

TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

VINICIUS STADTLOBER SILVEIRA

ORIENTADOR: BRUNO MARINI

RESUMO:

A teoria do "Direito Penal do Inimigo" tem gerado intensos debates na doutrina penal e constitucional, sobretudo por propor um regime diferenciado para determinados indivíduos considerados "inimigos do Estado". Nesse sentido, o presente artigo analisa criticamente a teoria supramencionada, elaborada pelo jurista alemão Günther Jakobs ao final do século XX, sob a luz dos direitos humanos e das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, a pesquisa tem por objetivo geral demonstrar que a proposta de Jakobs é falha, pois, ao distinguir cidadãos de inimigos, admite a relativização de direitos constitucionais e processuais, legitimando um regime penal de exceção em nome da segurança pública. Ademais, em que pese a notoriedade da teoria, nota-se sua incompletude formal e substancial, mormente pela ausência de elementos objetivos para definição de um indivíduo "inimigo do Estado", o que pode ensejar interpretações arbitrárias pelo aparato estatal e abrir espaço para perseguições políticas, sociais e de gênero - tal qual o regime Nazista. A metodologia aplicada foi dedutiva, qualitativa, descritiva e bibliográfica. Como resultado, conclui-se que a adoção do Direito Penal do Inimigo representa grave ameaça aos fundamentos dos direitos humanos, ao possibilitar a flexibilização de garantias essenciais sob o argumento da proteção da ordem social.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo. Direitos Humanos. Estado Democrático de Direito. Garantias Fundamentais. Günther Jakobs.

ABSTRACT

The theory of "Enemy Criminal Law" has generated intense debates in penal and constitutional theory, especially for proposing a distinct regime for certain individuals considered "enemies of the State." In this sense, the present article critically analyzes the previously mentioned theory, developed by the German jurist Günther Jakobs at the end of the 20th century, under the light of human rights and the fundamental guarantees of the Democratic Rule of Law. Consequently, the central objective of the research is to demonstrate that Jakobs' proposal has weaknesses, as by distinguishing citizens from enemies, it allows for the relativization of constitutional and procedural rights, legitimizing an exceptional penal regime in the name of public safety. Additionally, despite the notoriety of the theory, its formal and substantial incompleteness is noted, especially due to the absence of objective elements for defining an individual as an "enemy of the State," which can lead to arbitrary interpretations by the state apparatus and open space for political, social, and gender persecutions—just like the Nazi regime. As a result, it is concluded that the adoption of Enemy Criminal Law represents a grave threat to the foundations of human rights, by allowing the flexibilization of essential guarantees under the argument of protecting social order. Finally, the present research employed deductive, descriptive, and qualitative methodology, using bibliographic-documentary and doctrinal procedural instruments.

Keywords: Democratic Rule of Law. Enemy Criminal Law. Human Rights. Fundamental Guaranties. Günther Jakobs.

INTRODUÇÃO

Preliminarmente, o artigo vislumbra os direitos humanos no tocante à sua definição, historicidade e importância da efetiva aplicação de tais direitos na sociedade. Após, o artigo explica de forma clara o eixo central da teoria do direito penal do inimigo, evidenciando a sua origem, os seus fundamentos e objetivos, bem como a crítica de juristas frente ao assunto.

Nessa linha, pertinente salientar que a ideia de um direito penal do “inimigo” surge como uma tentativa de resposta à crescente criminalidade e ao terrorismo no contexto mundial, sobretudo ao final do século XX e início do século XXI - tendo como exemplo o ataque terrorista aos edifícios do World Trade Center em Nova Iorque. Deste modo, há um panorama global prévio para que Jakobs sustente a aplicação de normas penais diferenciadas para determinados indivíduos, por ele chamados de “inimigos do Estado”.

Com efeito, o regime penal sustentado pelo autor permite a relativização não só das garantias constitucionais, como também processuais penais frente aos “inimigos do Estado”, haja vista que estes promovem perigos demasiados à sociedade, não podendo, na visão do autor, estarem equiparados aos cidadãos comuns e, conseqüentemente, serem julgados pelas mesmas leis civis.

Por outro lado, visando problematizar os pressupostos de Jakobs, o artigo descreve princípios constitucionais, quais sejam, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da proporcionalidade e da vedação à discriminação.

Em seguida, esta pesquisa aborda o Nazismo como ponto de reflexão ao leitor, porquanto tratou-se de período histórico que, de maneira análoga à teoria supracitada, culminou na aplicação de um Direito diferenciado, válido e eficaz frente às minorias étnicas, religiosas e de gênero - permitindo o extermínio de povos dados como inimigos do Estado Nazista na Alemanha das décadas de 1930-1940.

