em princípio, não há direitos fundamentais absolutos com total imunidade para qualquer espécie de restrição. Nesse sentido, segundo, Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 188-189) isso vem da doutrina alemã, chamada de teoria de "limites dos limites", para coibir eventuais abusos dos direitos fundamentais e usá-los para cometer crimes. Por outro lado, as restrições aos direitos fundamentais não devem ser desproporcional, além de atingir o núcleo essencial do direito que venha a ser objeto de restrição.

Cabe ainda ponderar que não há direitos fundamentais absolutos assegurados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que existem outros direitos fundamentais catalogados que podem entrar em rota de colisão com outros direitos fundamentais. No entanto, vale abrir um parêntese que, segundo Norberto Bobbio (2004, p.15) apenas para o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado são direitos fundamentais absolutos que não cabem qualquer ponderação de valor.⁶

4.1. A lei dos crimes hediondos: aspectos que violam os direitos fundamentais

O Direito Penal Máximo sustenta o endurecimento das penas em abstrato, maior criminalização e aumento de tempo de encarceramento. Dessa forma, influenciou de sobremaneira a edição da Lei de Crimes Hediondos, n. 8072/90, sendo esta Lei a prova material da política criminal de repressão diferenciada aos crimes considerados graves. Porém, não basta a criação da referida lei e de suas inúmeras alterações, com o aumento de pena de outros tipos penais, com a finalidade de um maior encarceramento, mas não diminuiu a taxa de criminalidade. Portanto, o embate à criminalidade e a consequente diminuição da violência não se faz apenas com uma inflação legislativa, ou seja, o Direito Penal simbólico, promovido pelo clamor social e pela mídia sensacionalista.

Com efeito, a Lei dos Crimes Hediondos é necessária para dar uma resposta à violência urbana, mas não é suficiente com as longas penas privativas de liberdade, apontadas como únicos meios eficazes de intimidar e neutralizar a ação de criminosos. A propósito, vale destacar as ideias de Cesare Beccaria, ao discorrer sobre moderação das penas, no que tange às suas ideias de que a pena não atua afastando os homens do delito: "Quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para fugir à pena que mereceu do primeiro" (Beccaria, 2001, p. 43).

Logo, não se está diante da ausência de leis aptas a combater o problema. O que existe, na verdade, é a falta de aplicação do ordenamento, ou seja, a grande problemática da criminalidade e da violência brasileira não está atrelada à ausência

ou defeito da lei, até mesmo porque nunca se teve um sistema legislativo com tantos comandos:

É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência (Beccaria, 2001. p. 101).

A Constituição Federal de 1988 não traz um rol taxativo para os crimes hediondos, deixando a cargo do legislador derivado, quais são os delitos que merecem ser taxados de hediondez. Sendo assim, percebem-se nitidamente os reflexos do Direito Penal do Inimigo que recai sobre a Lei dos Crimes Hediondos, quanto à desproporcionalidade da aplicação das penas restritivas de liberdade e ao tempo de progressão de regime de execução da pena.

Com efeito, a Lei n. 13.964/2019, Pacote Anticrime, alterou o art. 112 da Lei de Execuções Penais,⁷ ao estabelecer o cumprimento de pena em porcentagem para a progressão de regime de pena para os crimes hediondos de acordo com a natureza do delito, a primariedade e a reincidência do condenado, além da obrigatoriedade de iniciar a execução da pena no regime fechado. Assim sendo, em tese, há reflexos da influência sob a ótica do Direito Penal do Inimigo, uma vez que estão presentes a severidade da lei, maior tempo de encarceramento e a repressão diferenciada de progressão de regime no cumprimento de pena para criminosos específicos que cometem crimes hediondos.

4.2. Regime disciplinar diferenciado como consequência do direito penal máximo

A Lei nº 10.792/2003 introduziu o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/1984, sendo alterado ainda pela Lei 13.964/2019, para ser aplicado ao preso que praticar fato previsto como crime doloso e constitui falta grave e/ou quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina interna na cadeia. Neste caso, o preso provisório ou condenado poderá ficar até 02 (dois) anos, recolhido isolado em uma cela individual, conforme a nova redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais, alterada pela Lei nº

13.964/2019, com possibilidade de repetição por um prazo igual ao estabelecido inicialmente:

art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - recolhimento em cela individual;

