

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito Penal e Processual Penal**

IRINEU EDUARDO PIMENTEL SAVIOTTI

**Reflexões acerca da constitucionalidade da Lei**  
**do Abate à luz dos direitos fundamentais**

BRASÍLIA

2010

IRINEU EDUARDO PIMENTEL SAVIOTTI

## **Reflexões acerca da constitucionalidade da Lei do Abate à luz dos direitos fundamentais**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: MsC. Geilza Fátima Cavalcanti Diniz.

BRASÍLIA

2010

IRINEU EDUARDO PIMENTEL SAVIOTTI

## **Reflexões acerca da constitucionalidade da Lei do Abate à luz dos direitos fundamentais**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

### **Banca Examinadora:**

---

Presidente: Prof. Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

---

Integrante: Prof. Mohamad Mahmoud

---

Integrante: Prof. Aline Sueli de Salles Santos

*Dedico o presente trabalho a meus amigos e familiares, em especial: pai, mãe e irmãos; por todo o apoio conferido ao longo de toda a minha vida.*

*Dedico também a Deus, nosso guia maior.*

*Agradeço a Professora Geilza Fátima Cavalcanti Diniz, pelo carinho e atenção na condução da orientação.*

*A Deus pela força e determinação.*

*A meus pais, Irineu e Laura, por me concederem todos os meios necessários.*

*A meus irmãos, Daniela e Bruno, pelo carinho e compreensão em todos os momentos.*

*Por fim, aos amigos e demais familiares, em especial Jardel e Darlen, eternos companheiros no estudo e na vida.*

## RESUMO

O intuito do presente estudo, baseado em uma pesquisa dogmática – à luz da doutrina nacional e jurisprudência estrangeira –, é analisar a constitucionalidade do tiro de destruição e os diversos aspectos que envolvem a interceptação de aeronaves pelos Estados nacionais. Inicialmente, foram verificados os aspectos relacionados aos bens jurídicos diretamente envolvidos na questão (soberania e dignidade humana). Depois, examinaram-se, em linhas gerais, alguns pontos relevantes sobre a nova hermenêutica constitucional. Logo após, elucidou-se algumas questões envolvendo as normas que regem o tiro de destruição: Lei nº 9.614/98 e Decreto nº 5.144/2004. Em seguida, frente aos aspectos anteriormente abordados, apontaram-se os argumentos contrários e favoráveis à adoção deste tipo de medida. Em breve análise, observou-se normas assemelhadas no direito comparado e procurou-se examinar a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que julgou inconstitucional a que permitia o abate de aeronaves civis em seu país. Por fim, os comentários finais concluem pela constitucionalidade do tiro de destruição. Quando do exame da constitucionalidade das normas restou comprovado o conflito entre dois princípios constitucionais (soberania e dignidade humana), cada qual sugerindo uma solução diversa. Para a correta solução da questão, partiu-se da nova hermenêutica constitucional com o intuito de preservar ao máximo as normas-princípio envolvidas. Por meio da técnica de ponderação de valores e com auxílio do princípio da proporcionalidade, concluiu-se pela constitucionalidade do tiro de destruição, por ter a virtude de harmonizar ambos os princípios envolvidos diante da realidade fática apresentada.

**Palavras-chave:** Aeronave. Decreto nº 5.144/2004. Dignidade da Pessoa Humana. Lei do Abate. Lei nº 9.614/98. Nova Hermenêutica Constitucional. Ponderação de Valores. Princípio da Proporcionalidade. Tiro de Destruição. Soberania.

## **ABSTRACT**

The purpose of this study, based on a dogmatic survey – through national and foreign law case study - is to analyze the constitutionality of destruction shoot down, the various aspects involved in aircraft interception by nations. Initially, it was checked the aspects related to legal interests directly involved in the issue (Sovereignty and Human Dignity). Then it was examined, in general aspects, some relevant points about the new hermeneutic. Then were clarified some issues involving laws related to destruction shoot down: Law No. 9614/98 and Decree No. 5144/2004. Then according to the themes covered above, there were pointed the arguments in favor and against the adoption of this measure. In a brief analysis, we observed resembled standards in comparative law and sought to examine the decision of German Constitutional Court that ruled unconstitutional the shooting down of civil aircraft in its country. Finally, the concluding remarks lean toward the constitutionality of the aircraft destruction shoot down. When examining the constitutionality of the rules it has become clear the conflict between two constitutional principles (Sovereignty and Human Dignity), each suggesting a different solution. For the correct solution of the matter, we started from the new hermeneutic in order to preserve the most standards-principle involved. Through the technique of weighting values and with the aid of the principle of proportionality, we concluded that the constitutionality of the destruction shoot down, have the virtue to harmonize the two principles involved in the face of factual reality presented.

**KEYWORDS:** Aircraft. Decree No. 5144/2004. Dignity of the Human Person. Slaughter Act. Law No. 9614/98. New Constitutional Hermeneutics. Balance of Values. Principle of Proportionality. Tire Destruction. Sovereignty.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS</b> .....	<b>13</b>
<b>1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	<b>13</b>
1.1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	13
1.1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	14
1.1.3 A DIGNIDADE HUMANA: EXTENSÃO DE SEU CONTEÚDO E O STATUS DE SOBREPRINCÍPIO.....	19
1.1.4 A RELATIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA.....	22
<b>1.2 SOBERANIA</b> .....	<b>25</b>
1.2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	25
1.2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SUA INTRÍNSECA LIGAÇÃO COM O CONCEITO DE ESTADO .....	26
1.2.3 CONCEITO E ATRIBUTOS DA SOBERANIA .....	28
1.2.4 SOBERANIA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL.....	31
1.2.5 TERRITÓRIO E SOBERANIA AÉREA.....	34
1.2.6 MISSÃO CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS.....	39
<b>2 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>42</b>
<b>2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS</b> .....	<b>42</b>
2.1.1 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: SINÔNIMOS?.....	42
2.1.2 DOS MÉTODOS CLÁSSICOS AOS MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETAÇÃO .....	43
2.1.3 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS-REGRA E NORMAS-PRINCÍPIO.....	45
<b>2.2 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>50</b>
2.2.1 UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO .....	50
2.2.2 CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU HARMONIZAÇÃO.....	51
2.2.3 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....	51
2.2.4 MÁXIMA EFETIVIDADE.....	52

2.2.5 EFEITO INTEGRADOR .....	52
2.2.6 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO .....	52
<b>2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>54</b>
2.3.1 HIERARQUIA CONSTITUCIONAL E NORMAS INFERIORES.....	54
2.3.2 O ESTADO E O DEVER DE PROTEÇÃO.....	55
2.3.3 ORIGEM E FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	56
2.3.4 PROPORCIONALIDADE E SEUS SUBPRINCÍPIOS: VIÉS POSITIVO E NEGATIVO .....	58
<b>2.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>62</b>
<b>3 ANÁLISE DA LEI .....</b>	<b>65</b>
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO .....	66
3.2 PROCEDIMENTO DE INTERCEPTAÇÃO DE AERONAVES .....	69
3.3 DIREITO COMPARADO .....	76
3.3.1 A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO SOBRE A LEI DO ABATE.....	78
<b>3.4 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE .....</b>	<b>82</b>
3.4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O TIRO DE DESTRUIÇÃO.....	84
3.4.2 BREVE ANÁLISE DE OUTROS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA.....	89
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>101</b>

## INTRODUÇÃO

No final de tarde da quinta-feira, de 29 de outubro de 2009, ocorreu um fato que surpreendeu os brasileiros por sua ousadia e proximidade da capital da República. Um avião oriundo da Bolívia trazia consigo 150 quilos de cocaína, quando foi interceptado por um caça da Força Aérea Brasileira (FAB) já sobre o espaço aéreo de Goiás.

O piloto da FAB realizou o procedimento previsto na Lei nº 9.614/98 e regulamentado pelo Decreto 5144/2004. Inicialmente realizou o reconhecimento à distância; após, confirmou a matrícula; em seguida, tentou estabelecer, sem sucesso, comunicação com a aeronave suspeita; e, por fim, determinou que a aeronave pousasse.

Descumpridas estas medidas o piloto da FAB procedeu à próxima fase, realizou tiros de advertência com o fito de forçar a aeronave suspeita a efetuar o pouso. No entanto, os infratores desviaram a rota do voo, retornando em direção à Bolívia, onde as autoridades brasileiras nada poderiam fazer.

Após estas medidas, não acatadas pelos transgressores, a autoridade se viu diante de um impasse: como interromper o prosseguimento de um voo flagrantemente ilegal, quando o infrator se nega a respeitar as ordens da autoridade?

A resposta a esta indagação foi dada pela Lei nº 9.614/98, esta norma implantou no sistema jurídico pátrio o denominado “tiro de destruição”, medida com a qual o piloto da FAB pode realizar disparos diretos na aeronave considerada hostil, com o intuito de forçar o pouso.

Com isso, nesse fatídico dia, o piloto da FAB, que de acordo com a norma é o encarregado para realizar esse tiro, solicitou autorização do Comandante da Aeronáutica para realizar o abate da aeronave.

Após autorizado, o piloto efetuou dois disparos de abate, “ao perceberem que poderiam cair, os traficantes decidiram voltar à rota original e aterrissar.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LUIZ, Edson. Criminosos fogem pela mata. *Correio Brasiliense*, Brasília, 30/10/2009. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2009/10/30/brasil,i=151654/AERONAVE+COM+CERCA+DE+150+KG+DE+COCAINA+E+ALVEJADA+POR+PATRULHA+DA+FAB+PROXIMO+A+CRISTALINA+E+FAZ+POUSO+FORCADO.shtml>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

Depois do pouso, os tripulantes da aeronave se evadiram do local abandonando a aeronave e a droga para trás.

Esse foi o segundo caso no país em que a FAB atira em uma aeronave suspeita. O primeiro aconteceu em junho de 2009, em Rondônia. Mas até hoje, desde a instituição da Lei do Abate, nenhuma aeronave chegou a ser derrubada após ser interceptada.

O procedimento supracitado, mais especificamente a última medida autorizadora do abate da aeronave, gerou uma reação dura por parte da comunidade jurídica. Muitos alegaram que, mesmo a norma possuindo fundamento axiológico no princípio fundamental da soberania, esta seria inconstitucional, tendo em vista afrontar diretamente o princípio fundamental da dignidade humana.

Aqui surgiu um importante debate envolvendo esta questão. Esta norma seria constitucional por realizar o princípio da soberania ou seria inconstitucional por desrespeitar a dignidade humana?

Destarte, nota-se aqui um conflito entre normas-princípio. Mas como resolver esta questão? Será que os métodos atualmente disponíveis permitem ao interprete harmonizar estes dois princípios? Este é o objetivo do presente trabalho, verificar a constitucionalidade do denominado tiro de destruição, introduzido pela Lei nº 9.614/98, encontrando a solução mais adequada para a preservação dos princípios, por intermédio da nova hermenêutica constitucional.

Para tanto, realizar-se-á a abordagem, no primeiro capítulo, dos principais bens jurídicos envolvidos na questão (soberania e dignidade humana). Neste capítulo, será feita uma análise da evolução histórica dos institutos, sua definição, suas principais características, dentre outros pontos relevantes para a solução da questão.

No segundo capítulo, busca-se esclarecer alguns pontos sobre a nova hermenêutica constitucional, trazendo alguns métodos e princípios que devem reger a atividade interpretativa, com a finalidade de alcançar uma interpretação que respeite os preceitos constitucionais em toda a sua amplitude.

---

No terceiro e derradeiro capítulo, tem-se como finalidade principal verificar a constitucionalidade do Tiro de Destruição, implantado pela Lei nº 9.614/98 e regulamentado pelo Decreto nº 5.144/2004. Para tanto, serão examinados os dois diplomas legais, esclarecendo o procedimento como um todo e somente após, far-se-á um cotejo entre os dois princípios conflitantes, apresentando argumentos contrários e favoráveis à permanência da norma.

Busca-se também, neste último capítulo, fazer uma breve análise sobre a adoção de normas semelhantes a esta no direito comparado. Concluindo o capítulo com a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que julgou inconstitucional a norma autorizadora do abate de aeronaves civis em seu país.

Cabe alertar que, em relação a este assunto, não existem grandes obras a respeito. A literatura especializada sobre o assunto é proveniente basicamente de artigos esparsos e documentos eletrônicos. Desta forma, não é o intuito aqui exaurir a matéria, mas tão somente contribuir com novos pontos de vista e perspectivas que possibilitem uma melhor compreensão do tema.

Por fim, a conclusão evidencia os comentários finais sobre a questão e busca apontar uma solução mais adequada para o problema.