Por fim, a análise conduz à conclusão de que a adoção do Direito Penal do Inimigo representa uma ameaça aos fundamentos dos direitos humanos, ao permitir a flexibilização de garantias essenciais sob o pretexto da segurança nacional.

1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

A compreensão dos direitos humanos é complexa e para melhor entendê-la é necessário partir de alguns pressupostos, quais sejam, da sua definição, seu desenvolvimento histórico e suas dimensões ao longo do tempo. Todavia, quando da análise de pensamento de diversos juristas, pode-se dizer que “direitos humanos” se refere a um conjunto de prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, em uma frase concisa e de fácil entendimento, (Ramos, 2025, p.3, grifo nosso) aponta que os direitos humanos consistem em “um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade”. Ou seja, viver dignamente é o eixo central da teoria dos direitos humanos, não havendo um rol predeterminado desse “conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna” (Ramos, 2025, p.3).

Entretanto, para além de sua conceituação, os direitos humanos devem ser entendidos em sua historicidade, pois resultam de um processo contínuo de lutas sociais, transformações políticas e avanços jurídicos. Isto é, cada etapa da história trouxe novas demandas e reconhecimentos, consolidando os direitos como construções dinâmicas, ligadas ao contexto social de cada época.

Nesse percurso, a doutrina identifica diferentes “gerações” ou “dimensões” de direitos, que simbolizam não apenas uma ordem cronológica, mas também a ampliação progressiva da proteção da dignidade humana, passando dos direitos civis e políticos às garantias sociais, coletivas e difusas.

Portanto, a “teoria geral dos direitos humanos” busca justamente fornecer esse panorama inicial, evidenciando sua conceituação, evolução histórica e sistematização em gerações, como base para o aprofundamento dos temas que se seguem.

1.1 Da Definição e Conceituação de Direitos Humanos

Preliminarmente, é pertinente dizer que a elaboração de um conceito certo e determinado sobre “direitos humanos” encontra obstáculos significativos, inclusive por juristas. Neste ínterim, é comum a utilização de expressões como equivalentes, quando na verdade há diferença técnica. A título de exemplo, as expressões “direitos

humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são, muitas vezes, empregadas como sinônimos, sendo certo que possuem sutis diferenças.

Desta feita, o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho explica, em apertada síntese, que os direitos fundamentais são positivados e limitados no tempo por uma ordem jurídica, ao passo que os direitos do homem são universais e independentes no tempo. Neste sentido:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (Canotilho, 1998, p. 47).

Em uma linha similar de pensamento, Marmelstein (2014) defende que *direitos fundamentais* são normas “intimamente ligadas à dignidade humana e à limitação do poder, positivadas na Constituição”, à medida que os *direitos do homem* também têm relação com a dignidade humana e limitação do poder, mas que ainda não foram positivadas por algum motivo. Veja-se:

Foi dito que os direitos fundamentais são normas intimamente ligadas à dignidade humana e à limitação de poder, positivadas na Constituição. Essa ideia, logicamente, não afasta a possibilidade de existência de valores importantes que ainda não foram positivados por algum motivo, mas que também são ligados à dignidade e à limitação do poder. No entanto, nesse caso, os juristas não chamam esses valores de direitos fundamentais e sim de direitos do homem. Nesse sentido, os direitos do homem seriam valores ético-políticos ainda não positivados. Eles estariam em um estágio pré-positivo, correspondendo “a instâncias ou valores éticos anteriores ao direito positivo”. Aliás, pode-se dizer que eles estão até mesmo acima do direito positivo, conforme ficou decidido pelo Tribunal de Nuremberg. (MARMELESTEIN, 2014, p.23)

Todavia, é clarividente que George Marmelstein dá ênfase em sua teoria, inclusive ao explicar os “direitos do Homem”, na “dignidade” como elemento indispensável à caracterização e formação desses direitos. Com efeito, Marmelstein (2014, p.31) aduz:

Que fique bem claro, então, que **sempre houve uma consciência de que existem valores ligados à dignidade (direitos do homem), já que é da essência do ser humano indignar-se contra injustiças**. No entanto, tais valores não eram positivados pelos ordenamentos jurídicos, de modo que não

havia por parte das autoridades constituídas um reconhecimento formal de que tais valores representavam verdadeiros direitos, capazes de serem invocados perante um órgão imparcial e independente mesmo contra a vontade do soberano.

Finalmente, Marmelstein suscita que a expressão *direitos humanos* refere-se “aos valores que foram positivados na esfera internacional”, terminologia repercutida quando se delibera sobre questões de direito internacional, quer seja na discussão de tratados, quer seja no âmbito dos pactos internacionais, pois “não é tecnicamente correto falar em direitos humanos positivados na constituição” (2014, p.24).

