

# DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI DO ABATE EM FACE DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

## CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: A CRITICAL ANALYSIS OF THE SLAUGHTERING LAW IN FACE OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND GUARANTEES

Victoria Paganeli Sampaio<sup>1</sup>

Orientador: Cristiano Lázaro Fiuza Figueiredo<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar a possibilidade da violação dos princípios e garantias constitucionais sob a égide da Lei de Abate. Para isso, elegeu-se como ponto de partida uma revisão bibliográfica baseada na teoria concepcionista do jurista alemão Gunther Jakobs, chamada de Direito Penal do Inimigo. Conforme a teoria, existe uma espécie de separação entre o agente que é considerado criminoso, sendo que na primeira, o criminoso é considerado como cidadão e teria o direito a um julgamento adequado. Já a segunda classificação, entende que o criminoso é um inimigo do Estado e por isso deve ser tratado de forma diferenciada. Partindo disso, ao relacionar a Lei de Abate com a teoria do Direito Penal do Inimigo pretende-se observar se de fato a mencionada lei constitui-se como uma manifestação baseada na teoria de Jakobs e se por esse fato ela pode ser considerada inconstitucional, já que estaria contrariando princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Abate. Inimigo. Princípios. Garantias. Inconstitucionalidade.

**Abstract:** The main objective of this article is to analyze the possibility of violating constitutional principles and guarantees under the Slaughter Law. For this, a bibliographic review based on the conceptionist theory of the German jurist Gunther Jakobs, called the Criminal Law of the Enemy, was chosen as a starting point. According to the theory, there is a kind of separation between the agent who is considered a criminal, and in the first, the criminal is considered a citizen and would have the right to an appropriate trial. The second classification, on the other hand, understands that the criminal is an enemy of the State and therefore should be treated differently. Based on this, when relating the Slaughter Law to the theory of the Criminal Law of the Enemy, it is intended to observe whether in fact the aforementioned law constitutes a manifestation based on the theory of Jakobs and if for that fact it can be considered unconstitutional, that would be contrary to fundamental principles and guarantees of the Federal Constitution.

**Keywords:** Slaughter. Enemy. Principles. Guarantees. Unconstitutionality.

---

<sup>1</sup>Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Católica de Salvador. E-mail: victoria.sampaio@ucsal.edu.br

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Penal. Mestre em Políticas Públicas e Sociais. Advogado. Professor e Orientador na Universidade Católica de Salvador.

**SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS TEÓRICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. 2.1. ORIGEM E CONCEITO. 2.2. CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS. 2.3. A TEORIA DE JAKOBS E OS PILARES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. 3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3.1. ASPECTOS GERAIS. 3.2. A INVIOABILIDADE DE PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. 4. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ABATE. 4.1. ANÁLISE NORMATIVA. 4.2. A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. 4.2.1. BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS: VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4.3. A PERCEPÇÃO QUANTO A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ABATE. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## **1. INTRODUÇÃO**

O Direito Penal do Inimigo concebido pelo alemão Gunther Jakobs se refere a uma formulação teórica vinculada ao expansionismo penal, na qual prega a existência de dois tipos de Direito Penal, sendo o primeiro o do cidadão onde se tem diversas garantias, e do outro lado um Direito Penal que trata a pessoa como real inimigo e que por isso a ele não é resguardado garantias apenas normas para puni-lo.

Cabe destacar que a mencionada teoria de Jakobs coexiste sob três pilares, sendo eles: a antecipação da punição do inimigo, relativização ou supressão de garantias processuais, a desproporcionalidade das penas e cessação de algumas garantias processuais e a criação de leis rigorosas.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro apesar de não adotar amplamente a Teoria Penal do Inimigo, demonstra em dispositivos esparsos, resquícios dessa formulação teórica, como ocorre no caso da Lei de Abate (Lei nº 9.614/1998).

Basicamente a lei trata do abate de aeronaves hostis ou suspeitas daquelas que estejam realizando o tráfico de substâncias entorpecentes no espaço aéreo brasileiro, condicionando desse modo, a sua derrubada pela Aeronáutica.

Contudo, muito se discute acerca da inconstitucionalidade da referida lei, tendo em vista que ela não se demonstra em sintonia perfeita com os princípios constitucionais, e a própria Magna Carta de 1988.

Quanto à pergunta de pesquisa, questiona-se: Tendo em vista os princípios e as garantias asseguradas na Constituição Federal, a aplicação da Lei do Abate pode ser considerada inconstitucional?

Partindo disso, o presente estudo trata acerca do Direito Penal do Inimigo sob uma análise crítica da Lei de Abate, em face dos princípios e garantias constitucionais. Logo, elegeram-se como objetivo geral analisar a possibilidade de violação dos princípios e garantias constitucionais sob a égide da Lei do Abate.

No que se refere aos objetivos específicos, foram escolhidos os seguintes para guiar essa pesquisa: identificar o que é o Direito Penal do Inimigo, seu surgimento e evolução histórica; analisar a hipótese da influência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro; verificar se há compatibilidade entre a teoria do Direito Penal do Inimigo com os princípios básicos acolhidos pela CF/88; identificar de que forma a Lei do Abate pode ser associada ao Direito Penal do Inimigo; analisar se a Lei do Abate fere princípios e garantias constitucionais.

Por fim, cabe mencionar que se aplicou como metodologia de pesquisa a qualitativa, na qual foi realizada uma revisão bibliográfica acerca da temática através de doutrinas contemporâneas e artigos científicos e acadêmicos.

## **2. ASPECTOS TEÓRICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O Direito Penal é um ramo de direito público criado para regular o exercício do direito punitivo do Estado e possui também como um de seus objetivos a proteção dos valores e princípios mais importantes para o convívio social, tais quais a honra, a imagem, a vida, a paz, etc.

Conforme Nucci (2020), ele ainda se justifica como o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. (NUCCI, 2020, p. 73)

Diante disso, a concepção do Direito Penal do Inimigo idealizada pelo jurista alemão Gunther Jakobs com referências de teóricos como Rousseau, Hobbes e Kant, demonstram uma outra maneira de olhar para o agente criminoso partindo de uma concepção mais rigorosa que poderia ser capaz de contrariar ou violar os princípios e garantias constitucionais concebidos na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, essa seção busca de maneira breve realizar um estudo acerca da noção geral do que vem a ser a teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como suas principais características, e pilares que a sustentam.