## 1 BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

O intuito do presente capítulo não é exaurir os temas aqui tratados, mas tão somente analisar alguns pontos relevantes para a discussão ora travada, objetivando-se, assim, a compreensão dos institutos e das características principais dos bens jurídicos envolvidos.

Para o alcance dessas finalidades, cogente iniciar o estudo por meio da dignidade da pessoa humana, tratando de sua evolução histórica e características, para somente após, examinar o instituto da soberania.

### 1.1 Dignidade da pessoa humana

#### 1.1.1 Considerações preliminares

Ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, necessário se faz esclarecer alguns conceitos que permeiam o tema. Primeiramente, oportuno lapidar o que vem a ser direitos humanos, expressão na qual é possível identificar três correntes distintas: a jusnaturalista<sup>2</sup> (direitos inerentes a condição humana), a juspositivista<sup>3</sup> (positivação dos direitos declarados) e a historicista<sup>4</sup> (produto de conquistas históricas e sociais, por meio das lutas pela afirmação de direitos).

Adotar-se-á, para o presente trabalho, o sentido perfilhado pela corrente historicista, de acordo com a qual os direitos humanos são fruto de um processo

---

<sup>2</sup> Para esta corrente doutrinária, a expressão pode ser tomada em uma acepção de cunho jusnaturalista, na qual se postula a existência de direitos decorrentes da própria realidade natural, não necessitando de intervenção ou vontade humana para serem reconhecidos. Nesse sentido FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9: “a doutrina dos direitos do Homem, (...), nada mais é do que uma versão do direito natural que já desponta na antiguidade”.

<sup>3</sup> Em contraposição a concepção jusnaturalista, surge a corrente juspositivista, na qual direitos humanos derivam de positivação das declarações de direitos, configurando-se como o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas. Corroborando com este entendimento, CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Algumas questões de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=75>>. Acesso em: 22 jan. 2010. “A ideia de Direitos Humanos é relativamente nova na história mundial. Concretamente, é o fenômeno da positivação das declarações de direitos que expõe o caráter inovador e revolucionário da condição humana.”

<sup>4</sup> Para esta terceira concepção, a locução não é tomada como um dado da natureza ou como direito posto, mas sim, de acordo com BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Regina Lyra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21/29, como fruto de um processo histórico de desenvolvimento com a finalidade de aprimoramento político da convivência humana coletiva.

histórico de desenvolvimento, levando-se em conta as complexas relações sociais estabelecidas durante a evolução cultural da humanidade.

Não obstante esta divergência deve-se ter em mente, para o presente trabalho, a importância extraordinária dos direitos humanos, na qual uma constituição somente se legitima com a presença desses direitos em seu texto. Essencial trazer à baila outra expressão que desperta questionamentos, qual seja, direitos fundamentais.

Direitos humanos são comumente confundidos com direitos fundamentais. A diferença primordial entre estas duas expressões reside no fato de os direitos humanos constituírem direitos reconhecidos em âmbito internacional, com validade pretensamente universal, independentemente de qualquer positivação nos textos constitucionais; enquanto direitos fundamentais é um termo aplicado aos direitos humanos positivados em um determinado texto constitucional.<sup>5</sup>

Nesse contexto, já antecipando algumas conclusões, a dignidade da pessoa humana não é somente um direito fundamental, positivado no texto constitucional, é mais, é hodiernamente reconhecida como fundamento dos direitos humanos, constituindo-se como princípio máximo do Estado democrático de direito, conforme exposto no art. 1º, III, da Constituição.

Destarte, nenhum princípio invoca tanta análise quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, centro dos debates nas mais altas cortes nacionais e fóruns internacionais. Deste modo, inicia-se o estudo deste relevante princípio por meio da evolução histórica dos direitos humanos.

### **1.1.2 Evolução histórica**

De maneira geral, a doutrina<sup>6</sup> costuma estabelecer como marco histórico do reconhecimento dos direitos humanos dois documentos: a *Declaração da Virgínia*, elaborada em 12.6.1776, fruto da guerra de independência das colônias americanas

---

<sup>5</sup> Cfr., por exemplo, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 560; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 393; COELHO, Inocêncio Martines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66;

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 380.

contra a Inglaterra; e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26.8.1789, resultante da Revolução Francesa.

Por meio dessa visão, passa-se a impressão de total negação dos direitos humanos no período antecedente aos documentos. Contudo, o processo de desenvolvimento histórico dos direitos humanos é algo mais complexo e não admite uma separação absoluta entre duas épocas.

Nesse sentido, Canotilho<sup>7</sup> identifica alguns “*momentos de conscientização*” dos direitos humanos em momento anterior a estes fatos, entre eles, imperioso destacar, a Magna Carta de 1215, na qual Rei João Sem Terra tinha seus poderes limitados em face da aristocracia feudal inglesa. No entanto, a análise percuciente destes momentos não é o objetivo principal do presente estudo.

Retomando o marco histórico da independência das colônias americanas e da Revolução Francesa, particularmente relevante para a discussão ora travada, conveniente destacar sua importância na quebra de paradigmas até então vigentes.

Entre estes paradigmas diretamente afetados está o absolutismo – regime político caracterizado pela centralização dos poderes em um único indivíduo –, que cedeu lugar a um novo período histórico baseado em um modelo de Estado liberal centrado no constitucionalismo, apresentando, como contrapartida a soberania do príncipe, a soberania popular.

Insta aclarar que o termo constitucionalismo comporta diversas acepções e varia de Estado para Estado, mas tem como característica comum a existência de um documento escrito, com o objetivo de estabelecer a organização do poder político, lastreado pelo princípio do governo limitado por direitos e garantias fundamentais declaradas nesse documento.<sup>8</sup>

Ademais, juntamente com o constitucionalismo, a Revolução Francesa trouxe o Estado liberal, assentado no primado da personalidade humana e com

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 380/388.

<sup>8</sup> Cfr., por exemplo, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 52; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

estrutura individualista. Aqui se constituem os direitos de primeira dimensão<sup>9</sup>, baseados no valor liberdade, no qual se exige uma abstenção por parte do Estado em relação ao indivíduo.<sup>10</sup>

Para salvaguardar estas garantias e consolidar o esquema de contenção do poder do Estado, dando origem a ideia dos direitos fundamentais e da separação dos poderes, o Estado Liberal adota como núcleo político-jurídico o Estado de Direito.<sup>11</sup>

Estado de Direito<sup>12</sup> é um sistema institucional ligado ao respeito da hierarquia das normas, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais. Representa o império da lei, submissão, inclusive do próprio Estado, às normas por ele promulgadas. Deste modo, o exercício do poder é limitado pela ordem jurídica vigente.

No entanto, o Estado Constitucional não é e nem pode ser apenas um Estado de Direito. No Estado puramente de Direito, não perquiri-se sobre o conteúdo da norma, apenas deve-se cumprir o preceito legal, pelo simples fato de ser lei. Não se faz uma diferenciação entre vigência, respeito ao processo legislativo, e validade, respeito aos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Preferiu-se a utilização do vocábulo “dimensão” em detrimento do termo “geração”, vez que àquele transmite percepção de cumulatividade entre as diversas dimensões de direitos, admitindo-se a sua convivência recíproca; enquanto este transmite uma sensação de sucessão dos direitos no tempo, extinguindo-se as gerações anteriores (uma inverdade). Nesses exatos termos CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 387; “(...) preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem (E. Riedel) e não de três gerações”.

<sup>10</sup> Podem-se identificar os direitos fundamentais por meio de sua evolução histórica, classificando-os em gerações. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6: identifica três gerações de direitos fundamentais: “Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, ainda identifica uma quarta geração – globalização do neoliberalismo, futuro da cidadania e liberdade de todos os povos (p. 570/572); e uma quinta geração – direito à paz (p. 579/593).

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 202/203.

<sup>12</sup> BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônoco, João Ferreira et all; Revisão Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 13.ed. v.1. Brasília: Unb, 2008, p. 349/353; p. 401; p. 430/431.

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105/116.

Foi na égide do Estado puramente de direito que se perpetraram os maiores crimes contra a humanidade, entre eles, destaca-se os campos de concentração nazista. Pondo termo a esse Estado, encontra-se o segundo marco histórico para o constitucionalismo, não menos relevante que a Revolução Francesa, qual seja, a Segunda Grande Guerra (1939 - 1945).

Com as atrocidades cometidas durante a guerra, novos mecanismos foram formulados com a finalidade de impedir outras barbáries. Em 1948, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, estendendo a todos o respeito e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano.

Entre as primeiras declarações, com origem nos Estados Unidos e na França durante o século XVIII, e a declaração confeccionada após a Segunda Guerra Mundial, transcorreu-se um longo período, suficiente para produzir uma profunda alteração. Enquanto as primeiras eram de cunho essencialmente político – ligada basicamente a direitos públicos do cidadão; esta última amplia seu alcance.

Com isso, no âmbito do direito internacional, a dignidade da pessoa humana ganha força, passa a ser reconhecida, sobretudo, nos preâmbulos de importantes documentos. Na *Carta das Nações Unidas*, de 26 de junho de 1945, consta: “Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, (...), e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano (...)”. Na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948, consta: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis (...)”, evidencia ainda a importância do Estado de Direito: “Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito (...)”. No mesmo sentido o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*, de 19 de dezembro de 1966, aduz: “Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana”.

É nesse contexto que surgem o Estado democrático de direito e o neoconstitucionalismo. Neste novo período ocorrem reflexões em torno do Direito, de sua função social e de sua interpretação. Abandona-se a legalidade estrita e busca-se uma reaproximação entre o Direito e a moral. A partir disso, desenvolve-se

uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>14</sup>

Além disso, a dignidade da pessoa humana ganha robustez, passa a possuir status de sobreprincípio. Deste modo, é incorporada expressamente nos textos constitucionais, elencando-se uma infinidade de direitos fundamentais, visando à proteção da dignidade humana. É esse fortalecimento da dignidade da pessoa humana e a força normativa conferida a Constituição que caracterizam o neoconstitucionalismo.

Neste ambiente de favorecimento da dignidade humana, também surge o denominado Estado democrático de direito, para suprir as debilidades apresentadas pelo Estado de direito. O Estado de direito passa a ser democrático ao respeitar determinados fins, entre eles: a liberdade e a igualdade (jurídica, social e econômica); desta forma, ao realizar a dignidade da pessoa humana.<sup>15</sup>

Dallari<sup>16</sup>, ao discorrer sobre a ideia atual de Estado democrático, destaca que este possui alguns pressupostos básicos que devem ser atendidos: existência de valores fundamentais; supremacia da vontade do povo (soberania); preservação da liberdade; e preservação da igualdade.

Nesse sentido, a Constituição protege o cidadão frente ao Estado a proteger o cidadão através do Estado. Assim, o Estado deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento.<sup>17</sup> É o Estado respeitador dos direitos fundamentais.

Destarte, o indivíduo, antes visto como mero meio ou objeto para se atingir um fim, passa a um fim a ser realizado por meio do Estado. Aliás, é o próprio Estado democrático de direito que existe unicamente em função do indivíduo, e não o inverso.

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônoco, João Ferreira et al; Revisão Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 13.ed. v.1. Brasília: Unb, 2008, p. 329.

<sup>16</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311/314.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht)*. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

Em que pese estas transformações terem ocorrido ao longo da década de 1940, somente repercutiram no texto constitucional brasileiro tardiamente, com a Constituição de 1988. Esse reconhecimento tardio se deve ao fato de o Brasil experimentar um período predominantemente autoritário, havendo apenas um sopro de democracia, entre o pós-guerra e o início do processo de democratização, culminando na elaboração da Constituição de 1988.<sup>18</sup>

### **1.1.3 A dignidade humana: extensão de seu conteúdo e o status de sobreprincípio**

Primeiramente, cabe esclarecer o significado de dignidade. A história da humanidade nos demonstra que nem sempre houve reconhecimento do primado do ser humano. São exemplos disso a escravatura - reinante durante toda a história humana - e a inquisição europeia - perseguições realizadas pela Igreja Católica durante a Idade Média, somente sendo suprimidas no século XIX pelos estados europeus.

Estas formas de discriminação foram pacificamente aceitas pela maioria dos filósofos ao longo do desenvolvimento da humanidade, mesmo nas nações tidas como “avançadas” ou “iluminadas”, que tinham como finalidade principal levar a “luz” e a “razão” ao resto do mundo, até então, “não civilizado”.

No entanto, podem-se verificar algumas tentativas de se distinguir o homem dos demais seres. Nesse sentido, Aristóteles (384-322 a. C.) e S. Agostinho (354-430) se debruçaram sobre a distinção entre coisas, animais e seres humanos, mas deve-se a Immanuel Kant uma das contribuições mais decisivas acerca do conceito da dignidade humana.