Em que pese tais distinções classificatórias, infere-se que os direitos humanos devem, como visto acima, relacionar-se com o direito dos povos - conquistados durante os séculos- e comunicar-se intimamente com dignidade da pessoa humana e as liberdades. Afinal de contas, é essa definição que embasa a Constituição Federal na literalidade de seu art. 1º, III, combinado com o art. 5º e seus incisos.

1.2 Da historicidade dos direitos humanos

Dado o panorama geral dos direitos humanos, é imprescindível compreender a maneira que tais direitos passaram a existir durante a história. Nesse sentido, é sabido que todo direito advém da ruptura de ideias - as quais em determinado momento são tidas como “verdades absolutas”-, bem como são oriundos da quebra de padrões sociais, culturais e religiosos.

No entanto, os direitos humanos não foram conquistados em momentos isolados, mas sim adquiridos e validados a partir da soma de inúmeros eventos históricos, acompanhados de seus atores. Nessa linha, Bobbio (2004, p.9) afirma:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Por outra perspectiva, Marmelstein (2014) aponta que “a noção de direitos do homem é tão antiga quanto a própria sociedade” enfatizando, de maneira igualmente similar à teoria Bobbiana, a historicidade dos hoje chamados direitos humanos. Em

outras palavras, significa salientar o vasto lapso temporal do qual resultou a formação dos direitos supramencionados.

Todavia, existem momentos históricos que acentuam o estudo dos direitos humanos, muito em razão de simbolismo de luta, glória, conquista de direitos ou rompimentos sociais. Como ilustração, pode-se mencionar três marcos de fundamental importância para a consolidação dos chamados “Direitos do Homem”, quais sejam, a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa, as quais são chamadas por Marmelstein (2014, p.41) de “revoluções burguesas”.

Nesse ínterim, tem-se que a Revolução Gloriosa, de 1689, na Inglaterra, estabeleceu limites ao poder monárquico e garantiu liberdades parlamentares, configurando um passo relevante para a institucionalização de direitos políticos e civis.

A Revolução Americana, de 1776, por sua vez, representou não apenas a independência das colônias dos Estados Unidos da América em relação à Inglaterra, mas também a afirmação de princípios de liberdade, igualdade, autonomia e direito à busca da felicidade. Essa busca por direitos culminou na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (Marmelstein, 2014, p.41)

Por outro lado, a Revolução Francesa, em 1789, deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento histórico que influenciou fortemente a concepção moderna de direitos humanos, consolidando-os como universais e inerentes à condição humana.

Nesse ponto, cabe destacar a análise de Norberto Bobbio, que recupera a leitura de Kant sobre o papel transformador da Revolução Francesa:

[...] Kant ligava diretamente o aspecto que considerava positivo da revolução com o direito de um povo a decidir seu próprio destino. Esse direito, segundo Kant, revelara-se pela primeira vez na Revolução Francesa. E esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais.[...] (Bobbio, 2004, p. 40).

Assim, a Revolução Francesa não apenas deu visibilidade histórica a um novo paradigma de direitos, como também simbolizou a passagem de uma ordem marcada pelo absolutismo monárquico e os direitos naturais, para outra fundada na autonomia, racionalidade e emancipação.

Desse modo, não se pode dizer que os direitos humanos tenham surgido de um único momento histórico ou como fruto de um acontecimento isolado. Na realidade, eles foram construídos progressivamente, em meio a lutas, transformações sociais e mobilizações coletivas, sendo validados pela soma de inúmeros eventos históricos e pelos atores envolvidos em cada contexto.

1.3 Das Gerações/Dimensões dos Direitos Humanos

Ao longo da evolução histórica, os direitos humanos foram recebendo diferentes formas de classificação, a fim de facilitar sua compreensão e destacar seus distintos momentos de afirmação. Deste modo, uma das sistematizações mais difundidas foi proposta por Karel Vasak, jurista de origem tcheca, que associou tais direitos aos ideais da Revolução Francesa.

Nesta linha de pensamento, é partindo dos ideais da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, igualdade e fraternidade, que Karel Vasak classifica, ou em outras palavras, dimensiona os direitos humanos em três gerações - cada qual com características próprias. Nesse diapasão, dispõe Ramos (2024,p.25):

Cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa (que completava, em 1979, data da conferência, 200 anos): **“liberté, égalité et fraternité” (liberdade, igualdade e fraternidade).**

Nessa linha, Ramos (2024, p. 25) recorda que Vasak relacionou a primeira geração à liberdade, a segunda à igualdade e a terceira à fraternidade ou solidariedade. Essa classificação, ainda que não esgote o tema, oferece um panorama inicial para compreender a expansão dos direitos ao longo do tempo, preparando o terreno para uma análise mais aprofundada das especificidades de cada geração, que serão tratadas nos subtópicos seguintes.