Percebe-se que esse dispositivo da Lei de Execuções Penais contém claramente elementos do Direito Penal do Inimigo, uma vez que é aplicado aos presos que possam causar subversão à ordem ou à disciplina interna na cadeia. Assim, o RRD impõe a disciplina dentro da prisão, levando em conta o Direito Penal do autor e desprezando o Direito Penal do fato, ou seja, a punição ao sujeito não decorre da culpabilidade (o que se fez), mas da periculosidade (o que faz). Além disso, a repressão não é pela conduta, mas pelo modo de vida do sujeito, qualidade ou personalidade. Diante disso, para Roberto Bitencourt, (2012, p. 238) o RDD viola o princípio da humanidade e o princípio da igualdade na execução da pena.

A exigência da aplicação da pena diferenciada, por características do autor, que são relacionadas a meras "suspeitas" de sua participação na criminalidade de facções, é claramente a aplicação do Direito Penal do Inimigo. Com efeito, o RDD faz a distinção de tratamento para o cidadão e para os inimigos, legitimando o Estado a escolher o perfil dos criminosos. Nesse sentido, Busato (2025) faz a seguinte ponderação:

O esquecimento da condição humana do autor do delito presente nesta proposição dogmática é o que permite a formulação de um "Direito penal do inimigo" e logo, o que abre as portas às construções legislativas de matizes menos garantistas. Assim, fica evidente que a elaboração legislativa brasileira recente, em geral, e especialmente no caso da regulamentação do Regime Disciplinar Diferenciado, não só se vincula a um a Política Criminal equivocada, de ingresso em um ciclo vicioso de responder à violência com mais violência, como também se encontra respaldada por uma perigosa concepção dogmática de fendida por mais de um no Brasil, como aposta para o futuro.

Assim, fica evidente que o Regime Disciplinar Diferenciado contém as ideias do Direito Penal do Inimigo, uma vez que vincula como inimigo do Estado os criminosos líderes de facções e traficantes de drogas, por exemplo. Dessa maneira, a crítica da doutrina é que, neste caso, tem-se o direito penal do autor e não direito penal do fato. Além disso, este tratamento é fruto da política criminal de expansão do Direito Penal, sem a preocupação com a preservação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

4.3. A lei do antiterrorismo como expressão do direito penal do inimigo

Inicialmente, cabe contextualizar que a Lei antiterrorismo foi promulgada em uma época, na qual o Brasil era a sede dos Jogos Olímpicos de 2016. Assim sendo, não havia uma lei específica sobre o tema. Neste contexto, o Brasil poderia ser alvo em potencial de ataques terrorista contra atletas e delegações de países que disputavam os jogos.

Como já visto, o Direito Penal do Inimigo é abertamente punitivista. Diante disso, tem como características a antecipação exagerada da tutela penal, proteção a bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade na aplicação da sanção penal etc. Neste contexto, a Lei 13.260/2016, é uma clara expressão do Direito Penal Inimigo, uma vez que se pode punir ações que ainda não se iniciaram, para defesa do Estado. Além disso, fere o princípio da legalidade, com normas de conceitos abertos e indeterminados:

Diante da utilização de expressões indeterminadas e abertas, é inegável que a lei brasileira antiterrorismo permite arbitrariedades e retrocessos na proteção dos direitos fundamentais. O principal risco da nova lei se encontra na crença de que sua aplicação vai atingir apenas o terrorista e não os cidadãos de bem, embora tal separação não seja sempre fácil e clara. Na fluidez do mundo contemporâneo, não é difícil inserir tal rótulo em qualquer pessoa, ainda que a real motivação seja a supressão de direitos fundamentais (Cambe; Ambrosio, 2017).

Com efeito, o art. 5º da Lei Antiterrorismo pune os atos preparatórios, o que evidencia a antecipação da tutela penal aos bens jurídico, o representa a expressão do Direito Penal do Inimigo. Além disso, tem elementos do Direito Penal do autor, já

que pune o sujeito pelo que ele “é” e faz oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele “fez”.

Note-se que o raciocínio é de um verdadeiro estado de guerra, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes. Sob essa perspectiva, o Direito Penal do Inimigo está presente na Lei Antiterrorismo, no seu: “art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito” (Brasil. 2013). Com efeito, na percepção de Jakobs (2005, p. 37) em certos delitos, deve-se punir o inimigo antecipadamente ao resultado do fato consumado:

O Direito Penal conhece dois pólos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro lado, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua periculosidade.