Nesse aspecto, destaca-se que a dignidade é o que diferencia o ser humano dos demais seres – o homem tem dignidade, os demais seres têm valor. É esta a primeira visão envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana, desenvolvida por Immanuel Kant, em 1785. Por esta concepção, não se pode atribuir ao *homem* (ser racional) um *valor* – assim entendido como preço –, justamente em função de sua autonomia, enquanto ser racional, e por ser considerado como um fim em si mesmo. Nos dizeres de Kant:

---

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361/362.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.<sup>19</sup>

Com base nestas premissas Kant elabora a “fórmula da humanidade”, segundo a qual preceitua: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.<sup>20</sup> Nesta perspectiva, o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo.

Posto isso e conforme trabalhado no tópico anterior, na visão de Flávia Piovesan, somente com o advento da Constituição da República de 1988, efetivou-se, no Brasil, um Estado democrático de direito comprometido com o indivíduo.

Corroborando com este entendimento, a Constituição da República de 1988 trouxe expressamente, ao tratar dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>21</sup>

Nessa perspectiva e atendendo ao próprio histórico dos direitos fundamentais, a dignidade não constitui um simples direito fundamental, é mais, pode ser considerada como pré-constitucional e de hierarquia superior ao próprio texto constitucional, pois decorre do próprio sistema internacional.

Exatamente por isso, alguns autores qualificam a dignidade humana como “valor constitucional supremo”. Logo se vê a importância da dignidade para a legitimação de um ordenamento jurídico.

Desta feita, os direitos fundamentais, de um modo geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>22</sup> Existem unicamente para garantir e concretizar a dignidade da pessoa humana – núcleo dos direitos fundamentais. Por conta disto, alguns identificam os

---

<sup>19</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 59.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2010.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111.

direitos fundamentais como um sistema unitário. Segundo Miguel Reale<sup>23</sup>: “a partir da invariante axiológica primordial representada pela pessoa humana configura-se todo um sistema de valores fundantes (...)”.

Seguindo essa linha de pensamento majoritária, na qual a dignidade da pessoa humana consubstancia-se em superprincípio<sup>24</sup>, característica que lhe confere prevalência em caso de colisão com outros princípios, com existência pré-estatal, pouco se conheceu, até o momento, sobre o real conteúdo e abrangência deste princípio.

É forçoso admitir a dificuldade de se encontrar o conteúdo exato da dignidade da pessoa humana, trata-se de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizados por sua ambiguidade e porosidade. Alguns doutrinadores, diante dessa complexidade, negam a possibilidade de se encontrar uma definição de dignidade.

Entretanto, contrapondo-se a esse entendimento, Ingo Sarlet<sup>25</sup> preconiza ser factível identificar um conteúdo mínimo para a dignidade. Ao discorrer sobre o tema, o autor constata algumas dimensões ou perspectivas de compreensão da dignidade, entre elas: 1) a dimensão ontológica – intrínseca ligação entre dignidade e liberdade; 2) a dimensão comunicativa e relacional – dignidade reconhecida como inerente à pessoa humana; 3) a dignidade como construção histórico-cultural – dignidade, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral; 4) e a dignidade de acordo com a fórmula do homem-objeto<sup>26</sup> – busca de uma definição minimamente objetiva. Nos dizeres do autor, tem-se por dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

---

<sup>23</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 276.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 18-36.

<sup>26</sup> Conforme Günter Dürig (apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 136), mentor da fórmula-objeto, em que “a dignidade humana é atingida quando o homem concreto é degradado em objeto, num mero meio, numa grandeza substituível”. Deste modo, quando o Estado constitucional realiza a dignidade humana, transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações, pode-se falar em fórmula-sujeito.

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>27</sup>

Desse modo, a dignidade da pessoa humana precede a própria Constituição, sendo um valor transcendente inerente à pessoa humana, oponível a todos, e configurando-se como um relevante princípio fundamental constitucional, norteador de todo o ordenamento jurídico, fruto de um processo de construção e desenvolvimento histórico-cultural.

#### 1.1.4 A relatividade da Dignidade humana

Como já dito no introito e de acordo com as premissas lançadas nos tópicos anteriores, tem-se a dignidade humana como detentora de características a ela peculiares, entre elas, o fato de possuir natureza pré-constitucional e configurar-se princípio máximo do Estado democrático de direito. Destaca-se, ser este o entendimento dominante na doutrina.

No que pertine à natureza pré-constitucional, há pouca divergência doutrinária acerca do assunto<sup>28</sup>, sendo quase unânime tal entendimento. Contudo, o fato de possuir característica de sobreprincípio enseja divergência no que tange a ponderabilidade do princípio da dignidade.

Há autores que trabalham a ideia de ser, a dignidade da pessoa humana, um princípio absoluto, mas como se verá adiante, tal posição limita o alcance da dignidade da pessoa humana. Entre eles encontram-se Daniel Sarmento<sup>29</sup> e Inocência Mártires Coelho. Nos dizeres do último:

[...] a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos - ontologicamente dotados de igual

---

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179/180; “Mas também não são normas de valor supraconstitucional ou de natureza supra-estatal como querem Duguit e Pontes de Miranda, embora o sejam cada vez mais de dimensão internacional (...)”.

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 73 e ss.

dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.<sup>30</sup>

Não admitem a relativização da dignidade em relação a outros princípios justamente por se situar no patamar máximo de hierarquia jurídica. Deste modo, qualquer princípio que se chocar com ela, irá sucumbir, sendo esvaziado de valor, pois o sujeito portador de valor absoluto não é a comunidade ou classe, mas o homem pessoal.

Respeitando a posição desses doutrinadores e já pedindo vênias para discordar, considerar-se a dignidade como princípio absoluto, significa dizer que dignidade gozaria de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Nesse sentido, preleciona Robert Alexy, ao discorrer sobre a invalidade dos argumentos favoráveis a existência de princípios absolutos, em suas palavras:

Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípio deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.<sup>31</sup>

Sintetizando a problemática, Canotilho aduz que:

As teorias absolutas vêm no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado; as teorias relativas vêm no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens. De acordo com a primeira orientação, o núcleo essencial é uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto. Para a segunda, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador. [...] Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de protecção de um direito pressupõe necessariamente equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens.<sup>32</sup>

Neste aspecto, não há como adotar a existência de princípios absolutos, sob pena de se chegar a um regime de “ditadura da dignidade humana”, podendo

---

<sup>30</sup> COELHO, Inocêncio Martines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 459/460.

resultar em arbítrios. Por outro lado, não há como aceitar o argumento no qual se admite a relativização, indiscriminada, de todos os princípios, sob pena de se banalizar os princípios ou utilizá-los abusivamente.

Pela inteligência desse preceito, devem-se admitir juízos de ponderação, não só em relação aos princípios fundamentais, mas também em relação à dignidade humana, pelo simples fato de também constituir um princípio fundamental. Destaca-se, que ao fazer uso dos juízos de ponderação, característica da nova hermenêutica constitucional, deve-se preservar o núcleo essencial de cada princípio.

Nesses exatos termos Ingo Sarlet<sup>33</sup>, adotando uma posição intermediária na qual se admite relativizar o princípio da dignidade da pessoa humana, adverte que, deve-se ter como limite o núcleo essencial deste princípio, consubstanciado na fórmula-objeto – vedação de condutas que conduzam a coisificação e instrumentalização do ser humano.

Finalmente, e mais uma vez reverberando os ensinamentos de Robert Alexy<sup>34</sup>, cabe salientar, conforme dito anteriormente, que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios.

Diante do exposto, é precisamente com base nesta linha argumentativa, atento a divergência doutrinária, que se sustenta a ponderabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup>, reforçando esta argumentação, adere a este posicionamento.

Contudo, chama a atenção, conforme já comprovou a história, a necessidade de imposição de limites a qualquer instituto que seja, com o intuito de se evitar extremos na adoção de qualquer teoria, sob pena de se incorrer em

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na: constituição federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2004, p.142.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

<sup>35</sup> Vide BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 93.250/MS. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de junho de 2008. DJ 26-06-2008. “(...) 6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa”. V. também: informativo nº 275, Inq – 617, “(...) na realidade, inexistem direitos absolutos em nosso sistema normativo, como já o proclamou o Plenário desta Suprema Corte”. (RTJ 173/805-810, 807, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

arbitrariedades. Nesse aspecto, o Estado democrático exige limite a qualquer valor que seja, inclusive a dignidade humana, não se podendo admitir qualquer espécie de fundamentalismo ou tirania da dignidade.<sup>36</sup>

Deste modo, admite-se a relativização da dignidade da pessoa humana, baseado justamente no fato de que este princípio encontra limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional.

A relevância extraordinária em se conceber a dignidade da pessoa humana como princípio relativo, finalidade precípua na análise deste tópico, reside justamente na consequente admissão de seu cotejo com o princípio da soberania, igualmente relevante dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Sem mais, passa-se a análise do princípio da soberania, que, conforme relatado, é de extrema relevância para um ordenamento jurídico. Logo, iniciar-se-á seu estudo, seguindo a mesma sistemática adotada para este tópico, por meio de sua evolução e construção histórica para, só após, proceder à análise de suas características principais e determinar sua relevância dentro do presente estudo.

## **1.2 Soberania**

### **1.2.1 Noções Introdutórias**

O conceito de soberania tem sua origem juntamente com desenvolvimento da ideia de Estado, principalmente da concepção de seu poder coercitivo. Conforme relatado, brevemente, no tópico da evolução da dignidade humana, a ficção jurídica denominada Estado possui um conceito dinâmico, variando a cada época.

Dallari, na busca de uma definição, jurídica, abrangendo todos os elementos do Estado moderno, conceitua Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.<sup>37</sup> Esta definição certamente abarca os quatro elementos que compõem o Estado: poder (soberania), povo, território e finalidade.

---

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na: constituição federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2004, p. 140.

<sup>37</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

Nota-se a noção de poder implícita na de soberania, sendo, ainda, característica da ordem jurídica – “ordem jurídica soberana”. Por sua vez, o componente político do estado, qual seja, a finalidade, encontra-se na expressão “bem comum”, vinculando-se ao componente subjetivo do estado, o povo. Finalmente, em “determinado território” identifica-se o componente territorial, limitador da ação política e jurídica do Estado.

Dada à abrangência do estudo entorno da soberania, com a formulação de múltiplas teorias nas mais diferentes áreas, seu significado ficou cada vez mais impreciso, gerando distorções orientadas pela conveniência.

Em que pese estas assertivas, o conceito de soberania consubstancia-se em uma das bases da ideia de Estado Moderno e, além de contribuir para a definição deste, é característica fundamental do Estado.<sup>38</sup>

Desde modo, imperioso destacar, na atualidade, o elevado número de publicistas identificando a soberania como um conceito histórico e relativo.<sup>39</sup> Logo se vê a importância de se estudar a evolução histórica do instituto, hodiernamente erigido a princípio fundamental da República Federativa do Brasil, insculpido logo no art. 1º, I, da Constituição da República.

Destarte, passa-se a examinar o conceito a partir de sua origem, identificando sua íntima relação com o conceito de Estado.

### **1.2.2 Evolução histórica e sua intrínseca ligação com o conceito de estado**

Mister trazer à baila a origem etimológica do vocábulo. De acordo com os ensinamentos de Arthur Paupério<sup>40</sup>, o termo é originário do latim, na expressão *super omnia*, de *superanus* ou *supremitas*, expressando o caráter dos domínios que não dependem senão de Deus.

De acordo com o referido autor, este termo foi importado pelo Direito Brasileiro do Direito Francês, sendo definido como a “causa formal do Estado, acima do qual nenhum outro poder se encontra”.

---

<sup>38</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74/75.

<sup>39</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

<sup>40</sup> Apud TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 199.

Nesses exatos termos, Ferrajoli<sup>41</sup>, elucidando o significado de superioridade do termo, aduz que tal expressão significa o “que não reconhece outro acima de si” – *superiorem non recognoscens*. Desenvolvendo seu raciocínio, enfatiza o emprego desta palavra, em meados do século XIII, na forma vulgar consubstanciada na expressão *superanus*; sendo, posteriormente, empregada no francês *souverain*, no italiano *sovrano* e, finalmente, no português *soberano*.

Estabelecendo-se esta noção de superioridade, o conceito de soberania não encontra paralelo na antiguidade. Na Grécia antiga, identifica-se o conceito de *autarquia*, mas significando apenas autossuficiência da cidade-Estado.<sup>42</sup> No Império Romano é possível encontrar os termos *majestas*, *imperium* e *potestas*, todos como expressões de poder, porém, nenhum indica poder supremo.<sup>43</sup>

De acordo com Jellinek<sup>44</sup>, a razão de a Antiguidade não ter alcançado o conceito de soberania explica-se pela falta de oposição entre o poder do Estado e outros poderes. Destarte, somente no período da Idade Média o conceito de soberania desenvolveu-se e ganhou contornos de superioridade de um poder, livre de quaisquer laços de sujeição.