## 2.1. ORIGEM E CONCEITO

É sabido que nos tempos primitivos vigorou-se inicialmente a vingança divina, em que os indivíduos acreditavam em entidades sobrenaturais a quem deviam obediência. De acordo com Estefam e Gonçalves (2020), antigamente quem violassem esta obediência, comungada pelos integrantes do grupo, devia ser severamente punido, pois eles acreditavam que, caso nada fosse feito, a ira da divindade poderia ser despertada.

Depois surgiu a vingança privada, onde o homem fazia justiça pelas próprias mãos, com reações violentas e desproporcionais. Todavia, a ausência de proporcionalidade entre a ação praticada e a sanção enfraquecia o grupo.

A aplicação desmedida da pena capital ou do banimento, bem como as baixas decorrentes das batalhas travadas, debilitava a célula social. Surgia, então, após certo progresso civilizatório, a ideia de estabelecer algum equilíbrio ou proporcionalidade entre o crime e a pena, e isto se dava por meio do Talião. [...] A pena assim infligida, além de proporcional, possuía caráter individual, já que a sanção não alcançava o ofensor e todos os que lhe eram solidários, mas somente aquele que delinuiu. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2020, p. 555)

A partir daí, surgiu a Lei de Talião, onde o criminoso seria castigado na mesma proporção em que agiu e de forma individual. Se tratava do famoso ‘olho por olho, dente por dente’.

Com o passar do tempo a sociedade foi se modificando e as formas anteriormente expostas tornaram-se anacrônicas. Surge então a vingança pública, onde o Estado assumiu a força punitiva, se tornando o único legitimado a impor penas criminais.

Apesar do Estado intermediar a relação jurídico penal das partes, a sanção ainda mantém as características das outras demais fases, mostrando-se muitas vezes cruel e intimidatória, ainda havia a presença da religião e do misticismo e as penas variavam desde fogueira, esquartejamento até a amputação e castigos corporais. (MASSON, 2017, p. 76)

Ao surgir o Estado de Direito, após revoluções liberais e influência dos ideais iluministas, surgiu também um limite ao poder de punir do Estado, tendo

em vista que os governados e também os governantes deveriam obedecer às leis e as mesmas deveriam ser voltadas aos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

É inequívoco que o processo de modernização do direito penal somente teve início com o Iluminismo, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Paganò (Itália). Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário. A inspiração contratualista voltava-se ao banimento do terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena ganha um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos e não simplesmente castigar. (NUCCI, 2020, p. 86)

Sendo assim, surge o Direito Penal que objetiva não só punir e reprimir as condutas indesejadas e que provoquem um mal-estar social, como também, visa resguardar os direitos dos cidadãos delimitando essas punições para que as mesmas sejam justas e estejam em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Todavia, de acordo com Silva (2016), com o passar do tempo, o Direito Penal vai se afastando do modelo clássico e passa a pautar-se na hipertrofia legislativa e na elaboração de tipos penais e instrumentos processuais que antes não eram utilizados ou aceitos, o que configura um Direito Penal Máximo. Dentro desse viés, ressalta-se o mais agressivo de seus membros, o Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs.

Em 1985, na Alemanha, Günther Jakobs, professor de Filosofia do Direito e Direito Penal na conceituada Universidade de Bonn, publicou a teoria do Direito Penal do Inimigo, em uma palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt.

Segundo Conde (2012), no Direito Penal do Inimigo para que o Estado lute de forma eficaz contra o inimigo, são impostas penas desproporcionais e draconianas, são penalizadas condutas inofensivas ou que estejam longe de representar uma ameaça a um bem jurídico e são eliminados ou reduzidos ao mínimo alguns direitos e garantias do imputado ao longo do processo penal.

Em síntese, a teoria de Jakobs objetiva dividir os indivíduos de uma mesma sociedade em cidadãos e inimigos, criando um Direito Penal diferenciado para cada um deles.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

É importante perceber que a teoria do Direito Penal do inimigo possui características que embora sejam peculiares podem ser encontradas nos ensinamentos de alguns doutrinadores pretéritos.

Em consonância com Albuquerque (2011), embora estejamos falando de uma teoria tida como nova, a mesma possui raízes filosóficas antigas, haja vista que Jakob cita Jean Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Immanuel Kant e Thomas Hobbes como os principais percussores filosóficos e que possuem grande relevância dogmática para a sua teoria.

Esses sobressalentes pensadores fundamentaram o Estado de modo estrito, abreviando-o a qualidade de um contrato e entendiam que o delinquente que atentasse contra a pátria, dissolveria a relação jurídica com os demais membros da sociedade e não mais faria jus aos benefícios concedidos aos cumpridores das cláusulas definidas no pacto social. Neste aspecto, aquele que com sua conduta, viola o contrato social, nos moldes idealizados por Rousseau, postando-se contrário às regras de conduta social deixaria de ser membro do Estado, estando em guerra com este e passaria a uma condição de completa ausência de direitos. (ALBUQUERQUE, 2011, p. 17)

Contudo, enquanto Rousseau e Fichte defendem que ao abandonar o contrato, o cidadão deve perder todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, Jakobs afirma que na sua teoria o cidadão continua dentro do Direito, tendo em vista que o delinquente poderá se ressocializar, além de ter a obrigação de reparar os danos causados. Apenas o inimigo perde o status de cidadão.

Já no que diz respeito a Thomas Hobbes, a teoria de Jakobs possui estreita relação com as suas ideias. Este, em seu “Contrato de Submissão”, também prevê a discriminação entre cidadão e inimigo, pois que segundo ele deve-se manter o delinquente de menor potencial ofensivo em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar por si mesmo, seu status. (ALBUQUERQUE, 2011, p. 20)

A partir daí Jakobs decide separar juridicamente as pessoas dos inimigos. Para ele, os inimigos não são pessoas. Contudo, Jakobs afirma, que não se pode confundir o conceito de pessoa com o conceito de ser humano. Ao adotar a base sistêmica de Luhmann, o criador da teoria do Direito Penal do Inimigo, denomina pessoa como a forma pela qual o sistema social é construído. (SILVA, 2016, p. 82)

Sendo assim, conforme o supramencionado autor, pessoa é somente o indivíduo que oferece uma garantia cognitiva satisfatória de um comportamento pessoal. Caso essa garantia não exista ou seja negada, o Direito Penal passa de uma reação da sociedade perante o crime de um de seus membros a uma reação contra o inimigo.