1.3.1 Da Primeira Geração/Dimensão dos Direitos Humanos

Em apertada síntese, os direitos de primeira geração são relacionados aos direitos civis e políticos, possuindo relação direta com as revoluções liberais da Europa, as quais contestaram o absolutismo monárquico e suas arbitrariedades. Pode-se dizer que houve uma luta para que esses direitos formalmente existissem, embora não vistos de modo efetivo, ou material, em um primeiro momento.

Ou seja, foram idealizados para que o *Homem lato sensu* pudesse reivindicar e lutar por seus direitos, isto é, ter a liberdade para reivindicar lutas sociais, contestar o governo monárquico com seus altos impostos, repressão à gênero, entre tantos outros exemplos. Senão vejamos, o que Ramos (2024, p.26) dispõe sobre a Primeira Geração dos Direitos Humanos:

Por isso, são conhecidos como direitos (ou liberdades) individuais, **tendo como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos** (vide a evolução histórica dos direitos humanos). **Essas revoluções visavam restringir o poder absoluto do monarca, impingindo limites à ação estatal.** São, entre outros, **o direito à liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança**, traduzindo o valor de liberdade.

Nas próprias palavras de Marmelstein (2014, p.39) o “Estado absoluto era um regime que sufocava a sociedade em todos os setores da vida (econômico, religioso, político, jurídico)”. Nessa linha, a conquista dos direitos de primeira geração foi de suma importância, porquanto rompeu com a ideia de que os governos monarquistas-absolutistas pudessem exercer sua política estatal de forma arbitrária e sem limites. Assim, ao menos formalmente, as pessoas teriam acesso a direitos básicos tais como: direito de liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança.

1.3.2 Da Segunda Geração/Dimensão dos Direitos Humanos

Os impactos da industrialização, notados pela Revolução das Máquinas na Inglaterra, assim como o crescimento dos problemas sociais e econômicos no século XVIII, evidenciaram que a aquisição formal da liberdade e da igualdade na primeira geração de direitos humanos não era suficiente para assegurar o seu efetivo gozo. Diante disso, emergiram amplos movimentos reivindicatórios que impulsionaram a

consagração daqueles direitos previamente citados, cuja efetivação demandava uma postura ativa do Estado na promoção da justiça social (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 258).

Nessa perspectiva, Marmelstein (2014, p. 42-43) ressalta que, embora praticamente todas as declarações de direitos do período proclamavam a igualdade, tal princípio não se estendia de maneira autêntica ao âmbito social. Em outras palavras, não havia um propósito efetivo de assegurar a isonomia material a todos os indivíduos.

Conforme o autor, a igualdade da primeira geração era, em grande parte, uma igualdade apenas “da boca para fora”, pois, ainda que a lei equiparasse formalmente os indivíduos, conferindo-lhes direitos independentemente da posição social, tal isonomia não se verificava no plano concreto. A título de ilustração, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão restringia o direito ao voto apenas aos homens com posses e também admitia a escravidão, mesmo sustentando, em termos formais, a igualdade de todos perante a lei.

Nesse sentido, consoante Ramos (2022, p.32), a segunda dimensão ganhou corpo a partir de marcos históricos significativos, como a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que introduziram direitos sociais em seus textos, servindo de paradigma para diversos ordenamentos jurídicos posteriores. Tais documentos refletiram a necessidade de incorporar prestações estatais vinculadas ao trabalho, à educação e à seguridade social, consolidando a compreensão de que a liberdade somente se torna real quando acompanhada de condições concretas de igualdade.

1.3.3 Da Terceira Geração/Dimensão dos Direitos Humanos

Finalmente, a chamada terceira geração de direitos humanos surgiu ao final do século XX, enfatizando os direitos coletivos e solidários. Esses direitos englobam o direito ao desenvolvimento sustentável, autodeterminação dos povos, meio ambiente saudável, paz e cooperação internacional. Essa geração busca promover a solidariedade global e a preservação dos recursos naturais para as futuras gerações.

Assim, conforme Ramos (2024, p 26, grifos nossos) os direitos de terceira geração são aqueles de “titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado”.

Por fim, embora haja um desempenho doutrinário para classificar dimensões de direitos, note-se que o professor e jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade critica a teoria geracional de direitos humanos. Neste aspecto:

Aunque a primera vista parezca atrayente para fines didácticos, dicha teoría, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, en nada es convincente y no resiste a un examen más cuidadoso de la materia. Los riesgos de esta visión atomizada, de la fantasía de las "generaciones de derechos", son manifiestos." (Cançado Trindade, 1990, p. 65).