Em meados do século XIII, com a centralização de todos os poderes na figura do monarca, não encontrando qualquer objeção de poder frente à figura do rei, que se conhece o conceito científico, já amadurecido, de soberania.

É aqui que se encontra a figura emblemática de Jean Bodin, autor da obra “*Lês Six Livres de la République*” de 1576 e primeiro teórico a realizar uma abordagem científica envolvendo o tema. Nesta obra, Bodin constata o conceito de soberania como indissociável da figura de Estado, sinônimo de República para o filósofo. Em suas palavras: “A República é o justo governo de muitas famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano”.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 66.

<sup>42</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134.

<sup>43</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

<sup>44</sup> Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

<sup>45</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135.

Em virtude da relevância do tema, depois de verificado o vínculo histórico existente entre a soberania e o Estado, cogente elucidar as características e o núcleo mínimo do conceito de soberania.

### 1.2.3 Conceito e atributos da soberania

Releva notar, como já trabalhado no introito, o elevado número de filósofos, sociólogos e juristas envolvidos no desenvolvimento do instituto ao longo da história, culminando na produção de diversas teorias; entre eles – Reale, Kelsen, Carl Schmitt, Jellinek, Bodin, Hobbes etc. Nada obstante a riqueza de estudos envolvendo o tema, todas as teorias traduzem uma concepção de soberania ligada a ideia de poder.

Advogando esta ideia, cabe destacar os ensinamentos de Miguel Reale, jus-filósofo pátrio. Estudioso do tema, este autor trata da soberania como “o poder originário de declarar, em última instância, a positividade do Direito”.<sup>46</sup>

Deste modo, reverberando novamente os ensinamentos do autor, ao discorrer sobre a reciprocidade dos conceitos de soberania e positividade do direito, Reale aduz que: “soberano, diz-se do poder, que em última instância, põe e reconhece o Direito positivo; direito positivo é, por excelência, aquele que tem, para garanti-lo, o poder soberano do Estado.”<sup>47</sup>

Dentro desta concepção política, mais abrangente, de soberania, é que o poder soberano tem a faculdade, dentro do seu território e com base nos fins éticos de convivência, de utilizar a coação para impor suas decisões.<sup>48</sup>

Nota-se, o uso da força física como condição necessária, mas não suficiente, para a definição de poder político. Tal fato é evidenciado na luta por poder entre Estado e Igreja, o primeiro diferencia-se da segunda justamente por deter o exercício da força. Exercício este, exclusivo dentro de seu território; exclusivo, justamente por retirar o direito dos demais de utilizarem-se da força física.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.

<sup>47</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.

<sup>48</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80/81.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 82.

Seguindo este posicionamento, Max Weber define o poder político como o direito de utilização exclusiva da violência legítima.

Nessa senda, conforme ilustrado anteriormente, Jean Bodin, primeiro a proceder uma abordagem teórica acerca do tema, traduz a ideia de soberania como poder *absoluto e perpétuo* – “*souveraineté puissance souveraine absolue et perpétuelle*”. *Absoluto*, na medida em que não está submetido a outras leis que não aquelas naturais e divinas; e *perpétuo*, por não poder ser exercida com um tempo certo de duração, sendo contínua, graças ao uso exclusivo do poder coativo.<sup>50</sup>

Carl Schmitt, conhecido como jurista do nazismo por defender o estado totalitário, invoca Bodin para defender a soberania política. Conforme este autor, Bodin insere a *decisão* no conceito de soberania e a possibilidade da *necessidade*, em situações excepcionais, de fazer cessar a vinculação do soberano às leis e aos princípios naturais. Carl Schmitt fixa a ideia de ato soberano como ato de exceção. Dessa forma, estabelece: o “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”<sup>51</sup>, sendo a exceção “a suspensão de toda a ordem jurídica existente”<sup>52</sup> para a conservação do próprio Estado. Logo, “a decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real”<sup>53</sup>.

No mesmo sentido, propugnando por uma soberania absoluta do Estado, Thomas Hobbes, em seu livro *Leviatã*, estabelece um vínculo indissolúvel entre soberania e Estado, ao definir este como dotado de poder soberano, supremo no plano interno e independente no plano internacional.

Por meio desta evolução, partindo-se de um conceito relativo e chegando-se a um absoluto, no qual não se admite Estado sem soberania, muitos publicistas abandonam o caráter histórico da soberania e passam a tratá-la como dogma do direito público. Tal entendimento foi reformulado com as lições de Jellinek, o que, no entanto, não retira a importância da soberania dentro do conceito de Estado.

Tendo em vista o conceito de soberania cunhado por Jellinek, posição com maior aceitação pela doutrina contemporânea, qualifica-se soberania como

---

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 81. Cf. também BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10 ed. Brasília: UnB, 1997, p. 96.

<sup>51</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. de E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

<sup>52</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. de E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

<sup>53</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. de E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

“capacidade do Estado a uma autovinculação e autodeterminação jurídica exclusiva”.<sup>54</sup> Com esta definição, torna-se possível explicar a existência do direito internacional e de Estados organizados por meio de uma federação, sem, contudo, esvaziar a relevância da soberania dentro do conceito de Estado.

Por derradeiro, Dallari<sup>55</sup>, jus-filósofo contemporâneo, estabelece o conceito de soberania como sinônimo de *independência* – igualdade jurídica no plano internacional, ou como *expressão de poder jurídico mais alto* – superioridade das decisões no âmbito interno, possuindo a última palavra dentro de seus limites territoriais.

Não obstante a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica e do conceito (histórico) de soberania, a doutrina se apresenta praticamente uníssona em relação as suas características, identificando a soberania como: una, indivisível, inalienável e imprescritível. Estes atributos são encontrados nos art. 1º e 2º da Constituição.

A *unidade* reflete o poder supremo acima do qual não existe outro, sendo inadmissível a existência de duas soberanias dentro de um mesmo Estado. Como decorrência da unidade é possível verificar a sua *indivisibilidade*, impossibilidade de divisão da soberania, sob pena de se ter uma pluralidade de estados soberanos. A terceira característica, *inalienabilidade*, manifesta a impossibilidade de transmissão da soberania para outro Estado, pois, se alienada, seu antigo possuidor deixa de existir. Como última característica, a *imprescritibilidade*, decorre da superioridade, não podendo ser submetida a qualquer tipo de termo ou condição.<sup>56</sup>

Nas lições de Zanzucchi,<sup>57</sup> a soberania ainda se apresenta como poder *originário, exclusivo, incondicionado e coativo*. *Originário*, pois nasce juntamente com o Estado, sendo indissociável deste; *exclusivo*, pois somente o Estado é o seu detentor; *incondicionado*, apenas encontra limites no próprio Estado; e *coativo*, uma vez que, no exercício do poder, o Estado não só ordena, mas dispõe de meios para fazer cumprir suas determinações.

---

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136.

<sup>55</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

<sup>56</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 199.

<sup>57</sup> apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

Desta feita, conclui-se, por meio da evolução histórica do conceito e de suas características, que a soberania se manifesta como poder originário, uno, exclusivo e coativo, expressando-se ainda como indivisível, inalienável e indivisível.

Encerrado o esboço das premissas básicas que envolvem o tema, necessário se faz avançar no estudo e vencer o dogma no qual a soberania é compreendida como somente um elemento estruturante do Estado. Ingressa-se no âmbito do texto constitucional para se qualificar a soberania como Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil.

#### **1.2.4 Soberania como princípio fundamental**

Relevante notar, por se tratar de uma constituição analítica (muito comum após a vivência de regimes ditatoriais), o elevado número de artigos existentes no âmbito da Constituição de 1988. Dentro da sistemática constitucional, a posição topográfica escolhida para a alocação de determinados dispositivos, segue um rígido critério de importância, destacando-se, primeiramente, os principais valores nela estabelecidos.

Forçoso iniciar este ponto estabelecendo a posição topográfica do instituto ora analisado. Como é cediço, a soberania se encontra positivada logo no art. 1º, inciso I, da constituição, com a seguinte redação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;<sup>58</sup>

Ora, a soberania está positivada no primeiro inciso do primeiro artigo do texto constitucional, desta forma a posição topográfica da norma constitucional revela a importância de tal conceito. Ademais, o título no qual se encontra inserido esse dispositivo denomina-se: “Dos Princípios Fundamentais”.

Cogente concluir pela importância extraordinária dada ao instituto, alçada a categoria de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, um verdadeiro sustentáculo da nossa Constituição.

---

<sup>58</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2010.

Oportuno destacar que os princípios, em certa perspectiva, podem ser considerados como diretrizes da ordem jurídica, no caso constitucional, verdadeiros alicerces de todo o sistema jurídico. No entanto, a análise das diferenças existentes entre normas-regras e normas-princípio somente se procederá mais adiante, ao se tratar do conflito aparente entre o princípio da soberania e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por ora, fixando-se na importância do princípio da soberania, deve-se investigar o momento no qual a Constituição admite a flexibilização do direito à vida e a possibilidade deste ceder frente àquele.

Imperioso trazer à baila o art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição, de notório conhecimento, que veda expressamente a pena de morte no Brasil, admitindo-se uma única exceção, qual seja, no caso de guerra declarada. Transcreve-se o dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, (...), nos termos seguintes:  
XLVII - não haverá penas:  
a) de morte, **salvo em caso de guerra declarada**, nos termos do art. 84, XIX; (destacou-se)<sup>59</sup>

Nota-se, numa interpretação literal, ser possível a pena de morte somente em uma situação fática – guerra declarada, não havendo qualquer menção, literal, ao princípio da soberania. No entanto, perquiri-se qual o alcance da expressão “salvo em caso de guerra declarada”? Qual o fundamento para se admitir a pena de morte somente no caso de guerra declarada?

Por uma análise teleológica e sistemática da Constituição, com respeito a nova dogmática constitucional, extrai-se que a razão da existência deste dispositivo é justamente o princípio fundamental da soberania. “Guerra declarada” aqui é sinônimo, ou mesmo um eufemismo, de princípio fundamental da soberania.

Durante o estado de guerra o bem jurídico da soberania é, de longe, o mais afetado. Assim, justamente pelo simples fato de estar em risco iminente à existência de todo o sistema posto, ou mesmo do próprio Estado, que o legislador constituinte originário resolveu priorizar a soberania nacional frente ao direito à vida.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2010.

Seguindo-se a lógica do legislador Constituinte, não se pode olvidar que o intento nesse dispositivo foi a defesa da soberania nacional. Desta feita, a exceção constitucional do direito à vida pode ser sintetizada na expressão: “salvo quando a soberania estiver ameaçada”.

Adotando o mesmo raciocínio desenvolvido para a dignidade da pessoa humana, não se pode qualificar a vida (um dos componentes do gênero dignidade humana) como um direito absoluto. Ela, assim como a dignidade humana, admite relativização, basta o conflito com outros valores igualmente relevantes.

Contribui muito com este entendimento e para a compreensão do tema, os ensinamentos de Cesare Beccaria, verdadeiro marco histórico do garantismo. Fundador da Escola Clássica, influenciado pelas ideias Iluministas, contrapôs-se as atrocidades dos sistemas penais de seu tempo criticando a forma como as penas eram aplicadas e executadas. Nesse contexto, demonstra os erros existentes na aplicação das penas de tortura e morte em sua época.

Desta feita, apontou em sua Obra “Dos delitos e das penas”<sup>60</sup>, na segunda metade do Século XVIII, anterior as Constituições americana (1787) e francesa (1789), diversos princípios relacionados ao direito penal e processual penal atualmente reconhecidos em tratados internacionais e consubstanciados na Carta Magna de 1988.

Pregador contumaz da humanidade das penas e opositor implacável da pena de morte, o Marquês só admitia como necessária a pena capital em duas hipóteses: quando em jogo a segurança da nação (soberania) ou for a morte o único meio capaz de dissuadir os outros de cometer crimes. Nas palavras do mestre italiano:

Só se pode considerar necessária a morte de um cidadão por dois motivos. O primeiro é que, mesmo privado de liberdade, tenha tais relações e poder, que interessa à segurança da nação; quando sua vida possa produzir uma revolução perigosa na forma estabelecida do governo. A morte de um cidadão vem a ser, pois, necessária quando a nação recupera ou perde a sua liberdade, ou em tempo de anarquia, quando as próprias desordens fazem papel de leis; (...), não vejo qualquer necessidade de se destruir um cidadão, a não ser quando a sua morte for o verdadeiro e único meio capaz

---

<sup>60</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução de: Vicente Sabino Júnior, São Paulo: CD, 2002.

de dissuadir os outros de cometer crimes; o que constitui o segundo motivo pelo qual se pode considerar a morte justa e necessária a pena de morte.<sup>61</sup>

A norma constitucional atual, assim como nas constituições que a antecederam, veio justamente a acolher a posição de Beccaria, admitindo-se a pena de morte no caso de risco à soberania da nação.