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa, sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o adversário. (JAKOBS, 2003, p. 175)

Logo, esses inimigos seriam, em um primeiro momento, os criminosos econômicos, delinquentes organizados, terroristas, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas. Estes, por serem considerados inimigos, não podem ter os benefícios concedidos aos cidadãos. Sendo assim, não têm direito a um procedimento penal legal, devendo-se adotar nesses casos um procedimento de guerra.

### 2.3. A TEORIA DE JAKOBES E OS PILARES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

É importante destacar que a teoria idealizada e sistematizada por Günther Jakobs se apoia em três pilares, sendo eles a antecipação da punição do inimigo, relativização ou supressão de garantias processuais, a desproporcionalidade das penas e cessação de algumas garantias processuais e a criação de leis rigorosas.

Assim, será discorrido e demonstrado, mais adiante, as consequências lógicas deste modelo criminal, como por exemplo o fato de que o inimigo deve ser punido de acordo com a sua periculosidade e não de acordo com a sua culpabilidade. Além do que, as medidas aplicadas contra o inimigo não consideram as condutas praticadas no passado, mas sim o perigo que esse indivíduo representa para o futuro pois na teoria de Jakobs o Direito Penal deixa de ser retrospectivo e passa a ser prospectivo.

Quanto a antecipação da punição do inimigo, a relativização ou supressão de garantias processuais, cabe destacar que esse pilar da teoria criada por

Jakobs que visa antecipar a ingerência penal do Estado vai de encontro ao Direito Penal Clássico idealizado pelos iluministas no século XVIII, pois os mesmos objetivavam proteger os cidadãos do despotismo do Estado.

Jakobs é a favor da punição de atos meramente preparatórios e da tipificação de crimes de mera conduta e de perigo abstrato. Os atos preparatórios ou *conatus remotus* verificam-se quando a ideia extravasa a esfera mental e se materializa mediante condutas voltadas ao cometimento do crime. Este, portanto, sai da mente do sujeito que começa a exteriorizar atos tendentes à sua futura execução. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 555)

Todavia, em regra, o Direito Penal não pune os atos meramente preparatórios. Contudo, há a tipificação de alguns crimes de mera conduta e de perigo abstrato. Os crimes de mera conduta são aqueles cujo tipo penal se restringe a conduta, sem ser necessário que haja algum resultado naturalístico, enquanto os crimes de perigo abstrato, se tratam de condutas que não precisam provocar um perigo real, basta que o legislador considere a potencialmente danosa e presuma-a como perigosa.

Segundo Silva, (2016) Jakobs defende a necessidade de uma punição antecipada, tipificando um ato que, naturalmente, seria considerado meramente preparatório, ou até mesmo uma mera cogitação, ao cometimento de uma outra infração penal. Por isso, se diz que as medidas aplicadas contra o inimigo não consideram as condutas praticadas no passado, mas sim o perigo que esse indivíduo representa para o futuro.

Sendo assim, fica nítida a supressão de alguns princípios, como o da presunção de inocência, da segurança jurídica e da legalidade com uma vaga descrição dos delitos e das penas. Além da mitigação da garantia processual do devido processo legal haja vista em que o inimigo perde esse direito e se adota um procedimento sem limites, já que se trata de uma guerra contra o mesmo.

No que tange a desproporcionalidade das penas e cessação de algumas garantias processuais, obsta esclarecer que o Direito Penal deve ser aplicado no momento em que alguém infringir uma norma pois é quando surge para o Estado o poder-dever de aplicar as sanções penais devidas a cada caso, ou seja, as penas, observando-se o princípio do devido processo legal.

O Direito Penal do Inimigo vislumbra eliminar um perigo, por isso diz-se que se trata de um Direito Penal prospectivo, pois objetiva evitar consequências



futuras. Desse modo, não há como se falar em proporcionalidade entre o dano a ser causado e a pena.

De acordo com Silva (2016, p. 100), para Jakobs a pena representa uma coação, serve como uma resposta ao fato praticado por uma pessoa racional. Não há que se falar em caráter reeducativo ou retributivo da pena, mas sim na garantia das expectativas normativas. O jurista alemão não vê a ressocialização do inimigo como possível, devido a isso não há que se falar em aplicar uma pena a ele como se aplica aos cidadãos. Ademais, a pena não possui como objetivo retribuir o mal causado à sociedade, mas sim eliminar o perigo que o inimigo representa diante da mesma.

A perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade. (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 23)

Dito isso, Albuquerque (2011) exemplifica bem ao citar que o supramencionado autor defende a adoção pelo Estado de medidas preventivas, ao defender a antecipação da punição, e de medidas desproporcionais diante da gravidade do fato à pena aplicada.

Para Jakobs o inimigo deve ser punido de acordo com a sua periculosidade e não de acordo com a sua culpabilidade. Sendo assim, ao punir o inimigo com base no fato passado e no perigo que ele representa para o futuro, não haverá proporcionalidade entre o fato e a sanção, o que resultará na violação de alguns princípios, como o da dignidade da pessoa humana.

A segregação entre os indivíduos de uma mesma sociedade, dividindo-os em cidadãos e inimigos, além de ferir o princípio da igualdade, faz com que os indivíduos tidos como inimigos tenham cessadas algumas garantias processuais, como a do devido processo legal.