Para Jakobs (2005, p. 35-36) há pessoas que decidiram se afastar totalmente das regras do Direito, a exemplo daqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas. Dessa forma, sustenta o autor que para esses “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos”.

É de se ver que o Direito Penal do Inimigo, considera que não se deve esperar que produção danos, basta o perigo identificável:

A ideia motriz de todas as modificações que se propõem ou se avalizam para esse direito penal de inimigos gira em torno da ideia da periculosidade de tais delinquentes, e do seu consequente corolário de que não se deve esperar a produção de um dano ou o surgimento de um perigo identificável para intervir penalmente (Ripollés, 2015, p. 84).

Neste diapasão, a lei antiterrorismo apresenta elementos do Direito Penal do Inimigo, posto que tratar o criminoso terrorista como o inimigo do Estado, com punição de atos preparatórios, aplicação de penas desproporcional, flexibilização de garantias fundamentais.

4.4. Lei do abate: reflexos do Direito Penal do Inimigo

A conhecida Lei do Abate, n. 9614/98,⁸ que alterou o art. 303, da Lei 7565/86, tem como objetivo tutelar e prevenir que o espaço aéreo brasileiro não seja utilizado como rota por traficantes de drogas e contrabandistas. Neste contexto, a lei autoriza o abate de aeronaves em pleno voo que estejam em atitudes suspeitas e que não se identificarem.

Como se ver, a Lei de Abate de aeronaves apresenta características do Direito Penal do Inimigo, uma vez que a tutela do Estado é antecipada em casos ameaças à segurança e à ordem jurídica do Estado, além de fazer a distinção entre os cidadãos e não-cidadãos, que são os inimigos. Assim sendo, é possível inferir que a Lei do Abate é resultado do Direito Penal do Inimigo, já que a derrubada em pleno voo de aeronaves civis é extremamente necessária para dar efetividade no combate e prevenção ao tráfico de drogas.

Por sua vez, as críticas que fazem acerca da Lei o Abate são quanto à flexibilização dos direitos fundamentais, entre eles: a ampla defesa e o contraditório, a antecipação da execução da pena e o direito à vida. De fato, a aplicação indiscriminada da referida Lei entra em rota de colisão com os princípios fundamentais do devido processo legal e com os direitos fundamentais quanto à proporcionalidade das medidas adotadas (Reis, 2024).

Por essa razão, o Direito Penal do Inimigo está latente na Lei do Abate, já que prioriza o combate ao crime de tráfico de drogas de forma antecipada para a proteção do Estado, sem questionar a proporcionalidade das medidas adotadas em face aos direitos fundamentais, em especial o direito à vida. Por último, é possível inferir que estão presentes nessa Lei os elementos marcantes do Direito Penal do Inimigo: a aplicação desproporcional das penas, a supressão ou relativização de garantias do devido processo legal com a antecipação da aplicação da sanção penal.

5. CONCLUSÃO

O artigo abordou o estudo da expansão do Direito Penal e as teorias de Penal Máximo. A partir dessa temática, a pesquisa fez um recorte e se desenvolveu especificamente com o objetivo de identificar se há elementos e características da

teoria do Direito Penal Inimigo na legislação brasileira que violam os direitos fundamentais.

Inicialmente, o trabalho apresentou as causas geradoras da expansão do Direito Penal. Neste contexto, pode-se concluir que os fenômenos da Revolução Industrial, da globalização e a evolução dos meios tecnológicos trouxeram significativas mudanças nas estruturas das grandes cidades, dentre elas a marginalidade social e a delinquência, o que geraram a sociedade de risco. Dessa maneira, a mídia sensacionalista faz a propagação do medo, o que conduz à sensação de insegurança na população. Em consequência, a classe política vê, no sistema penal, o único instrumento com eficácia e celeridade para o combate à criminalidade, mesmo que seja à custa de sacrifícios aos direitos e às garantias fundamentais.

Por outro lado, as teorias deslegitimadoras fazem críticas à expansão do Direito do Penal, uma vez que ele é arbitrário, injusto e um meio completamente irracional, que ofende a dignidade humana e recruta uma clientela de miseráveis e grupos vulneráveis para o encarceramento. Além disso, o Direito Penal deve apenas ser usado como *ultima ratio* para resolver os problemas sociais, quando esses requeiram a proteção de bens jurídicos relevantes.