Justamente pelo desenvolvimento histórico da soberania (pressuposto do estado), pela sua posição topográfica na Constituição (primeiro dispositivo constitucional) e pelo papel do Estado Democrático de Direito (defensor dos direitos humanos), que se admite a prevalência da soberania nesse aspecto.

Entender pela impossibilidade de relativização do direito à vida, significa esvaziar o princípio fundamental da soberania, atingindo o seu núcleo essencial, fato não admitido, como já visto, pelos constitucionalistas modernos. Desta feita, reitera-se a importância da soberania como princípio fundamental, merecendo esta a especial proteção, como lhe quer garantir o legislador constituinte.

Analisada a evolução histórica, elucidada as suas características principais e formuladas as premissas básicas circunscritas ao tema soberania, procede-se ao exame de seu alcance e amplitude, delimitando-se o campo em que se admite o exercício da soberania – relativamente ao tema em epígrafe.

### **1.2.5 Território e Soberania aérea**

Como exaustivamente trabalhado nos tópicos anteriores, trata-se, a soberania, de um componente do Estado, nada menos do que uma das bases da ideia de Estado moderno.

Pode ser encarada sobre dois âmbitos: no externo – como a igualdade jurídica no plano internacional; no interno – como detentor da última palavra dentro de seus limites territoriais. É nesta perspectiva de soberania como a ordem jurídica soberana sobre determinado território (plano interno), que o tema ganha relevância para o debate ora travado.

Aqui se indaga: qual é o alcance destes limites em que se pode exercer este poder? Qual a amplitude significado de território dentro do ordenamento jurídico

---

<sup>61</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução de: Vicente Sabino Júnior, São Paulo: CD, 2002, p. 63/64.

brasileiro? Este território abrange o espaço aéreo? Se sim, existe algum limite? São as respostas a estas perguntas que desvendarão a possibilidade de se proteger o espaço aéreo brasileiro.

Em resposta ao primeiro questionamento vale relembrar a posição, já defendida anteriormente, de soberania como característica da ordem jurídica e como noção de poder. Poder político de uso exclusivo da violência legítima, manifestando-se como originário, uno, coativo e exclusivo – num determinado território. É na expressão “determinado território” que se identifica o componente espacial<sup>62</sup>, limitador da ação política e jurídica do Estado.

Desta forma, a soberania no âmbito interno é delimitada pelo território do Estado. Este somente pode exercer, em princípio<sup>63</sup>, o seu poder soberano no âmbito de seu território. Com isso o território é visto como: sede material do poder, domínio indiscutível, área de proteção dos indivíduos e instrumento ao serviço dos fins do Estado.<sup>64</sup>

No entanto, deve-se ponderar acerca da natureza jurídica ou do direito do Estado sobre o seu território. Ponto com extensas implicações, gerando uma

---

<sup>62</sup> Contrariando a ideia de território como elemento essencial do Estado DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74/75; destaca que “o território não chega a ser, portanto, um componente do Estado, mas é o espaço ao qual se circunscreve a validade da ordem jurídica estatal (...)”; no mesmo sentido MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 129; aduz que “o território não é elemento essencial do Estado, mas tão somente condição de existência do estado”. Asseveramos que, mesmo não configurando elemento essencial do Estado, é figura deveras importante dentro do conceito de Estado, tendo em vista ser condição de existência deste.

<sup>63</sup> Há exceções quanto ao poder de império de um Estado. Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105; “admitem-se duas exceções ao poder de império do Estado sobre o território: a extraterritorialidade e a imunidade dos agentes diplomáticos.”; corroborando com este entendimento MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 129; “(...), os privilégios de extraterritorialidade de que gozam os Chefes de Estado e os funcionários diplomáticos ou imunidades destinadas ao cabal exercício das suas funções; são também os privilégios da extraterritorialidade dos navios e aviões públicos; a renúncia de certas faculdades em favor de doutros Estados – dando origem a direitos territoriais menores destes – ou a constituição, por exemplo, de zonas francas (para efeitos tributários) ou de zonas desmilitarizadas; e ainda, no âmbito do combate ao crime, a admissibilidade mesmo de actos de cooperação de autoridades e agentes de autoridades estrangeiras e agentes de autoridade do estado no seu território.”

<sup>64</sup> Nesse sentido, Lawrence Krader (apud MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7): “As fronteiras do Estado definem os limites da área a defender de ataques externos e, sobretudo, os limites dentro dos quais a ordem interna é mantida pelos órgãos do poder. Os bandos primitivos expulsam os intrusos, porque eles ameaçam a sua existência; as forças do Estado repelem também os poderes estrangeiros, porque a invasão é uma invasão do monopólio do poder no seu território.”

infinidade de teorias na busca da solução desde problema. Resumindo a problemática, Jorge Miranda adverte que estas teorias tomam esse direito ou poder:

- a) Como Direito real, como direito sobre coisas – seja como espécie de propriedade de Direito internacional (tese clássica), como espécie de domínio eminente (Ugo Forti), ou como direito real institucional, direito que põe o bem do território ao serviço da instituição estatal (Dabin, Burdeau);
- b) Como mero reflexo do Direito do Estado sobre as pessoas (Jellinek) ou como direito do Estado sobre a própria pessoa (Santi Romano) – coerentemente, num caso e noutro, com tomar-se o território como elemento constitutivo do Estado;
- c) Como simples âmbito espacial de vigência da ordem jurídica estadual, pois Direito e Estado identificam-se (Kelsen);
- d) Como direito de jurisdição, direito que abrange simultaneamente o território e as pessoas no território ou, melhor, as pessoas *através* do território.<sup>65</sup>

Na atualidade, apresenta-se como dominante a teoria da jurisdição, por explicar de maneira mais satisfatória a complexidade do tema, abrangendo características de todas as teorias. Esta teoria aproxima-se das teses de direito real ao tomar o território como objeto. Não obstante, distanciam-se destas, ao realçar a relação, política, com as pessoas.

Por conseguinte, o direito sobre o território é o direito ao respeito da soberania. Dessa forma, a teoria da jurisdição (ou território-competência<sup>66</sup> para Bonavides) é, de acordo com Kelsen<sup>67</sup>, a que considera o território o âmbito de validade da ordem jurídica do Estado.

Nessa senda, o território apresenta como características: a *indivisibilidade* (princípio da unidade jurídica do território); a *inalienabilidade*<sup>68</sup> (impossibilidade do Estado de abrir mão de seu território); e a *exclusividade*<sup>69</sup> (sobre o território somente o estado pode exercer o seu poder de mando).

---

<sup>65</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 133/134.

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113/114.

<sup>67</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

<sup>68</sup> Esta característica comporta exceção tendo em vista que a Constituição de alguns Estados permitem a alienação de parte de seu território. Tome-se como exemplo a compra, pelo Brasil, do Estado do Acre.

<sup>69</sup> Admite-se, por meio do princípio do *pacta sunt servanda*, principio estruturante das relações internacionais, a flexibilização desta característica. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 36.

Apresentado o território como condição de existência do Estado e como limitador da ação política e jurídica do Estado, deve-se firmar qual é o alcance do território brasileiro, no qual todo o ordenamento jurídico pátrio tem validade.

O território é composto por: terra firme, mar territorial<sup>70</sup>, subsolo, plataforma continental e **espaço aéreo**.<sup>71</sup> Para o presente estudo, somente nos interessa uma análise acerca do espaço aéreo.

A proteção do espaço aéreo, algo relativamente novo na história da humanidade, somente ganhou relevância após o surgimento da aviação. Foi para disciplinar a utilização do espaço aéreo que se realizaram convenções internacionais. Entre elas, destaca-se: a de Paris (1919) e a de Havana (1928) que pretendiam regular os espaços aéreos da Europa e dos Estado Unidos da América, respectivamente.

No entanto, foi com a Convenção sobre Aviação Civil Internacional – também conhecida como Convenção de Chicago, de 7 de dezembro de 1944, firmada pelo Brasil em Washington, a 29 de maio de 1945, ratificada a 8 de junho de 1946 e promulgada pelo decreto nº 21.713, de 27 de agosto daquele ano – que se disciplinou os aspectos da aviação civil em âmbito internacional.<sup>72</sup>

Esta Convenção substitui as anteriores e está plenamente em vigor. Sendo revisada por oito vezes, determina regras acerca do espaço aéreo, registro de aeronaves e segurança de vôo, além de detalhar os direitos dos signatários com respeito ao transporte aéreo.

Em seu artigo 1º reconhece a importância da soberania ao trazer que: “Os Estados contratantes reconhecem ter cada Estado a soberania exclusiva e absoluta sobre o espaço aéreo sobre seu território.” Já em seu art. 2º, tratando do território (espaço aéreo), aduz que: “Para os fins da presente Convenção, considera-se como

---

<sup>70</sup> A Lei 8.617/93 dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros.

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

<sup>72</sup> BRASIL. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 12 de setembro de 1946. Seção 1, p. 12715.

território de um Estado, a extensão terrestre e as águas territoriais adjacentes, sob a soberania, jurisdição, proteção ou mandato do citado Estado.”<sup>73</sup>

Malgrado a convenção estabelecer regras, ela não delimita o alcance do espaço aéreo. Desta feita, não existe uma altitude exata, reconhecida internacionalmente, sobre até onde vai o espaço aéreo soberano de um país. Para Renelleti, “a soberania do Estado sobre o espaço aéreo estende-se em altitude até onde haja um interesse público que possa reclamar a ação ou proteção do Estado”.<sup>74</sup>

Huber, em uma tentativa de objetivação dos limites, dividiu o espaço aéreo em quatro camadas: troposfera, estratosfera, ionosfera e exosfera.<sup>75</sup> Em que pese esses posicionamentos, o Brasil, com base no ICA 110-12<sup>76</sup>, por meio da instrução que disciplina as Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo, em seu item 7.5.1, estabeleceu como ilimitado o limite vertical superior.

Nada obstante, hodiernamente já não mais se admite esta regra de extensão ilimitada da soberania aérea, tendo em vista os entendimentos ocorridos no âmbito da organização das nações unidas (ONU). No ano de 1963, ela aprovou uma declaração de Princípios Jurídicos Aplicáveis às Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior, e em 1966, vedou a qualquer Estado a possibilidade de se apossar, no todo ou em parte, do espaço ultraterrestre, incluindo a Lua ou qualquer outro satélite ou planeta.

Muito embora exista este debate, o intento principal das Convenções era garantir o direito de passagem inocente, hoje amplamente reconhecido, entretanto é garantido ao Estado sobrevoado o conhecimento prévio da passagem, podendo exercer o devido controle para o resguardo de seus interesses.

---

<sup>73</sup> BRASIL. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 12 de setembro de 1946. Seção 1, p. 12715.

<sup>74</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

<sup>75</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

<sup>76</sup> BRASIL. Comando da Aeronáutica – DECEA. ICA 100-12 - *Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo*, de 16 fev.2006, incluindo emendas até 22 nov.2007.

Destarte, a soberania aérea (no âmbito interno), princípio fundamental e componente do Estado, é exercida, de forma absoluta<sup>77</sup>, dentro dos limites do território, abrangendo o espaço aéreo (limitado até o espaço ultraterrestre). Ademais, cabe ao Estado, titular do território, o controle de seu espaço com o fito de resguardar seus interesses.

Examinadas estas questões, cogente prosseguir o estudo da soberania determinando a quem incumbe à missão de defesa da soberania aérea em caso de violação desta, incluído aqui, a falta de conhecimento prévio da passagem por parte do Estado sobrevoado.

### **1.2.6 Missão constitucional das forças armadas**

Não basta só a afirmação dos direitos, devem-se instituir meios para que estes direitos possam ser garantidos. Desta forma, Hegel preceitua ser imprescindível, para uma coletividade receber o nome de Estado, a existência de um aparato que viabilize a defesa comum de tudo aquilo que é sua propriedade; adverte, ainda, que: “onde quer que uma multidão forme um Estado, dela se exige que constitua um aparato militar e um poder estatal”.<sup>78</sup>

Com base nesta ideia, a Constituição estabelece, em seu art. 142, que:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.<sup>79</sup>

Desde logo se extrai como características das Forças Armadas a permanência e regularidade, possuindo como destinação a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e ordem. Ou seja, é de competência das forças armadas a garantia da subsistência do Estado e da consecução de seus fins.

---

<sup>77</sup> Conforme abordado anteriormente, a soberania pode ser relativizada em determinadas situações, contudo para o presente trabalho pode-se concebê-la como absoluta, tendo em vista não existirem exceções legais ou convencionais acerca do tema objeto desta pesquisa.