Por fim, o ultimo pilar conhecido como “a criação de leis rigorosas” recebe importância, ao ponto que frisa a constância de características entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal Simbólico. Nesse contexto, a maneira de passar tranquilidade para a população através da edição de normas penais, ainda que estas não venham a ser aplicadas de fato, e do punitivismo que versa

sobre o endurecimento das normas penais existentes aplicáveis aos crimes de grande repercussão. Dito isso:

Jakobs resume a íntima relação entre o Punitivismo e o Simbolismo Penal, dizendo que este não só identifica um determinado fato, mas sobretudo um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos- persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão. Parecendo claro, por outro lado, que para tanto são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado e de instrumental importância para a dita exclusão, e o fruto dessa união fraternal é o Direito Penal do inimigo. (ALBUQUERQUE, 2011, p. 43)

Para Jakobs a criação de leis mais severas direcionadas exclusivamente para os indivíduos tidos como inimigos e conseqüentemente a supressão de princípios e garantias processuais dos mesmos, tendo em vista que o Estado oferece tratamento de guerra àqueles que não possuem garantias cognitivas de que obedecerão às normas, seria uma maneira eficaz de combater à criminalidade e gerar um sentimento de segurança na população.

E é exatamente nisso que consiste a teoria política-criminal do jurista alemão, a existência de um direito penal do cidadão, que observa todos os princípios e garantias constitucionais e um direito penal do inimigo, onde o mesmo é punido pela mera cogitação do crime, mediante uma legislação de luta ou de combate visto se tratar de uma guerra e penas que não guardam proporcionalidade com a conduta. Dessa forma, a consequência não poderia ser outra se não a restrição de garantias processuais.

### **3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Penal do Inimigo percorreu um caminho curto quanto a sua aplicação, e mesmo que ainda existam resquícios dessa teoria, alguns doutrinadores recriminam a aplicação no Direito Penal Brasileiro, tendo em vista que a teoria estaria indo de encontro aos princípios e garantias constitucionais estabelecidos na Magna Carta de 1988, como será visualizado adiante.

### 3.1. ASPECTOS GERAIS

Muito se especula se há a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 elenca como um dos seus principais pilares o princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei.

Contudo, ao observar a sociedade contemporânea brasileira fica evidente que o medo causado pelo avanço da criminalidade vem assolando grande parte da população. Dessa forma, foram e continuam sendo criadas leis mais severas com o intuito de trazer segurança para a sociedade.

Dito isso, observa-se que há algumas normas no ordenamento jurídico pátrio que possuem características da teoria de Jakobs, uma vez que se assemelham ao Direito Penal Simbólico e ao punitivismo, assim como a referida teoria, o que já foi discorrido anteriormente.

Um grande exemplo da incidência do Direito Penal do Inimigo no Brasil é o Decreto nº 314/67 que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. O referido decreto, em seus artigos 1º ao 3º, define a segurança nacional como uma forma de garantir a consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, sendo estes internos ou externos.

Trata-se de uma definição vaga que abre precedentes para a discricionariedade do juiz, podendo o mesmo interpretar de acordo com a sua vontade. Dessa forma, qualquer um poderia cometer os crimes previstos nesse decreto, dependendo, exclusivamente, do que o juiz viesse a interpretar sobre o conceito de segurança nacional.

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) também apresenta traços da teoria de Jakobs, pois a mesma endureceu o tratamento dado a alguns crimes como estupro e estupro de vulnerável, entre outros elencados no rol taxativo do artigo 1º do referido diploma legal.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

A referida lei foi implantada em razão de anseios midiáticos e populares que clamavam por leis penais mais severas. Por essa razão o legislador estipulou uma série de crimes que pudessem ser consideradas mais ameaçadores à sociedade. (SANTINI, 2014, p. 23)

Obviamente a Lei de Crimes Hediondos visa punir de forma mais severa aqueles que cometerem os crimes que se encontram em seu rol taxativo, tendo em vista a impossibilidade de graça, indulto ou anistia e a dificuldade maior para a progressão de regime. Logo, evidencia-se a influência do Direito Penal do Inimigo, uma vez que corrobora com a ideia de separar um direito penal para os cidadãos e outro para os inimigos.

Igualmente, de acordo com Fiuza (2016), pode-se perceber traços da supramencionada teoria na Lei de Crimes Organizados (Lei nº 12.850/13) ao serem suprimidos direitos constitucionalmente assegurados, como o da quebra de sigilo e, assim como a lei de crimes hediondos, tornou obrigatório que o início do cumprimento da pena se dê em regime fechado. Além disso, não se analisa o caso concreto para então impor as sanções correspondentes, logo, o indivíduo é responsabilizado não pelo que ele fez, mas sim pelo que ele representa para a sociedade.

Outro exemplo a ser citado é o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), presente na legislação brasileira através da Lei de Execução Penal (Lei nº 10.792/03).

O regime disciplinar diferenciado é, em síntese, caracterizado pelo seguinte: a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias (art. 52, I a IV, da Lei 7.210/84). (NUCCI, 2020, p. 553)

Segundo os incisos I e II, do parágrafo 1º, do artigo 52 da Lei de Execuções Penais fica também sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual existam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave ou que

apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.<sup>4</sup>

De forma breve, tal instituto autoriza a submissão do preso ou do condenado ao isolamento e a restrição de visitas, tendo como base a participação em organização criminosa, ou seja, meramente suspeitos, que subvertam a ordem ou a disciplina interna. (FIGUÊIREDO, 2016, p. 148)

Dito isso, fica clara a semelhança do referido instituto com os pilares da teoria de Jakobs, pois é um regime mais rigoroso de pena que é aplicado com base nas características pessoais do indivíduo, ou até mesmo em meras suspeitas. Sendo assim, há violação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo tido como inimigo, o que se trata de mais um traço característico da referida teoria.

Mais um exemplo da aplicação da teoria criada pelo jurista alemão no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se no artigo 288 do Código Penal. Observa-se que há uma antecipação da punição, que se trata de uma característica do Direito Penal do Inimigo, pois passou a se punir o mero ato preparatório ou até mesmo uma cogitação, visando frustrar possíveis condutas dos ditos inimigos da sociedade.<sup>5</sup>

Por fim, vale destacar a Lei do Abate (Lei nº 9.614/98) como mais um dos exemplos da presença da teoria de Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual as aeronaves tidas como hostis ou suspeitas poderão ser destruídas dentro do território nacional. Contudo, discorreremos mais sobre a mesma adiante.