No segundo capítulo, foram estudadas as teorias de Direito Penal Máximo, dentre elas o Direito Penal do Inimigo, o Movimento Lei e Ordem e a Teoria das Janelas Quebradas. É possível inferir que a expansão do Direito Penal está cada vez mais invadindo áreas do direito em que o ilícito é meramente administrativo, civil, ou tributário. Assim, o que se vê é o expansionismo do Direito Penal como solucionador de conflitos sociais, o que foge aos seus objetivos traçados, que é a proteção aos bens jurídicos relevantes.

Nessa linha de raciocínio, não é exagero afirmar ainda que o Direito Penal do Inimigo surge como o Direito Penal de terceira velocidade, como alternativa para enfrentamento à criminalidade, contra os supostos inimigos, neste caso específico, serão os terroristas, os traficantes de drogas, os que praticam crimes cibernéticos e os crimes contra a soberania do Estado etc. Para isso, infere-se que o Direito Penal do Inimigo sustenta as seguintes ideias: a) antecipação da punição do inimigo; b)

desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; c) criação de leis penais severas.

Outros aspectos tratados foram às bases filosóficas do Direito Penal do Inimigo, os quais são um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal. Com efeito, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, utilizado somente quando esgotadas todas as possibilidades de controle extrapenal na luta contra a criminalidade, reservando seu âmbito de atuação a esferas de extrema necessidade, tais como a proteção aos bens jurídicos relevantes.

No terceiro capítulo, ficou evidenciado que na Lei antiterrorista, Lei do Abate, Lei dos Crimes Hediondos e na Lei de Exceções Penais há características do Direito Penal do Inimigo. Embasando essa afirmação, encontram-se na Lei de Crimes Hediondos maior tempo para a progressão de regimes no cumprimento de pena para crimes considerados graves. Por sua vez, na Lei antiterrorista há uma clara expressão do Direito Penal do Inimigo, posto que autoriza punir ações que ainda não se iniciaram, ou seja, os atos preparatórios, o que se evidencia a antecipação da tutela penal aos bens jurídicos.

Conclusão análoga está evidente no Regime Disciplinar Diferenciado, pois contém as ideias do Direito Penal do Inimigo, já que a lei vincula como inimigo do Estado os criminosos líderes de facções e os traficantes de drogas, por exemplo. Dessa maneira, tem-se o direito penal do autor e não o direito penal do fato, para a imposição de execução da pena diferenciada, por características do preso estar relacionadas com meras "suspeitas" de sua participação na criminalidade de facções.

No mesmo sentido, na Lei do Abate, estão relacionadas à flexibilização dos direitos fundamentais, por exemplo: a ampla defesa e o contraditório, a antecipação da execução da pena e o direito à vida. Assim sendo, é possível inferir que a Lei do Abate é produto do Direito Penal do Inimigo, já que a derrubada em pleno voo de aeronaves civis é extremamente necessária para dar efetividade no enfrentamento e na prevenção ao tráfico de drogas.

Com essas constatações, é plausível concluir que há, na legislação brasileira, as bases filosóficas e características do Direito Penal do Inimigo, como instrumento

para a repressão à criminalidade, mesmo que entre em conflito com os direitos e às garantias fundamentais.

Por fim, apontadas essas nuances, o Estado deve buscar o equilíbrio entre a repressão da criminalidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Lei Maior. Com efeito, a diminuição dos índices de violência urbana não se faz apenas com o aumento de tipos penais incriminadores, encarceramento em massa e maior tempo de penas privativas de liberdade, ou seja, com o Direito Penal simbólico, o qual é promovido pelo clamor social e pela mídia.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BELLI, Benoni. Polícia, 'tolerância zero' e exclusão social. **Novos Estudos Cebrap**, v. 58, p. 157-172, 2000. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-58/>. Acesso em 14 abr. 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. Vol. 4. crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé-pública. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Disponível em: <C:/Users/home/Downloads/BITENCOURT_Cezar_Roberto_Tratado_de_Dire.pdf> acesso em: 15 abr. 2025.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238. *E-book*. Disponível em: <<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>> acessado: em 10 abr. 2025.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. reim. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Decreto Lei n. 13260, de 16 de outubro de 2016. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm > Acesso em: 26 mar. 2025.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo.** Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/55187101/regime-disciplinar-diferenciado-como-produto-de-um-direito-penal-de-inimigo>> Acesso em 12 abr. 2025.