Nesse sentido, a expressão “Fantasia da Geração de direitos” é utilizada sobretudo porque Trindade (1990) aduz que os direitos humanos devem ser reconhecidos e efetivados pela “*interrelación o indivisibilidad de todos los derechos humanos*”, e não meramente utilizados como divisíveis ou, em outras palavras, dispostos cada qual em sua geração sem possuir qualquer correlação.

2 TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria Geral do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs, apresenta-se como um modelo de resposta penal diferenciado, direcionado a indivíduos considerados especialmente perigosos, que, ao romperem com o pacto social, deixam de ser tratados como cidadãos plenos para assumirem a condição de “inimigos do Estado”.

Preliminarmente, serão abordadas as origens históricas e filosóficas dessa teoria, bem como o contexto de sua formulação diante do recrudescimento da criminalidade e do terrorismo em âmbito mundial. Em seguida, serão analisados os fundamentos teóricos e dogmáticos da proposta de Jakobs, com destaque para a influência do contratualismo, a distinção entre cidadãos e inimigos e as implicações quanto à relativização de garantias fundamentais. Logo após, será discutida a compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com a Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos, evidenciando-se a sua inconciliabilidade com os princípios

estruturantes do Estado Democrático de Direito. Por fim, será ressaltado que o Direito Penal do Inimigo pode ser analisado de forma semelhante ao nazismo, ocorrido na década de 1930 a 1940, período em que a classificação de determinados grupos como “inimigos” legitimou arbitrariedades e graves violações à dignidade humana.

2.1 Origens da Teoria Geral do Direito Penal do Inimigo

Conforme o dicionário Michaelis, o termo “inimigo” advém do latim “*inimicus*” e etimologicamente aponta para aquele que é “pertencente a grupo oposto” ou, em outros termos, aquele que é “adverso” ou “hostil”. Similarmente, tem-se a atribuição de que “Inimigo” refere-se à palavra “adversário”, ou seja, inferindo tratar-se de pessoa, criatura ou entidade contra a qual se luta. Nesse sentido, pode-se ter uma noção, embora inicial e aparente, do que viria a ser o Direito Penal do inimigo, isto é, um arcabouço de normas penais diferenciadas, as quais se destinariam aos inimigos.

Dado um panorama inicial referente à etimologia dos termos acima, é imperioso compreender a origem do Direito Penal do Inimigo, formulada pelo jurista alemão Gunther Jakobs, de modo a verificar não só as razões pelas quais a teoria emerge, mas também os objetivos de sua criação.

Dessa forma, pertinente dizer que a ideia de um direito penal do “inimigo” surge como uma tentativa de resposta à crescente criminalidade e ao terrorismo no contexto mundial, sobretudo ao final do século XX e início do século XXI — tendo como exemplo o ataque terrorista aos edifícios do World Trade Center, em Nova Iorque.

Sendo assim, há um panorama global prévio para que Jakobs sustente a aplicação de normas penais diferenciadas para determinados indivíduos, por ele chamados de “inimigos do Estado”. Essa teoria, por sua vez, surge na Alemanha, em meados de 1985, em um contexto de fim da Guerra Fria, bem como por guerras locais e ataques terroristas.

2.2 Fundamentos do Direito Penal do Inimigo

Inicialmente, é imperioso compreender que a teoria de Jakobs visa, de fato, desconsiderar alguns indivíduos do direito, leia-se indivíduos perigosos, muito em razão da ameaça que estes conferem à comunidade em que estão inseridos. Desta forma, há um raciocínio de que um sujeito perigoso não pode ser sujeito de direitos, tal qual aquele indivíduo tido como cidadão.

Posto isso, Jakobs (2020, p.9) afirma, em outras palavras, que seria cômodo pensar que todos os indivíduos, enquanto pessoas, devem ser vinculados por meio do direito. Afinal de contas, esta suposição é cômoda porquanto se afasta da necessidade de comprovar casos em que se trata “ de uma relação jurídica e em outros de uma situação não jurídica”.

Esta frase, conferida por Gunther Jakobs logo no prólogo de sua obra, já identifica um dos axiomas centrais de sua teoria: de um lado tem-se a aplicação de uma norma penal para aqueles que configuram uma relação jurídica proveitosa com o Estado, ditos cidadãos; de outro, tem-se a aplicação de um regime positivado de exceção, destinados àqueles que, para Jakobs “não admitem ser incluídos sob uma constituição civil ” (2020, p.10).