### 3.2. A INVIOABILIDADE DE PRINCIPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 traz consigo as chamadas cláusulas pétreas que limitam materialmente o poder

---

<sup>4</sup> Art. 52. § 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

<sup>5</sup> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

de reforma da constituição de um Estado. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias constitucionais.

Os direitos fundamentais visam resguardar a dignidade da pessoa humana e as garantias existem para resguardar esses direitos. Vale ressaltar que os mesmos possuem como característica a universalidade, logo, devem ser aplicados a todos de forma uniforme; imprescritibilidade, uma vez que não prescrevem; irrenunciabilidade, pois não se pode abrir mão deles; entre outros.

O garantismo penal tem a função precípua de orientar a construção de um Estado Democrático de Direito, que tenha um modelo normativo condizente com os seus anseios, primando pela democracia material e não meramente formal. Assim, ter-se-á um modelo que garanta os direitos e garantias judiciais a todos os cidadãos, independentemente de seus atos ou representação social. (FIGUEIRÉDO, 2016, p. 142)

Dito isso, ao entender a Constituição Federal fica clara a sua incompatibilidade com a teoria de Jakobs, visto que essa vai de encontro aos direitos e garantias que norteiam aquela.

No direito penal do inimigo identifica-se uma realidade política cujo objetivo é aumentar o poder do estado em detrimento do cidadão para que seja provida a paz social, ou seja, retira a importância do sujeito visto individualmente em prol da sociedade, o que se faz mediante exclusão de direitos e garantias, sobretudo os de ordem processual. Através do direito penal do inimigo o Estado enxerga o cidadão como um perigo em potencial que deve ser contido e não como sujeito de direitos, desconsiderando a essência humana. (SOUZA, 2012, p. 17)

A referida teoria se opõe a Constituição em diversos aspectos, como por exemplo no tocante ao princípio da isonomia, disposto no artigo 5º, “caput”, da Constituição, segundo o qual “todos são iguais perante a lei”, pois prega que os indivíduos de uma sociedade devem ser separados em cidadãos e inimigos e conseqüentemente ao da dignidade da pessoa humana, haja em vista que a partir do momento em que o inimigo não é mais visto como pessoa, é cabível que lhe sejam suprimidos direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 1988)

Ademais, a função da pena no Direito Penal do Inimigo é repressiva, e não possui apenas caráter de retribuição. Enquanto a retribuição prevê devolver o injusto na proporção do dano, o Direito Penal do Inimigo almeja a aplicação da pena antes mesmo de qualquer lesão. (MARTINELLI, 2017)

Sendo assim, cumpre observar que há também uma afronta ao princípio da legalidade, elencado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal,

segundo o qual: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988)

A teoria de Jakobs ainda contraria o princípio da presunção de inocência, que está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna e dispõe que “ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, o indivíduo deve ser considerado inocente até que se prove o contrário. (BRASIL, 1988)

Segundo o jurista alemão, as medidas aplicadas contra o inimigo não devem levar em consideração a sua culpabilidade, mas sim o perigo que ele representa para a sociedade. Desta forma, trata-se de um Direito Penal prospectivo, e não retrospectivo. (SILVA, 2016, p. 91 *apud* JAKOBS; NAVARRETE; POLAINO-ORTS, 2008, p. 62)

Além disso, a Constituição Federal também garante o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois ao acusado deve ser dado todos os meios possíveis e legais para que apresente a sua defesa. Entende-se por ampla defesa a possibilidade de o réu trazer ao processo todos os elementos que possam esclarecer a verdade, ou ainda calar-se se entender necessário. O contraditório, por sua vez, é a exteriorização da ampla defesa, a resposta efetiva da defesa a todo ato produzido pela acusação. (MORAES, 2015)

Para o Direito Penal do Inimigo, deve ser adotado um procedimento de guerra contra o inimigo, logo, o mesmo perde o direito à ampla defesa e ao contraditório, e conseqüentemente compromete-se o direito à um devido processo legal, que também se trata de uma garantia prevista na Constituição brasileira.

A teoria de Jakobs também afronta diretamente o direito à vida, como no caso da aplicação da mesma na Lei do Abate, contudo, discorreremos sobre isso mais adiante.

Assim, é indiscutível que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com a nossa Carta Magna pois viola diversos princípios e garantias constitucionais, atacando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entende-se ser impossível a conciliação entre Estado de direito e Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que aquele é pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana enquanto este ignora até mesmo a qualidade de ser humano de algumas pessoas, devendo a teoria manter-se apenas no campo doutrinário, sem aplicação no Brasil. (SOUZA, 2012, p. 22)

Sendo assim, infere-se que a aplicação da teoria criada por Jakobs no ordenamento jurídico pátrio além de corroborar com a violência e com o discurso de ódio, fere diversos princípios e garantias constitucionais que são invioláveis.

#### **4. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ABATE**

A Lei de Abate começou a vigorar no mesmo ano da instituição da Constituição Federal o que para muitos parece soar um pouco imprudente. Dessa maneira, muito se discutido se de fato a mencionada lei é constitucional, tendo em vista que parte do seu texto se baseia na Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Nesse liame, será analisado nessa seção os aspectos principais da norma de abate, bem como em quais pontos ela poderá ser considerada como inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

##### **4.1. ANÁLISE NORMATIVA**

Em 5 de março de 1998 entrou em vigor no Brasil a Lei nº 9.614, a chamada Lei do Abate, que objetiva proteger o espaço aéreo brasileiro e garantir a segurança da nação brasileira e a soberania do Estado. Tal dispositivo foi o responsável por prever que uma aeronave poderia ser abatida em pleno ar, no território nacional, caso seja considerada hostil ou suspeita de tráfico de drogas, mesmo em tempos de paz.<sup>6</sup>

A Lei do Abate introduziu o parágrafo segundo ao artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica onde constam as hipóteses nas quais as aeronaves podem ser abatidas. Porém, foi através do Decreto 5.144 de 16 de julho de 2004 que se definiu qual seria o protocolo a ser seguido numa possível derrubada de aeronave.