CALLEGARI. André Luiz; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

CAMBI, E.A.S.; AMBROSIO, F.A.R. Ameaça aos direitos fundamentais e à democracia: a lei antiterror do Brasil. **Espaço Jurídico**, v.18, n.1, p.185-212, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10915>>. Acesso em 10 abr. 2025.

CARVALHO, SALO. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático 4. ed. amp, atual. e com comentários à Lei 11. 343-06. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo.** 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120).** 3. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2015.

DANTAS, Diego Maxwell. **Inflacionismo penal - apontamentos sobre os malefícios do Direito Penal Máximo: Análise das correntes que advogam o direito penal máximo e mínimo.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4463, 20 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42628>>. Acesso em: 11 abr. 2025.

GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos:** Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 6. ed. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, parte geral, introdução.** Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2009.

JAKOBS, Günther; 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, 2005.

JESUS, Damásio. Direito penal do inimigo: Breves considerações. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIGUEL, Érika Andrade. A Expansão do Direito Penal. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-expansao-do-direito-penal/111577115>>. Acesso em: 10 abr. 2025.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REIS, Diego dos. Direito penal do inimigo e a lei de abate de aeronaves: estudos sobre uma possível confluência jurídica. **Revista FR**. Vol. 28, 2024. Disponível em:< <https://revistaft.com.br/direito-penal-do-inimigo-e-a-lei-de-abate-de-aeronaves-estudos-sobre-uma-possivel-confluencia-juridica/> > Acesso 10 abr. 2025.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução de André Luiz Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Alexandre Cesar. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A **expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, 2013.

WACQUANT, Löic. **As Prisões da Miséria**. Tradução André Telles. 1999. E- book. Disponível: [em: <https://www.academia.edu/18712601/As_Prisoes_da_Miseria_Loic_Wacquant>](https://www.academia.edu/18712601/As_Prisoes_da_Miseria_Loic_Wacquant). acesso em: 30 mar. 2025.

Notas explicativas:

¹ Por clareza no significado do termo “bem jurídico”, por ser equívoco, no seu conceito há grandes controvérsias entre os doutrinadores. Porém, para grande maioria, a missão do direito penal e a tutela de bens jurídicos, o qual tem uma concepção ético-valorativa para a existência em comum, como por exemplo: a vida, a integridade física, a propriedade, etc.. Dessa forma, a ameaça ou lesão aos bem jurídicos mais relevantes, reque maior proteção do Estado pelo direito mediante normas com mais rigor. Cf.: Prado, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4 ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37-41.

² “Os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são os meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”. Cf: Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 410.

³ Em aperto de síntese, cabe esclarecer, desde logo, que as Ciências Penais estão entrelaçadas por diversos campos do conhecimento, em especial, a Dogmática penal que estuda e interpreta as normas penais; já a Política Criminal é a ciência que tem por finalidade específica cuidar das estratégias de controle da criminalidade, orientar e sugerir processos legislativos de positivação; enquanto a Criminologia que é uma ciência interdisciplinar empírica que estuda o delito, o delinquente, a vítima e a sociedade. In: Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. Salvador: **JusPodivm**, 2015, p. 33-34.

⁴ “A alegoria das “janelas quebradas” é utilizada para exemplificar a teoria: se uma pessoa quebra a janela de um edifício e nada é feito no sentido de consertá-la, as outras pessoas que gostam de quebrar janelas que por ali passarem, vendo que ninguém se importa com suas atitudes, passarão elas também a quebrar as outras janelas do prédio, de forma que, como resultado, ter-se-ia em sentimento geral de decadência, propício ao desenvolvimento da criminalidade, razão pela qual toda e qualquer complacência, sob pena de se transformar, no futuro, em um crime maior”. In: Callegari. André Luiz; Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 27.

⁵ O caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Por sua vez, Princípio da subsidiariedade: antes de se recorrer ao Direito Penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social. In: Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 90-95.

⁶ “Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais”. Bobbio, Norberto. **A era dos direitos**. 7. reim. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

⁷ Art. 112 da Lei 7210, de 1984. “(...) V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.” BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei n.7210 de 11 de julho de 1984. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> acesso em: 08 mai. 2025.

⁸ BRASIL. Lei 9614/98: Art. 303. (...)§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm> acesso em 12 abr. 2025.