<sup>78</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 81/82.

<sup>79</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2010.

Desta forma, para assegurar todos os princípios salvaguardados pelo texto Constitucional e, sobretudo, o princípio fundamental da soberania nacional, a Constituição outorgou expressamente, às Forças Armadas, constituídas, pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, a defesa da Pátria, da lei e da ordem.

Com base nesse dispositivo, o Brasil, aderindo a um modelo, que pode ser considerado como padrão no mundo, reúne as três Forças Armadas, sob um único órgão de defesa (Ministério da Defesa), subordinado ao Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, conforme o art. 84, XIII, da Constituição).

No que toca a Aeronáutica, deverá defender o Brasil, impedindo o uso do espaço aéreo brasileiro e do espaço exterior para a prática de atos hostis ou contrários aos interesses nacionais. Deste modo, sua missão deve nortear todas as suas atividades, sempre em consonância com os preceitos constitucionais, com as leis e pelas diretrizes do Comandante Supremo. Sintetizando, sua missão **“manter a soberania no espaço aéreo nacional com vistas à defesa da pátria”**.<sup>80</sup>

Releva notar que a “Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas” (art. 142, §1º, CR). Em cumprimento a este preceito Constitucional, a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999<sup>81</sup>, modificada pela Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004<sup>82</sup>, outorga atribuições subsidiárias às Forças Armadas e dispõe sobre normas gerais de organização, preparo e emprego das Forças Armadas.

É possível se verificar algumas atribuições da Aeronáutica que possuem particular relevo para este trabalho. Entre as atribuições constitucionais: a defesa da pátria, garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem; entre as atribuições infraconstitucionais: orientar, coordenar e controlar as atividades de aviação civil, prover a segurança da navegação aérea e cooperar na repressão a delitos transnacionais.

---

<sup>80</sup> MINISTÉRIO DA DEFESA. Força Aérea Brasileira. Missão. Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2010.

<sup>81</sup> BRASIL. Lei complementar nº 97, de 9.6.1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10.6.1999.

<sup>82</sup> BRASIL. Lei complementar nº 117, de 2.9.2004. Altera a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, para estabelecer novas atribuições subsidiárias. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3.9.2004.

Cogente destacar que, na ausência de disciplina legal dos instrumentos ou meios para a consecução de seus fins ou atribuições constitucionais, pugna-se pela adoção da teoria dos poderes implícitos (ou *implied powers*), a qual, de acordo com a Suprema Corte<sup>83</sup>, tem interia aplicação no Direito brasileiro, encontrando assento eminentemente constitucional.

Por esta teoria, numa análise simplista, a partir do momento em que a Constituição atribui determinada competência ou finalidade a um órgão, presume-se, implicitamente, ter conferido a este todos os poderes e meios necessários à execução dessa competência ou a consecução desse fim.

Destarte, mesmo em período anterior as leis disciplinadoras das finalidades Constitucionais da aeronáutica, esta já possuía plena liberdade de ação para a execução dessas atribuições, possuindo, como únicas limitações, as demais normas e princípios Constitucionais.

Sem mais, encerra-se o presente capítulo com uma síntese dos temas nele tratados. Como visto, preocupamo-nos em discorrer acerca das mais relevantes discussões envolvendo os bens jurídicos diretamente afetados pela norma em exame.

Entre estas discussões, deu-se relevância a evolução histórica dos institutos e suas principais características, com o fito de buscar uma solução para preservar ao máximo os dois institutos que, conforme visto, foram erigidos a princípios constitucionais.

No entanto, muito se disse até o presente momento sobre a natureza de princípio dos institutos até aqui examinados. Contudo perquiri-se: o que é um princípio? Qual o seu alcance? Qual a sua relevância dentro de um ordenamento jurídico? Como solucionar um possível conflito existente entre eles?

Esses questionamentos serão o objeto de estudo do próximo capítulo, que trará, em breve análise, alguns institutos da nova hermenêutica constitucional.

---

<sup>83</sup> A respeito do tema Cf. HC 91.661-PE, j. 03/04/2009 “Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios”. v. também: Rcl. 5.470-PA, DJ 10.03.2008, Tribunal Pleno; MS 26.547-DF, DJ 20.06.2007, Tribunal Pleno; ADI 2.408-PA, 02/04/2007; RE 128.881-R0; e Rep. 1.360-PE, DJ 22.10.1987, Tribunal Pleno.

## 2 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O ato de interpretar é atividade inerente à condição humana, não há como dissociar esta atividade da pessoa humana, tendo em vista esta constituir-se em ser racional e cultural. Ao perceber o ambiente a sua volta, o homem o interpreta, isto é, atribui um sentido ou significado a signos ou símbolos, dentro de determinados parâmetros.<sup>84</sup>

O mesmo se aplica as normas jurídicas, frente à diversidade de significações e a pluralidade de interpretações que cada vocábulo comporta. No entanto, ao se interpretar o ordenamento jurídico, em especial a Constituição, não pode fazê-lo de maneira caótica e desordenada. Para tanto deve, o intérprete, valer-se de critérios ou métodos para extrair o real significado da norma.

Nesse sentido, cogente iniciar o estudo por meio de algumas distinções relevantes para a correta compreensão e estudo do tema.

### 2.1 Noções introdutórias

#### 2.1.1 Hermenêutica e interpretação: sinônimos?

Não se pode olvidar que muitos doutrinadores não vislumbram distinção entre esses dois termos, ou negam-lhes efeito prático, concebendo a interpretação como mera aplicação da Hermenêutica. Malgrado este entendimento, preferimos seguir a doutrina majoritária, a qual perfilha uma distinção entre os dois vocábulos.

Para esta corrente, Hermenêutica não pode ser concebida como sinônimo de interpretação, vez que é ela a responsável pelo fornecimento de regras e subsídios empregados na atividade interpretativa. Nessa linha, Carlos Maximiliano adverte: “A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.<sup>85</sup> Bastos

---

<sup>84</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 28/29.

<sup>85</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

assevera: “A interpretação tem por objeto as normas, enquanto que a hermenêutica decifra o modo pelo qual se dará a interpretação”.<sup>86</sup>

Deste modo, o que se busca neste capítulo é a análise da hermenêutica em si, elencando alguns métodos e princípios que devem presidir a atividade interpretativa.

### 2.1.2 Dos métodos clássicos aos métodos modernos de interpretação

O emprego de métodos é justamente para se evitar a subjetividade do intérprete, vez que o Estado Democrático de Direito não comporta interpretação subjetiva por parte do intérprete fundada, tão somente, em sua própria ideologia.<sup>87</sup> Desta forma, a interpretação deve conter elementos lógicos e razoáveis, possibilitando, assim, uma maior objetividade.

Justamente em decorrência desta procura por objetividade que, durante o século XIX, entra em declínio a escola filosófica jusnaturalista, considerada demasiadamente metafísica e anticientífica, por ter fundamento no direito natural. Entra em cena a escola juspositivista, numa tentativa de aplicar ao direito características das ciências exatas, cindindo-se o direito da ética em sacrifício da objetividade.<sup>88</sup> A partir dessa ascensão juspositivista surgem os métodos de interpretação.

Estes métodos, nada mais são, do que instrumentos a disposição do intérprete para a busca do sentido ou significado de determinada norma. Tradicionalmente é possível identificar quatro métodos formulados por Savigny, mentor da escola histórica do Direito: gramatical (ou literal); lógico; sistemático; e histórico.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 36.

<sup>87</sup> Nesse sentido, a Constituição exige, em seu art. 93, IX, que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (destacamos).

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 334/335.

<sup>89</sup> Entre os métodos clássicos não há que se falar em hierarquia, mas sim em convivência recíproca, podendo, inclusive, aplicá-los cumulativamente. Corroborando com este entendimento BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 53; “Segundo a nossa linha de pensamento constatamos que a doutrina caminha no sentido de não hierarquizá-los. Essa posição é justificada na medida em que eles, na grande maioria dos

Nada obstante, o positivismo jurídico, baseado no Estado de direito, serviu de fundamento para os Estados Totalitários, culminando em verdadeiras barbáries em nome da lei. Desta forma, pode-se associar a decadência dessa corrente à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Outrossim, rui a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei tomada em uma acepção meramente formal.<sup>90</sup>

Nesse contexto, após superação do jusnaturalismo e fracasso do juspositivismo, surge uma nova escola denominada de pós-positivismo, reformulando o Direito e agregando-lhe valores éticos. Com efeito, esta reaproximação entre direito e ética, conhecida como “virada kantiana”, acarreta na valorização dos princípios, incorporando-os aos textos constitucionais e reconhecendo-os como detentores de normatividade.

Contudo, até a metade do século XX não havia métodos específicos de interpretação da Constituição, dessa forma, em face das singularidades das normas constitucionais, percebeu-se que os métodos tradicionais, de Saviny, eram insuficientes.<sup>91</sup> Não que sejam inválidos, mas insatisfatório para enfrentar a interpretação das normas abertas. Aqui emerge a **nova hermenêutica**, definindo as relações entre valores, princípios e regras.

Nesse processo evolutivo, deve-se ter em mente que a Constituição não se trata de uma norma qualquer inserida no sistema jurídico, ela é mais, ocupa o relevantíssimo papel de fonte a que se reconduzem as demais normas, desta feita é tida como **norma fundamental** do sistema jurídico. Conforme já tratado, esta superioridade hierárquica<sup>92</sup> confere à Constituição o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico.

---

casos, são compatíveis. De outra parte reconhece-se também que mais de um método pode ser aplicado na mesma interpretação.”

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 335/336.

<sup>91</sup> Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 331; Adverte que os métodos clássicos continuam “(...) a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante mas nem sempre suficiente”.

<sup>92</sup> Nas palavras de BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 108; “(...) não necessita de amparo normativo algum, não devendo obediência a qualquer norma positivada.”

Exatamente por isto, pode-se considerá-la uma norma qualificada, com adjetivos e com predicados próprios, os quais a tornam ainda mais especial. Entre as singularidades de suas normas, justificadoras de uma nova hermenêutica, encontram-se: posicionamento singular, inicialidade fundante, caráter aberto e sua atualização, linguagem e posições políticas na Constituição.<sup>93</sup>

Com este novo paradigma de interpretação, Paulo Bonavides destaca três métodos atuais de interpretação constitucional: a) método integrativo ou científico-espiritual; b) método tópico; c) método concretista.<sup>94</sup>

Estes métodos não apresentam grande relevância para a presente pesquisa, configurando-se como ponto crucial, neste trabalho, o exame dos princípios instrumentais de interpretação constitucional – em sua maioria formulados a partir destes novos métodos.

Dentre os atuais princípios de interpretação constitucional, que procuram uma racionalidade material no processo hermenêutico, destacam-se: o da *unidade da Constituição*, o da *concordância prática ou da harmonização*, o da *força normativa da Constituição*, o da *máxima efetividade*, o do *efeito integrador*, o da *interpretação conforme à Constituição* e o da *proporcionalidade*.

No entanto, a sua análise só ocorrerá mais adiante. Destarte, avança-se no estudo para a compreensão da amplitude do significado de princípio, crucial para este estudo.

### **2.1.3 Distinção entre normas-regra e normas-princípio**

Inicia-se este subtópico com a seguinte pergunta: qual a natureza jurídica de uma constituição? Conforme visto, a resposta, mais que natural, é simples: ela nada mais é do que uma espécie de *norma jurídica*, configurando-se como parte de um todo denominado sistema jurídico, e como tal deve ser interpretada.

Procede-se com uma nova indagação: qual a abrangência do significado de norma jurídica? É aqui que se deve estabelecer a distinção entre regras e princípios,

---

<sup>93</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 105/119.

<sup>94</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 477/524.

a qual tem grande repercussão no entendimento do ordenamento jurídico como um todo.

Neste aspecto, Canotilho<sup>95</sup> enfatiza ser esta distinção decisiva, pois possibilita a compreensão da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios.<sup>96</sup> Destarte, pode-se tomar a norma como gênero, da qual são espécies as regras e os princípios. Como consequência, atribui-se a ambos o *status* de *norma jurídica*, logo, detentora de normatividade.

Deve-se ter em mente que regras são relatos objetivos, descritivos de condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações; já os princípios apresentam um maior grau de abstração, não especificam condutas a serem seguidas, se aplicam a um conjunto ilimitado de situações e, portanto, detentores de maior carga valorativa.<sup>97</sup>

Conforme dito, princípios e regras são espécies de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Percebe-se que, entre ambos, há inúmeros critérios distintivos possíveis, contudo Barroso<sup>98</sup> destaca três: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; c) as particularidades da aplicação.