De acordo com os artigos 2º e 3º do Decreto 5.144 basta que uma aeronave adentre no espaço aéreo brasileiro sem um plano de voo aprovado ou seja oriunda de regiões conhecidas como fontes de produção ou distribuição de

---

<sup>6</sup> Art. 303. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.



drogas ilícitas para que ela seja considerada suspeita e esteja sujeita a medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão.

Caso o piloto da aeronave suspeita não obedeça a essas medidas supramencionadas, estará sujeito ao abate que deve ser feito mediante o disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, para provocar danos e obstar o prosseguimento do seu voo, conforme prevê os artigos 4º e 5º do referido decreto.

Surge então o Decreto 8.265/2014 que delega ao Comandante da Aeronáutica a competência para decidir a respeito do abate de aeronaves suspeitas que sobrevoassem o território brasileiro durante a Copa do Mundo de 2014, mais especificamente entre 12 de junho a 17 de julho de 2014. Ademais, o referido decreto também inovou ao autorizar o abate sobre áreas densamente povoadas, uma vez que o decreto de 2004 permitia o abate apenas em áreas desabitadas.

Observa-se que a Lei do Abate adota um procedimento de guerra, ainda que em tempos de paz, contra os supostos inimigos, o que, evidentemente, é uma característica da teoria do jurista alemão Günther Jakobs.

De acordo com Santini (2014), a possibilidade do abatimento de aeronaves retrata o típico discurso da teoria do Direito Penal do Inimigo. Isto evidencia-se uma vez que ao aplicar a referida norma desconsidera-se os princípios do direito à vida, do devido processo legal, e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

Por fim, muito se discute acerca do abate de aeronaves ser o mesmo que decretar pena de morte aos tripulantes e do piloto, pois com a destruição das mesmas, estes não sobreviveriam.

#### 4.2 A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Ao tratar sobre a Lei do Abate, sempre surge o questionamento a respeito da mesma violar alguns princípios e garantias constitucionais, além de ferir algumas cláusulas pétreas do nosso ordenamento jurídico.

Ademais, cumpre salientar que também é posto em questão até que ponto se deve ou se pode ir para garantir a segurança nacional, uma vez que o referido dispositivo tem como prioridade proteger o espaço aéreo brasileiro e, conseqüentemente, a segurança da nação brasileira e a soberania do Estado.

Em consonância com Fernandes (2015), sempre deve ser levada em consideração a natureza e o grau dos riscos envolvidos, para que não ocorram reações desproporcionais a riscos remotos, pouco prováveis de se realizarem. Não se pode utilizar o conceito de “ameaça à segurança nacional” para justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais.

Nesta via, será debatido adiante de que forma e quais princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal a Lei nº 9.614, viola e se isso pode fazê-la ser considerada inconstitucional ou não.

#### 4.2.1 BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS: VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, prevê o direito à vida e a sua inviolabilidade. É o direito, embora mais básico, mais importante pois se trata de um pré-requisito da existência dos outros direitos elencados na Carta Magna.

Assim, é preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Isso inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217). (TAVARES, 2020, p. 538)

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, há previsão no artigo 1º, inciso III, também da Constituição Federal, onde o mesmo é elencado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um princípio considerado por muitos doutrinadores como absoluto, ou seja, todos os outros princípios devem obedecê-lo.

Neste sentido, ou seja, que a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa. (SANTOS, 1999, p. 94)

Ao analisarmos a Lei do Abate observamos que a mesma ao possibilitar a destruição de aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de drogas em pleno ar admite que o piloto e os tripulantes sejam mortos, pois as chances de sobrevivência são remotas. Dessa forma, aos mesmos é decretada a pena de morte sem um julgamento.

Contudo, atual Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea a, expressamente prevê que só haverá pena de morte em caso de guerra declarada. Sendo assim, a mesma não é admitida em tempos de paz.

Dessa forma, conforme Figueirêdo (2016), fica nítido que a Lei do Abate desrespeita, de forma preliminar, os direitos fundamentais e humanos, à vida, à liberdade, bem como o do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, haja vista, que o julgamento e a condenação ocorrem em um único instante, logo, há a execução sumária, extrajudicial, em tempos de paz. Conseqüentemente, há uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia todos os outros princípios citados anteriormente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o Brasil ratificou alguns Tratados Internacionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais, objetivando resguardar os direitos humanos e conferindo-lhes o status de norma constitucional. Um deles foi a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, a mesma, em seu artigo 27, que trata sobre a suspensão de garantias, não autoriza a suspensão dos direitos à vida e à integridade pessoal.

Percebe-se que a manutenção no ordenamento jurídico brasileiro do Decreto nº 5.144/04, isoladamente ou em conjunto com o ato efetivo da execução da medida de destruição de uma aeronave, fere a convenção de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil, podendo o país responder internacionalmente por tais infrações praticadas e, por consequência, sofrer sanções e ser obrigado a reparar o ilícito cometido, devido ao compromisso assumido através da ratificação de acordos e pactos internacionais de Direitos Humanos. (CARVALHO, 2013, p. 42)

Conclui-se então que a Lei do Abate, ao permitir que uma aeronave hostil ou suspeita de tráfico de drogas seja destruída no ar, fere e viola princípios e garantias constitucionais além de Convenções e Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, como a supramencionada Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### 4.3 A PERCEPÇÃO QUANTO A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Diante de tudo o que foi discorrido até aqui, surgem duas correntes: a que considera a Lei do Abate constitucional e justifica que a mesma se encontra em

consonância com a nossa Carta Magna; e a que considera a referida lei inconstitucional com base nas violações da mesma à Constituição Federal.

Quanto à corrente que defende a constitucionalidade da referida lei, a mesma alega que embora a Carta Magna apenas preveja a pena de morte em tempos de guerra, o abate de aeronaves é constitucional uma vez que se trata de uma legítima defesa preventiva visando repelir uma injusta ameaça ao direito à vida de outras pessoas.

Assim, num juízo de ponderação, o direito fundamental à vida e à segurança de um grupo de pessoas inocentes prevaleceria sobre o direito fundamental à vida e à segurança dos injustos agressores. Nessas circunstâncias, a medida extrema seria constitucional. (FERNANDES, 2015, p. 59)

Para essa corrente, também deve ser levado em consideração que a Lei do Abate visa resguardar a soberania nacional, que também é um princípio elencado na Constituição Federal.