De igual forma, Jakobs corrobora para a afirmação supracitada, quando aponta que “ denomina-se direito o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo direito, mas pela coação” (2020, p.24). Mas aqui, pertinente dizer que aplicar-se-ia uma coação prevista em lei penal diferenciada, a qual permitiria a relativização não só de garantias de direitos humanos, mas também das garantias constitucionais. Ou seja, para Jakobs, face a um inimigo do Estado, não haveria óbice em permitir, por exemplo, prisões sem direitos mínimos existenciais, visto que o indivíduo perigoso “perdeu” tais garantias quando do rompimento do pacto social.

Outrossim, no tópico dos fundamentos é preciso salientar que muito do que é sustentado pela teoria do direito penal do inimigo advém de filosofias já consolidadas em tempos passados, sobretudo, as linhas de pensamento contratualistas.

Isso porque, as mesmas defendiam o contrato social de forma tenaz, sendo certo que caso houvesse ruptura desse pacto social por algum indivíduo, quando este cometer algum delito ou infringir normas, o Estado deveria punir, como se inimigo fosse, as pessoas que romperam com esse pacto social. Senão vejamos, nas palavras de Jakobs:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito **no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica** (2020, p.24).

Apenas a título ilustrativo, Jakobs dizia que “qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este” (*apud* Rosseau, 2020, p.24-25). Posto isso, nota-se uma posição radical daquele autor contratualista, visto que qualquer malfeitor que atacasse o direito social deixaria de ser considerado cidadão. Nas próprias palavras de Jakobs (2020, p.26) há esse entendimento quando aponta “ Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de *per si*, um inimigo”.

Todavia, Jakobs adota a posição de Thomas Hobbes, acerca do contrato social e dos ditos delinquentes. Isso porque, Jakobs aponta que “ Hobbes, em princípio, mantém o delinquente em sua função de cidadão. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição” (*apud* Hobbes, 2020, p.26). Por conseguinte, essa diferenciação busca legitimar a teoria, visto que diferencia o tratamento para aqueles infratores de menor potencial ofensivo, de infratores perigosos, que delinquem de maneira persistente e violenta.

Sob esta mesma ótica, a teoria do direito penal do inimigo defende as ideias kantianas, sobretudo para dizer que “ frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra” (Jakobs, *apud* Kant, 2020, p.28). Em virtude disso, pode-se dizer que Jakobs adota o funcionalismo sistêmico do direito penal, isto é, o direito penal com um fim em si mesmo, e não como um meio para adequar a sociedade.

Em contrapartida, Zaffaroni (2007) destaca que para nenhum indivíduo há como residir o título de “inimigo”. Isso porque, ao fazê-lo, haveria um afastamento de todos os cidadãos do Estado de direito rumo a um Estado absoluto, permitindo prisões arbitrárias, sem o devido processo, torturas, prisões sem o mínimo existencial etc.

Nesta linha, Goldfinger deixa claro as principais características do direito Penal do Inimigo, quais sejam:

1) possui a finalidade de eliminar os perigos; 2) as garantias processuais são suprimidas; 3) as penas são severas, podendo haver a antecipação da tutela penal; 4) a teoria é baseada na periculosidade do agente. Processualmente o direito penal do inimigo pode ser visto como violação da presunção da inocência; ampliação da interceptação telefônica; incomunicabilidade do preso; admissão da tortura (2020,p.139).

Por fim, nota-se que é uma teoria de aplicação de norma penal frente ao terror, permitindo uma resposta violenta do Estado àqueles considerados inimigos. Outrossim, percebe-se influência direta da filosofia do contrato social nesta teoria, haja vista que o indivíduo, quando rompe com alguma norma do pacto social, passará a receber tratamento penal diferenciado, severo, sem garantias materiais ou processuais.

2.3 A Teoria do Direito Penal do Inimigo sob a perspectiva da Constituição Federal, dos Direitos Humanos e da Experiência Histórica

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, estabeleceu como fundamento essencial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Tal princípio constitui o eixo axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual não há espaço para a legitimação de um direito penal diferenciado que trate determinados indivíduos como “não-pessoas”. Consoante salienta Goldfinger (2021, p. 141, grifos nossos) “dentre os fundamentos da CF, no âmbito do consagrado Estado Democrático de Direito, vige o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual não há como o Direito Penal do Inimigo permear pelo ordenamento jurídico penal brasileiro”.

Deste modo, essa centralidade da dignidade desdobra-se em duas dimensões. De acordo com Goldfinger (apud Nucci, 2021, p. 168), existe uma dimensão objetiva, que envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, compreendendo direitos como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, higiene e trabalho, expressamente reconhecidos no art. 7º, IV, da Constituição Federal. Por outro lado, a dimensão subjetiva relaciona-se ao sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes a todo indivíduo. Assim, ao negar tais prerrogativas sob o argumento de

periculosidade, a teoria do inimigo viola diretamente o núcleo essencial dos direitos sociais e da própria dignidade.