Tomando por base o **conteúdo**, princípios se apresentam como valores a serem preservados ou fins a serem perseguidos, trazem consigo um conteúdo axiológico ou uma decisão política; já as regras limitam-se a descrever condutas, desta feita, valores e fins não vem explicitados na norma, pois já decididos pelo legislador e não transferidos ao intérprete.

Observam-se, ainda, peculiaridades na **estrutura normativa**. Enquanto a regra especifica os atos a serem praticados para o seu adequado cumprimento – não exigindo do intérprete um processo complexo de racionalização –; os princípios estabelecem fins, estados ideias a serem alcançados, não descrevendo condutas a

---

<sup>95</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1162.

<sup>96</sup> A Constituição pode ser considerada como um sistema aberto posto que a maior parte das normas constitucionais, sejam regras ou princípios, é aberta para viabilizar propostas variadas de concretização.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339/340.

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 340/341.

serem observadas para sua realização, exigindo maior sofisticação na atividade do intérprete.

Por último, traçam-se particularidades quanto a sua **aplicação**. Tratando-se de regras de direito, configurada a situação de fato por ela prevista, valerá para esta situação concreta unicamente a consequência jurídica por ela prevista, afastando-se, assim, as demais regras do ordenamento. Dessa forma, aplica-se a máxima do tudo ou nada (“*all or nothing*”) – ou as regras valem ou não valem, incidem ou não incidem.<sup>99</sup> Nos dizeres de Barroso:

[...] **Regras são proposições normativas aplicáveis sobre a forma de tudo ou nada (“all or nothing”)**. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. **Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.** (destacamos)<sup>100</sup>

Em contrapartida, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos nem ordenações de vigência, são, em verdade, diretrizes ao aplicador do direito para decidir num ou noutro sentido. Dessa forma, admitem convivência e conciliação com outros princípios.<sup>101</sup> Novamente, reverberando os ensinamentos de Barroso:

**Princípios contêm, normalmente uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.** Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores, ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismo inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de

---

<sup>99</sup> COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 45.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

<sup>101</sup> COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 47.

propriedade e a sua função social. **A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.** (destacamos)<sup>102</sup>

Estabelecendo como ponto sensível na distinção entre as duas espécies de normas, Robert Alexy qualifica princípios como *mandamentos de otimização*, ou seja, normas que impõe a realização de algo dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; e regras como *mandados de definição*, haja vista serem normas que são sempre satisfeitas ou não.<sup>103</sup>

Em que pese a grande aceitação na doutrina desta última distinção, há autores de peso que se opõem a ela, justamente por admitir a possibilidade de princípios colidirem totalmente, num determinado caso concreto, prevalecendo um em detrimento dos demais.<sup>104</sup>

Preferimos aqui seguir os ensinamentos de Robert Alexy, tomando os princípios como *mandamentos de otimização*, desta feita, admitem ponderações, sempre observando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes; enquanto regras, no geral, não admitem ponderação<sup>105</sup>, pois significará a sua não aplicação.

Com essa advertência, calha trazer à baila a lição de Barcellos ao destacar que a ordem jurídica é uma função de dois valores principais: **segurança jurídica** (papel desempenhado pelas regras, em face de sua previsibilidade e objetividade na descrição de condutas) e **justiça** (ideal intrinsecamente relacionado aos princípios, vez que possibilitam a flexibilidade dando margem à ponderação no caso concreto). Conforme a autora:

Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das **regras facilita a realização do valor segurança**, ao passo que os **princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada**. Esse modelo é naturalmente simplificador já que há princípios que propugnam exatamente, dentre outros, o valor segurança – como o princípio da legalidade –, da mesma forma que inúmeras regras são, na verdade, a cristalização de soluções requeridas por exigências de justiça. Tudo isto,

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

<sup>103</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90/91.

<sup>104</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v.215, jan. – mar., 1999, p. 163/164.

<sup>105</sup> Salvo quando a regra veicula um conceito indeterminado.

porem, não afasta a utilidade do modelo para esclarecer uma parcela da realidade. (destacamos)<sup>106</sup>

Essas peculiaridades existentes entre regras e princípios são de grande importância no que pertine a sua aplicação prática, quando insurge um conflito de normas. Como visto, diante de um conflito de normas regra procede-se mediante subsunção (“*all or nothing*”), em se tratando de normas princípio deve-se adotar a técnica de ponderação (maior ou menor intensidade).

Por fim, reverberam-se os ensinamentos de Canotilho, sistematizando os principais pontos distintivos entre os dois institutos:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta.
- c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.
- e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.<sup>107</sup>

Postas estas explicações e considerando a hermenêutica constitucional uma hermenêutica predominantemente de princípios, o intérprete deve ter como ponto de partida os princípios constitucionais – no caso em tela, trata-se do exame dos princípios constitucionais da soberania e da dignidade da pessoa humana.

Destarte, ingressa-se na análise, panorâmica, dos princípios interpretativos<sup>108</sup> constitucionais catalogados pela doutrina, que auxiliam o intérprete extração de significados compatíveis com a nova hermenêutica.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 79.

<sup>107</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1160/1161.

<sup>108</sup> Aqui se busca o estudo da hermenêutica, dessa forma ao se falar em princípios, estar-se-á tratando de princípios hermenêuticos e não de princípios jurídicos. Procede-se com a distinção de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra:

## 2.2 Princípios de interpretação constitucional

Dentre os atuais princípios de interpretação constitucional destacam-se o da *unidade da Constituição*, o da *concordância prática ou da harmonização*, o da *força normativa da Constituição*, o da *máxima efetividade*, o do *efeito integrador*, o da *interpretação conforme à Constituição* e o da *proporcionalidade*. Dada à relevância do princípio da proporcionalidade, este será examinado em um tópico a parte.

### 2.2.1 Unidade da Constituição

Por este princípio as normas constitucionais devem ser consideradas como um todo integrado num sistema interno unitário de princípios e regras, e não como normas isoladas e dispersas. A Constituição deve sempre ser entendida e interpretada em sua unidade, evitando-se contradições aparentes. De acordo com Canotilho:

(...) a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão' o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. (...). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.<sup>109</sup>

Resume Eros Grau o referido princípio da unidade da Constituição: “*Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços*”.<sup>110</sup> Justamente com base nesse princípio que se conduz à rejeição de duas teses presentes na doutrina do direito constitucional: a tese da existência de antinomias normativas e a tese das normas constitucionais inconstitucionais.<sup>111</sup>

---

Almedina, 2008, p. 1162; “os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar *ratio legis* de uma disposição”, já aos princípios jurídicos cabe “revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, interpretação e complementação do direito (*Richterrecht, analogia júris*).”

<sup>109</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1223/1224.

<sup>110</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 166.

<sup>111</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1183.

### 2.2.2 Concordância prática ou harmonização

O princípio da concordância prática, formulado por Konrad Hesse, liga-se intrinsecamente ao princípio da unidade e ao princípio do efeito integrador, sendo comumente utilizado na solução de problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. Segundo leciona Ingo Sarlet:

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.<sup>112</sup>

Tal princípio impõe que diante de situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, o interprete deve adotar a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.<sup>113</sup>

Destarte, parte da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais. Consequentemente, não se admite o sacrifício de uns em relação a outros, impondo-se limites e condicionantes ao intérprete de forma encontrar uma solução que harmonize os bens conflitantes.

### 2.2.3 Força normativa da Constituição

Também cunhado por Konrad Hesse consubstancia-se na famosa máxima: “a constituição não significa apenas um pedaço de papel”; significa que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. Dessa forma, deve-se dar primazia a interpretações garantidoras de eficácia e permanência de suas normas.

Destarte, deve-se dar máxima eficácia às normas constitucionais, otimizando e atualizando seus preceitos. Com isso, a constituição é condicionada pela sociedade e condicionante da mesma.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição*. Revista da *Ajuris* 66, 1996

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição*. Revista da *Ajuris* 66, 1996, pág. 121.

<sup>114</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1226.

#### **2.2.4 Máxima efetividade**

Muito utilizado no âmbito dos direitos fundamentais, aos quais confere a maior eficácia possível. Aduz que diante de uma norma constitucional, o interprete deve lhe atribuir o sentido que maior eficácia lhe dê.

Inocência Mártires afirma: “o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo.”<sup>115</sup> Nesse sentido, abandona-se a hermenêutica tradicional, reconhecendo a normatividade dos princípios e de seus valores constitucionais.

#### **2.2.5 Efeito integrador**

Segundo este princípio, quando o intérprete estiver diante de um problema jurídico-constitucional, deve adotar um posicionamento que privilegie a integração política e social, possibilitando o reforço da unidade política. Por ser a Constituição o principal elemento de integração comunitária, sua interpretação deve ter como escopo a unidade política.

#### **2.2.6 Interpretação conforme a Constituição**

A aplicação deste princípio só se mostra possível diante da existência de normas polissêmicas ou plurissignificativas (normas com mais de um significado possível). Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal estabelece que a interpretação conforme à Constituição “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”.<sup>116</sup>

Pela inteligência deste, diante de normas acolhedoras de mais de um significado, deve-se privilegiar aquele que mais se aproxima dos comandos constitucionais. Nessa linha de inteligência, Bonavides adverte que “nenhuma lei deve ser declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição”.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADIn 1.344-1/ES, medida liminar, rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1995. DJ 19-04-1996.

<sup>117</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 518.

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, “oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição”<sup>118</sup>

Destarte, entre as interpretações possíveis pode ocorrer de se encontrar normas em sintonia ou não com o texto constitucional, mas sempre que houver uma interpretação compatível com a Constituição, esta não poderá ser expurgada do ordenamento jurídico, devendo considerá-la válida.

Em que pese estas observações, o Supremo Tribunal Federal inadmitiu a aplicação desta técnica durante o julgamento da ADPF 130 (arguição de descumprimento de preceito fundamental), declarando como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa). O fundamento principal foi a impossibilidade de conferir significados autônomos para os dispositivos remanescentes, tendo em vista estarem contaminados pelos fins (inconstitucionais) da lei e acarretar em invasão de competência do poder legislativo pelo poder judiciário. Transcreve-se a decisão:

**(...) A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria.** Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.<sup>119</sup>

Sistematizando a abordagem sobre o princípio, Canotilho identifica três dimensões com as quais este princípio deve ser compreendido: 1) *princípio da prevalência da constituição* (dentre várias opções interpretativas, deve-se escolher sempre uma compatível com a Constituição); 2) *princípio da conservação de normas*

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. DJ 06-11-2009.

(uma norma não pode ser declarada inconstitucional se, de acordo com seus fins, comporta uma interpretação compatível com a Constituição); 3) *princípio da interpretação conforme a Constituição mas “contra legem”* (o intérprete não pode contrariar a letra e o sentido da norma interpretada, mesmo que leve a uma interpretação constitucional). Ademais, frente a uma multiplicidade de interpretações constitucionais possíveis, deve-se escolher a “melhor orientada” para a Constituição.

Ante o exposto, o princípio deve ser concebido como um conjunto articulado dessas dimensões. Dessa forma, só utiliza-se a interpretação conforme se a norma comporta uma pluralidade de sentidos; em caso de sentidos contrários ao texto constitucional, estes devem ser afastados pelo intérprete; e, como vedação ao intérprete, não se admite uma interpretação que resulte em nova proposição distinta da lei e em discordância com os fins do legislador.

## **2.3 Princípio da proporcionalidade**

Anota-se que frente à relevância deste princípio, não só para a presente pesquisa, mas por ser amplamente debatido nos dias de hoje; cogente destacar que este é aplicável toda vez que ocorre uma intervenção em um direito fundamental. Destarte, decidiu-se por reservar um tópico específico a ele, iniciando-se o seu estudo a partir de algumas premissas básicas, já observadas anteriormente.

### **2.3.1 Hierarquia constitucional e normas inferiores**

De acordo com o constitucionalismo moderno a constituição não é somente um texto de intenções, ela deve ser realizada, traça diretrizes que devem ser perseguidas pelos poderes públicos. A superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição.

Levando-se em consideração a superioridade da Constituição, Canotilho<sup>120</sup> ensina que as normas constitucionais desempenham uma função de limite relativamente às normas de hierarquia inferior (determinantes negativas) e regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores (determinantes positivas).

---

<sup>120</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1149.

Dessa forma, ocorre uma compatibilidade formal e material entre as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais.

Nessa linha de intelecção, a norma constitucional é norma hierarquicamente superior, ocupando o ápice do ordenamento jurídico, sendo a ordem jurídica como um todo, derivada da constituição e devendo ser com ela compatível, sob pena de inconstitucionalidade.

### **2.3.2 O Estado e o dever de proteção**

A função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a sociedade, bens que se encontram consagrados no texto constitucional (hierarquicamente superior) e que podem ser de cunho individual ou social. Isso decorre da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direção de um constitucionalismo compromissório e social.