Para Saviotti (2010), o procedimento de derrubada de aeronaves, nos dias de hoje, se apresenta completamente de acordo com os preceitos constitucionais, sendo claramente uma medida imprescindível para o resguardo da soberania.

Esse também é o entendimento do Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, pois ao julgar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Lei do Abate - ADI 1.00.000.000836/2005-71 SM (RS), o mesmo entendeu que o referido dispositivo é constitucional pois a medida de destruição não guarda relação com pena de morte, tratando-se apenas de uma medida de segurança.

Cumprе esclarecer que a “medida de destruição”, instituída pela L 9.614/98, não guarda relação com a pena de morte. Aliás, sequer pode ser considerada uma penalidade, porquanto não se busca, com a sua aplicação, a expiação por crime cometido. Em realidade, constitui, essencialmente, medida de segurança, externa e excepcional, que só reclama aplicação na hipótese de ineficácia das medidas coercitivas precedentes. É importante frisar que tal medida tem por objetivo a preservação da segurança nacional e a defesa do espaço aéreo brasileiro. (BRASIL, 2005)

Logo, defende-se que a destruição de aeronaves é coerente e proporcional com o ordenamento jurídico brasileiro e entendê-la como inconstitucional seria negar o princípio da soberania.

Contudo, a corrente que defende a inconstitucionalidade da supramencionada lei alega que a mesma, ao autorizar a destruição de aeronaves, condena o piloto e os tripulantes à pena de morte, em tempos de paz e sem o devido julgamento, logo, fere princípios e garantias constitucionais, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Para os seguidores da corrente que defende a inconstitucionalidade da Lei do Abate (garantistas e minimalistas, expressões de Luigi Ferrajoli, Eugênio Raul Zaffaroni, dentre outros), posição corretamente adotada, a destruição de aeronaves fere, em primeiro lugar, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito constante no art. 1º da nossa Carta Magna. O valor da dignidade, como princípio precursor dos demais, pode ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais, assegurando-se condições dignas de existência para todos. (PINHO, 2008, p. 65)

Para essa corrente, a Lei do Abate também desrespeita a Lei Maior ao violar o princípio do devido processo legal, uma vez que o piloto e os tripulantes não possuem o direito à ampla defesa e ao contraditório, sequer sabem do que estão sendo acusados antes da aeronave ser abatida.

O princípio da ampla defesa e do contraditório foram violados uma vez que a Lei do Abate não oferece esta possibilidade visto que se trata de um processo de conhecimento sumário, sem cognição plena. (CASTRO, 2007, p. 19-22)

Devido ao fato da supramencionada lei não se coadunar com alguns princípios e garantias constitucionais, é perceptível o inconformismo com relação mesma e a doutrina majoritária a considera inconstitucional.

Evidentemente, há uma colisão de Direitos Fundamentais, a soberania estatal está contraposta ao direito à vida. Para resolver isso, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade que objetiva o equilíbrio e a harmonia, ponderando valores que estejam em conflito.

Não se preconiza, portanto, a supremacia absoluta, incontestável, do interesse público sobre o individual (até porque, se assim fosse, a ideia mesma de direito individual, oponível à maioria, perderia sua razão de ser), mas sim a necessidade de sopesagem desses direitos coletivos e individuais à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como de outros parâmetros constitucionais, em ordem a determinar qual deve prevalecer no caso concreto. (FERNANDES, 2015, p. 60)

Destarte, cumpre salientar que embora o Estado Democrático de Direito deva proteger a segurança nacional e a soberania estatal, isso deve ser feito

sem que haja a violação de demais princípios resguardados pela Constituição Federal, sob pena de o Estado se igualar aos seus inimigos.

Conclui-se então que a Lei do Abate pode ser considerada inconstitucional, pois trata-se de um erro evidente, comprovada a sua clara divergência com os preceitos da Constituição Federal, representando um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro. Garantir a soberania não abre precedente para afrontar direitos e garantias fundamentais tão importantes quanto a mesma.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em resumo, o presente artigo tratou de um estudo a partir do Direito Penal do Inimigo, teoria idealizada pelo alemão Gunther Jakober, no qual compreende que existem dois tipos de Direito Penal, sendo o primeiro o do cidadão onde se tem diversas garantias, e do outro lado um Direito Penal que trata a pessoa como real inimigo, basicamente um sujeito sem garantias.

Partindo disso, se objetivou analisar a possibilidade quanto a violação dos princípios e garantias constitucionais no que se refere a Lei de Abate brasileira, questionando se a mencionada, poderia ser considerada inconstitucional.

Nesse sentido, foi realizada uma revisão bibliográfica, sendo demonstrado durante este artigo como se deu a concepção do Direito Penal no Inimigo, confrontando-se ao final as correntes que tratam da (in) constitucionalidade da Lei de Abate.

Dessa maneira, a inserção do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro não é adotada amplamente, tendo em vista os princípios e garantias trazidos pela Constituição Federal de 1988, que trata todos os indivíduos como iguais, frente ao princípio da isonomia.

Contudo, cabe mencionar um grande exemplo da incidência do Direito Penal do Inimigo no Brasil que é a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) também apresenta traços da teoria de Jakobs, pois a mesma endureceu o tratamento dado a alguns crimes como estupro e estupro de vulnerável, entre outros elencados no rol taxativo do artigo 1º do referido diploma legal, tendo em vista a impossibilidade de graça, indulto ou anistia e a dificuldade maior para a progressão de regime.

Entre essas menções relacionadas ao Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, o que mais chama atenção é a Lei de nº 9.614/98, também conhecida como Lei de Abate, na qual prevê que as aeronaves tidas como hostis ou suspeitas poderão ser destruídas dentro do território nacional.

Logo, observa-se que a Lei do Abate adota um procedimento de guerra, ainda que em tempos de paz, contra os supostos inimigos, o que, evidentemente, é uma característica da teoria do jurista alemão Günther Jakobs.

Quanto a sua (in) constitucionalidade foi verificado que alguns autores ponderam que a sua inconstitucionalidade é nítida, vez que a lei fere diretamente os direitos fundamentais e humanos, como a vida e a liberdade.