Paralelamente, o princípio do devido processo legal figura como cláusula pétrea da ordem constitucional, não podendo ser derogado nem mesmo em contextos de guerra ou de enfrentamento ao terrorismo. Nas palavras de Nucci:

O direito a um devido processo é plenamente aplicável em relação a presumidos terroristas no marco da 'guerra contra o terror'. Constitui um direito humano fundamental consagrado em vários regimes que criam um âmbito de proteção às garantias judiciais básicas. **Nunca pode ser derogado e deve ser respeitado tanto em tempos de paz, como em tempos de conflito armado** (2024, p. 56).

Desse modo, ainda que o Estado busque preservar a segurança pública, não lhe é lícito flexibilizar direitos processuais em nome da eficiência punitiva. Nucci (2024, p. 56) destaca que “no processo penal, portanto, busca-se enaltecer o ser humano, resguardando a segurança pública na exata proporção da necessidade”, revelando que o equilíbrio entre defesa social e garantias individuais é condição de legitimidade do sistema penal.

Desta feita, um dos exemplos mais sensíveis de tensionamento entre garantias e poder estatal está na prisão cautelar. Para Nucci (2024, p. 56), ela “exsurge como firme disposição estatal para preservar a instrução criminal idônea”. Entretanto, deve-se respeitar a presunção de inocência, evitando que a prisão processual se converta em pena antecipada, em afronta à razoabilidade e ao devido processo legal. A esse respeito, o mesmo autor adverte:

Se o Estado não dispuser de meios eficientes para assegurar a instrução rápida, levando-se em conta a prisão cautelar do acusado, nem tampouco tiver condições reais de inserir o preso em lugar adequado à sua condição de inocente, até prova em contrário, falece-lhe legitimidade para o encarceramento sem culpa formada” (2024, p. 56).

Portanto, percebe-se que a adoção do Direito Penal do Inimigo é incompatível com o modelo garantista consagrado na Constituição de 1988. Pois, ao relativizar a dignidade humana e flexibilizar o devido processo legal, tal teoria rompe com os fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito, fragilizando a legitimidade da atuação estatal e abrindo espaço para arbitrariedades.

Nesse panorama, torna-se evidente que a adoção do Direito Penal do Inimigo abre espaço para práticas arbitrárias semelhantes às ocorridas no regime nazista. Em

razão de que, ao classificar determinados grupos como inimigos do Estado, o nazismo instituiu um direito penal de exceção, em que as garantias fundamentais foram suprimidas em prol de uma falsa sensação de segurança nacional. Minorias étnicas, religiosas e políticas foram perseguidas, privadas de dignidade e submetidas a prisões arbitrárias, campos de concentração e execuções sumárias.

Para criticar esta teoria, que teve aplicação similar no regime nazista, Zaffaroni (2007, p.54) aponta que “os perigosos ou inimigos foram parasitas para os soviéticos, *subumanos* para os nazistas”. Ora, a política do regime nazista ao afirmar que judeus, homossexuais, deficientes (dentre outros) eram subumanos propunha categorizar que tais sujeitos eram inimigos do Estado. Acontece que essa ideia de apontar sujeitos como inferiores, alegando então que estes seriam inimigos do Estado Alemão, era para Zaffaroni (2007, p.54-55, grifos nossos) “no fundo uma base ideológica (racismo) proveniente do século XXI”.

Portanto, a experiência histórica demonstra que, sempre que o Estado relativiza a dignidade humana e o devido processo legal sob o pretexto de combater “inimigos”, o resultado é a barbárie institucionalizada. Por isso, reafirma-se que o Direito Penal do Inimigo é absolutamente incompatível com os fundamentos constitucionais brasileiros, devendo ser rejeitado como ameaça concreta à ordem democrática e aos direitos humanos.

CONCLUSÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo, embora se apresente como resposta às novas ameaças globais, como o terrorismo e o crime organizado, fragiliza os alicerces do Estado Democrático de Direito ao permitir a instauração de regimes de exceção penal. Isso porque, ao aplicar a lei civil aos ditos “cidadãos” e, em contrapartida, negar direitos fundamentais a determinados indivíduos, considerados como “inimigos”, há evidente violação à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à garantia do devido processo legal.

Além disso, a teoria do direito penal do inimigo possui lacunas, sobretudo quando da definição de inimigo. Isso porque, não há definição clara de quem seria inimigo do Estado, isto é, não há critérios objetivos da definição de inimigo. Nesse

sentido, é evidente que Jakobs cita que seriam inimigos os terroristas, bem como os que delinquem de maneira persistente contra as normas do Estado. Ocorre que, embora na teoria isto seja visto como um ideal, à primeira vista interessante, na prática isso permitiria com que o Estado pudesse praticar arbitrariedades, perseguindo oposições políticas, por exemplo.

Por consequência, além do caráter inconstitucional, visto que da contrariedade total ao art. 5º da Constituição Federal, a supracitada teoria poderia ser utilizada com fins exclusivamente arbitrários pelo aparato estatal, abrindo margem para perseguições políticas, sociais e de gênero- tal qual o regime Nazista Alemão. E, ainda, no próprio reflexo da teoria kantiana, Jakobs afirma que neste regime de exceção penal seria “só coação física” contra este sujeito inimigo. Ora, afirmar a violência como solução à criminalidade, após inúmeras conquistas dos direitos humanos, além de ter em vista que o sistema penal tem funções de ressocialização do preso, torna-se um retrocesso de pensamento.

Por outro lado, nota-se que os direitos humanos foram conquistados por inúmeros eventos, os quais mudaram paradigmas em diversos períodos históricos. Nesse cenário, a dignidade da pessoa humana, assim como a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção, permite julgamentos isonômicos e de acordo com os fatos praticados. Assim, a teoria do direito penal do inimigo permite despersonalizar um ser-humano, com a aplicação de coações severas, antes mesmo de que se tenha o devido processo legal e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Deste modo, conforme Goldfinger (2021), isso seria antecipar uma punição, ou seja, antecipar a tutela penal condenatória, sem antes confirmar que este sujeito - apontado previamente pelo Estado como inimigo- seja considerado culpado no devido processo legal. Portanto, é necessário resistir à tentação de um direito penal de exceção, reafirmando a centralidade dos direitos humanos como limite intransponível à atuação punitiva do Estado.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 22 ago. 2025.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Intervención en la Consulta Mundial sobre el Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano de las Naciones Unidas**. Ginebra, 1990. 11 p. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11993.pdf>

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

GOLDFINGER, Fábio. **Manual de direito penal: parte geral**. Leme, SP: Editora Mizuno, 2021. 982 p.

INIMIGO. In: **MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2025. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/inimigo/>. Acesso em: 9 set. 2025.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. 118 p.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 560 p.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal - 21ª Edição 2024**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.55. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649280/>. Acesso em: 18 set. 2025.

RAMOS, André de C. **Curso de Direitos Humanos**. 12. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. E-book. p.1. ISBN 9788553625888. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625888/>. Acesso em: 22 ago. 2025.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. ISBN 9788553626885. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626885/>. Acesso em: 16 set. 2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 224 p.



Serviço Público Federal
Ministério da Educação

Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul



ATA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE DIREITO

Aos treze dias do mês de outubro de dois mil e vinte e cinco, às dezesseis horas, realizou-se virtualmente através da plataforma Google Meet, ID da reunião: <https://meet.google.com/wfb-yxxa-rzw>, a sessão pública da Banca Examinadora de Defesa de TCC, para conclusão do Curso de Direito, intitulado “TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, apresentada pelo(a) acadêmico(a) VINICIUS STADTLOBER SILVEIRA, para obtenção do título de Bacharel em Direito. A Banca Examinadora, composta pelos membros Bruno Marini, Presidente; Gustavo Santiago Torrecilha Cancio, membro; Tiago Marino, membro, procedeu à arguição pública do(a) candidato(a), estando o(a) acadêmico(a):

(x) APROVADO(A) () APROVADO(A) COM
RESSALVAS () REPROVADO(A)

Proclamado o resultado pelo presidente da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos, dos quais, para constar, foi conferida e assinada a presente Ata pelos membros da Banca Examinadora e pelo(a) acadêmico(a).

Bruno Marini
(Presidente)

Gabriel Loureiro Melo Ijano
(Membro)

Tiago Marino
(Membro)

VINICIUS STADTLOBER SILVEIRA
(Acadêmico(a))

NOTA
MÁXIMA
NO MEC

UFMS
É 10!!!



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Marini, Professor do Magisterio Superior**, em 13/10/2025, às 16:49, conforme horário oficial de Mato Grosso do Sul, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

NOTA
MÁXIMA
NO MEC

UFMS
É 10!!!



Documento assinado eletronicamente por **Tiago Marino, Professor do Magisterio Superior - Substituto**, em 13/10/2025, às 16:50, conforme horário oficial de Mato Grosso do Sul, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

NOTA
MÁXIMA
NO MEC

UFMS
É 10!!!



Documento assinado eletronicamente por **Gabriel Loureiro Melo Ijano, Usuário Externo**, em 13/10/2025, às 16:56, conforme horário oficial de Mato Grosso do Sul, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

NOTA

UFMS



Documento assinado eletronicamente por **Vinicius Stadtlober Silveira, Usuário Externo**,