Já para a corrente que acredita que a lei é segura e que, portanto, não é passível de ser compreendida como inconstitucional, cabe esclarecer que a tal leva em consideração que a Lei do Abate visa resguardar a soberania nacional, que também é um princípio elencado na Constituição Federal.

Dito isso, pode-se compreender com as menções realizadas até o momento, que importante se faz continuar tal estudo de forma aprofundada, considerando que a Lei do Abate pode ser considerada inconstitucional, pois trata-se de um erro evidente, comprovada a sua clara divergência com os preceitos da Constituição Federal, representando um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

\_\_\_\_\_. **Procedimento PGR 1.00.000.000836/2005-71**. Ajuizamento de Ação Indireta de Inconstitucionalidade. Interessado: Procuradoria de Justiça Militar de Santa Maria-RS. Brasília, 14 de março de 2005.

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. **O Direito Penal do Inimigo – Camila Menezes de Albuquerque**. Boa Vista, 2011. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Roraima. Disponível em: <[http://ufrr.br/direito/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=125:direito-penal-do-inimigo-autora-camila-menezes-de-albuquerque-orientador-prof-msc-mauro-jose-do-nascimento-campello&id=22:2011-1&Itemid=314](http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=125:direito-penal-do-inimigo-autora-camila-menezes-de-albuquerque-orientador-prof-msc-mauro-jose-do-nascimento-campello&id=22:2011-1&Itemid=314)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004**. Brasília, 183º da Independência e 116º da República, 2004.

BRASIL. **Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998**. Brasília, 177º da Independência e 110º da República, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus. HC 85531 - SP**. Segunda Turma. Paciente: Izaque Dantas da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. 22 de março de 2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739156/habeas-corpus-hc-85531-sp>>. Acesso em: 17 set. 2020.

CARVALHO, Leonardo Nunes. **A inconstitucionalidade da Lei do Abate de aeronaves regulamentada pelo Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004 e a ofensa ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos**. Porto Alegre, 2013. Monografia (Graduação) - Centro Universitário Metodista do IPA. Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj044233.pdf/consult/cj044233.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

CASTRO, Diego Luís de. **A lei do tiro de destruição frente aos princípios constitucionais**. Lajeado, 2007. Artigo (Graduação) – Centro Universitário Univates. Disponível em <[https://www.univates.br/media/graduacao/direito/A\\_LEI\\_DO\\_TIRO\\_DE\\_DESTRUICAO.pdf](https://www.univates.br/media/graduacao/direito/A_LEI_DO_TIRO_DE_DESTRUICAO.pdf)>. Acesso em 25 set. 2020.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERNANDES, André Dias. **Terrorismo, lei do abate e direito à segurança na sociedade de risco**. Fortaleza, 2015. Disponível em <[http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/19925/1/2015\\_art\\_adfernandes.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/19925/1/2015_art_adfernandes.pdf)>. Acesso em 29 set. 2020.

FIUZA, Cristiano Lázaro. **O reconhecimento dos direitos humanos pelo Estado e pela sociedade civil no estado policialesco: os direitos humanos como direito de criminoso**. Salvador, 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/123456730/263/1/Dissertacao%20Cristiano.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.



JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Org. de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. Ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel Polaino; POLAINO-ORTS, Miguel. ***El Derecho Penal del Enemigo em el Contexto del Funcionalismo***. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2008.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 17 set. 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Existe um Direito Penal do Inimigo no Brasil?** Jusbrasil. 2017. Disponível em: <<https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/469083933/existe-um-direito-penal-do-inimigo-no-brasil>>. Acesso em: 18 set. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Método, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTINI, Thiago Campos. **A expansão do Direito Penal do Inimigo e a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. Santa Maria, 2014. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <[https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini\\_TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini_TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 16 set. 2020.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999.

SAVIOTTI, Ireneu Eduardo Pimentel. **Reflexões sobre a constitucionalidade da Lei do Abate à luz dos direitos fundamentais**. Brasília, 2010. Monografia (Pós-Graduação). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <[https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/257/1/Monografia\\_Irineu%20Eduardo%20Pimentel%20Saviotti.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/257/1/Monografia_Irineu%20Eduardo%20Pimentel%20Saviotti.pdf)>. Acesso em 25 set. 2020.

SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

SOUZA, Paula de Andrade e. **O Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal**. Rio de Janeiro, 2012. Artigo (Pós-Graduação) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/paulaandradesouza.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/paulaandradesouza.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

[Voltar](#)
[Exportar relatório HTML](#)
[Exportar relatório PDF](#)
[Visualizar](#)
[Gerador de Referência Bibliográfica \(ABNT, Vancouver\)](#)

TCC VERSÃO FINAL- DIREITO PENAL DO INIMIGO- VITORIA PAGANELLI.docx (02/12/2020)

Documentos candidatos

meuartigo.braslesco... [0,95%]  
 editoradodireito.com... [0,55%]  
 planalto.gov.br/cckv... [0,5%]  
 pt.wikipedia.org/wik... [0,29%]  
 saraiva.com.br/direi... [0,08%]  
 submarino.com.br/bus... [0,08%]  
 gov.br/planalto/pt-b... [0,03%]  
 ucsal.br [0%]

Arquivo de entrada: TCC VERSÃO FINAL- DIREITO PENAL DO INIMIGO- VITORIA PAGANELLI.docx (7420 termos)

Arquivo encontrado	Total de termos	Termos comuns	Similaridade (%)	
meuartigo.braslesco...	Visualizar 3680	105	0,95	
editoradodireito.com...	Visualizar 4618	67	0,55	
planalto.gov.br/cckv...	Visualizar 7998	77	0,5	
pt.wikipedia.org/wik...	Visualizar 3401	32	0,29	
saraiva.com.br/direi...	Visualizar 858	7	0,08	
submarino.com.br/bus...	Visualizar 583	7	0,08	
gov.br/planalto/pt-b...	Visualizar 784	3	0,03	
jusbrasil.com.br/top...	-	-	-	Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403
jusbrasil.com.br/top...	-	-	-	Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403
ucsal.br	Visualizar 87	0	0	

#VIVAUNIVERSIDADE UNIFACS

Alta é a similaridade e diversidade de 7416.