No entanto, há uma dificuldade de coexistência de determinados princípios e valores (liberais-iluministas), caracteristicamente individualistas, e outra gama de princípios e valores dirigidos à tutela de bens não individuais.<sup>121</sup> Nesse ponto relembra-se o papel do Estado contemporâneo.

O dever de proteção do Estado para com o cidadão possui um viés negativo, em que o Estado deve se abster protegendo a liberdade individual, e um viés positivo, no qual o Estado tem o dever de agir, mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, por um lado a Constituição protege o cidadão frente ao Estado, e por outro lado protege o cidadão através do Estado. Assim, o Estado deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento.<sup>122</sup>

Essa coexistência deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação de valores, não se pode sobrepor um ao outro, a solução do conflito é através da redução gradual de cada um, permitindo a sua coexistência,

---

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 4/6/2009, p. 2.

<sup>122</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

sempre atento às peculiaridades do caso concreto. É por meio da ponderação que se deve analisar o princípio da proporcionalidade.

### 2.3.3 Origem e fundamento do princípio da proporcionalidade

Classicamente este princípio tem aplicação no Direito Administrativo, disciplinando a utilização do poder de polícia do Estado. Desta forma, seu desenvolvimento encontra-se diretamente relacionado com a evolução dos direitos e garantias individuais, tendo por finalidade a ideia de mecanismo capaz de controlar os Poderes estatais, evitando os atos administrativos arbitrários.<sup>123</sup>

Em seu início, estava ligado diretamente ao princípio da legalidade<sup>124</sup>, ocorrendo sua inserção no campo constitucional como consequência das revoluções burguesas do século XVIII. No âmbito dos países influenciados pela *Common Law*, este princípio se apresentava no âmbito jurisprudencial por meio da regra da razoabilidade, onde se analisava em cada caso concreto se a situação de fato se apresentava razoável diante da regra precedente.<sup>125</sup>

Cabe advertir que somente na Alemanha, após a segunda grande guerra, o princípio ganhou maior densidade, alcançando os contornos de hoje. Com a palavra o Tribunal Constitucional Alemão:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.<sup>126</sup>

Cogente destacar que o princípio da proporcionalidade não está previsto de maneira expressa no texto Constitucional, mas, de acordo com a maioria da doutrina, trata-se de um princípio constitucional implícito.

De acordo com Paulo Bonavides, por intermédio de uma interpretação sistemática, o princípio da proporcionalidade pode ser extraído de outros princípios, especialmente do princípio da igualdade, decorrendo, ainda, de diversos outros

---

<sup>123</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 266/267.

<sup>124</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 398.

<sup>125</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 267.

<sup>126</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 409/410.

enunciados constitucionais. Arremata, erigindo o princípio a “corolário da constitucionalidade”. Em suas palavras:

O Princípio da Proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo **fundamento decorre do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.**

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje **axioma do direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do estado de Direito**, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. (destacamos)<sup>127</sup>

No entanto, não há unanimidade quanto ao seu fundamento, podendo-se encontrar inúmeros deles na doutrina: alguns autores propugnam decorrer do princípio do estado de direito<sup>128</sup>; outros o identificam como conexo aos direitos fundamentais<sup>129</sup>; há quem afirme decorrer do princípio do devido processo legal substancial<sup>130</sup>; dentre outros fundamentos. Imperioso destacar que muitos destes doutrinadores admitem mais de um fundamento.

Diante desta complexidade, conveniente trazer o entendimento de Humberto Ávila. Para o autor, a proporcionalidade nada mais seria do que um postulado normativo aplicativo, estabelecendo um método, sendo, portanto, inerente ao Direito.<sup>131</sup> Nos dizeres de Denilson Feitosa:

Seja como um atributo da relação lógica entre entes normativos ou como método de aplicação das normas, a proporcionalidade tem um caráter jurídico formal e não material. Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade é um princípio formal metodizante e o postulado da proporcionalidade é, por definição estipulante, também meramente formal. O caráter material pertence aos entes normativos submetidos ao postulado da proporcionalidade. A importância da afetação negativa do ente normativo

<sup>127</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 436.

<sup>128</sup> Cfr. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 120-122; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 98 e 212/213;

<sup>129</sup> Cfr. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 98 e 212/213;

<sup>130</sup> Cfr. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 173.

<sup>131</sup> Apud PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 86/87.

ou a importância da realização da finalidade da medida de intervenção nesse ente normativo decorrem dos próprios entes normativos afetado (ou afetável) e afetante e não do princípio da proporcionalidade, o qual apenas estabelece o método de argumentação para se justificar a afetação negativa.<sup>132</sup>

Em que pese essa divergência doutrinária, o ponto principal não é saber o seu real fundamento, mas sim, reconhecer o princípio da proporcionalidade como parte integrante do texto Constitucional, e isto, já é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

Destarte, consigna-se que por meio deste princípio ocorre o combate aos excessos legislativos, os quais na concretização das reservas de lei interferem sobre os direitos fundamentais, gerando interferências inadmissíveis perante a Constituição. Estabelecidas estas observações, procede-se a análise dos subprincípios da proporcionalidade.

#### **2.3.4 Proporcionalidade e seus subprincípios: viés positivo e negativo**

A discussão acerca da existência dos limites da proteção surgiu na Alemanha em 1975, em torno da lei que descriminalizou o aborto. Nesse debate foram identificados dois modos de proteção de direitos, vinculados ao princípio da proporcionalidade.

O primeiro modo recebe a denominação de o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), funciona como proibição de intervenções; o segundo modo de proteção é denominado de princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado.<sup>133</sup>

A **proibição do excesso**, face negativa do princípio da proporcionalidade, está consolidada na doutrina e se tornou um dos pilares do garantismo e do Estado democrático de direito. O princípio da proporcionalidade, nesse viés, se desdobra

---

<sup>132</sup> PACHECO, Denílson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 89.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

em três princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>134</sup>

Estes princípios são aplicados de forma sucessiva, somente avança para o próximo se a medida legislativa, judicial ou administrativa obtiver êxito no exame do subprincípio antecedente. Caso não resista ao exame de um dos subprincípios, a medida será considerada inconstitucional.<sup>135</sup>

Pode-se sintetizá-los assim: a exigência de adequação é a viabilidade de alcançar o fim almejado por determinado meio; a necessidade é opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição; e a proporcionalidade em sentido estrito é a manutenção de um equilíbrio, proporção entre meios utilizados e fins desejados.<sup>136</sup>

Logo se vê que a **adequação** (ou princípio da conformidade – *Geeignetheit*) impõe a adoção de uma medida para a realização do interesse público, mas esta medida deve ser capaz de alcançar o fim a ela subjacente. Atenta-se para o maior grau de dificuldade quando se trata de um controle de fins da lei, dada à liberdade do legislador.<sup>137</sup> Este subprincípio pode ser reduzido a um questionamento: o meio promove o fim?<sup>138</sup> Logo, analisa-se a conformidade ou validade do fim. Denilson Feitosa identifica duas exigências deste subprincípio:

O subprincípio da adequação impõe duas exigências a todas as intervenções em direitos fundamentais: **a) a exigência de um fim constitucionalmente legítimo; b) a adequação ou idoneidade da medida (ou meio) para favorecer a obtenção desse fim.**

Portanto, primeiro, verificam-se qual fim a medida ou meio interventivo procura realizar e a legitimidade constitucional desse fim e, segundo, examina-se a relação entre o meio interventivo (legislativo, judicial ou administrativo) e o fim, para determinar se o meio favorece, de algum modo, a realização do fim. (destacamos)<sup>139</sup>

<sup>134</sup> SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 109.

<sup>135</sup> PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 150.

<sup>136</sup> SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 109.

<sup>137</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 270.

<sup>138</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

<sup>139</sup> PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 153.

Em se tratando do princípio da **necessidade** (*Erforderlichkeit*) ou menor ingerência possível, a medida adotada não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja.<sup>140</sup> Reduz-se a uma indagação: dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro menos lesivo aos direitos fundamentais?<sup>141</sup> Dessa forma, é o espaço de ação concernente a escolha do meio que vai utilizar. Canotilho chama a atenção para o alto grau de indeternabilidade do princípio, e assevera a existência de elementos conducentes a uma maior operabilidade prática:

a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. (destaques do autor)<sup>142</sup>

Por fim, o princípio da **proporcionalidade em sentido estrito** (*Verhältnismässigkeit*), nada mais é do que uma equação mediante um juízo de ponderação entre o meio utilizado e o fim almejado. Dessa forma, analisam-se as vantagens frente às desvantagens, em caso de prevalência das desvantagens a medida será desproporcional.<sup>143</sup>

É por meio desses subprincípios que a proibição do excesso é analisada dentro do direito brasileiro, existindo amplo debate em torno de cada um de seus elementos.

Notam-se, nessa perspectiva negativa, conquistas da modernidade, tanto no Direito Penal e no Processual Penal, influenciadas pelos iluministas. No campo do Direito Penal têm-se como exemplos: a garantia da reserva legal, a proibição da analogia incriminadora, a irretroatividade da lei penal entre outros. Em relação ao Processo Penal, observam-se como exemplos não taxativos: o habeas corpus, o mandado de segurança e a revisão criminal.

---

<sup>140</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 397.

<sup>141</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

<sup>142</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 270.

<sup>143</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 270.

Por outro lado, a **proibição da insuficiência** ou **proibição da proteção deficiente**<sup>144</sup>, face positiva do princípio da proporcionalidade, é pouco debatida e observada pelo legislador, jurisprudência e doutrina brasileiros.

Nesse sentido, vincula-se à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros.<sup>145</sup> A tutela deve se dar, assim como no viés negativo, tanto no Direito Penal como no Processo Penal.

A respeito do tema, Bernal Pulido:

(...) na dogmática alemã é já bem conhecida a distinção entre duas diversas versões do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição da proteção deficiente (*Untermäßverbot*). Este último conceito se refere à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia uma omissão – vulnera um direito fundamental de proteção.<sup>146</sup>

É por meio dessa visão de proteção insuficiente que o legislador tem a obrigação de incriminar determinadas condutas, não sendo admissível contrariar o texto constitucional. Um exemplo disso é o dever de criminalização existente no art. 5º, XLIII, da Constituição, no qual seria inconstitucional uma norma que viesse a descriminalizar as condutas de tortura, tráfico de drogas e terrorismo.

Ademais, o art. 5º, XLII, da Constituição é taxativo ao descrever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei”. É inegável que esse dispositivo estabelece um dever de incriminação para condutas tidas como racistas, logo não poderia uma lei adotar diretriz diversa da estabelecida pela Constituição.

Outro exemplo constitucional encontra-se presente no art. 227, §4º: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Com base nesse comando, o legislador deve adotar uma política

---

<sup>144</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado* (schutzpflicht). Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 4/6/2009, p. 5.

<sup>145</sup> SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 110.

<sup>146</sup> Apud PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 132.

rígida em relação a delitos que tenham como vítima a criança e o adolescente, não sendo admitidas penas brandas que culminassem em um sentimento de impunidade.

Por fim, tanto a proibição do excesso quanto a proibição da insuficiência são limites ao legislador e aos órgãos estatais, havendo um ponto em comum entre eles, no que tange aos resultados, o máximo que se exige para o excesso é o mínimo que se exige para a insuficiência.<sup>147</sup>

## 2.4 Considerações finais

A concepção atualmente adotada define a Constituição como detentora de força normativa, dirigente, programática e compromissária. Em síntese, a Constituição é norma superior que erradia seus preceitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando normas inferiores e deve ser efetivada pelos poderes públicos.

Em relação ao conceito atual de Estado, não pode mais ser visto somente sob o prisma liberal-individualista, de Estado-opressor; hoje é considerado Estado-realizador de direitos, preocupa-se com a coletividade e busca proteger tanto bens individuais como bens coletivos, portanto, não é mais um inimigo.

No que tange à definição de bem jurídico, é papel da Constituição determinar quais são os bens jurídicos mais relevantes dentro de uma sociedade, bens jurídicos que podem ser de cunho individual ou coletivo. Nesse sentido, o Direito Penal se submete aos preceitos constitucionais, devendo proteger tanto bens individuais quanto bens coletivos, sempre atento à lesividade de cada conduta.

Os bens jurídicos fundamentais, assim definidos pela Constituição e de grande relevância para o Direito Penal (ramo do Direito destinado à tutela dos bens jurídicos mais relevantes), devem sempre ser levados em consideração e, em caso de conflito, não se pode sobrepor um em relação ao outro, sendo o meio correto para a solução do conflito a ponderação de valores.

---

<sup>147</sup> SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 110.

Não se pode olvidar a relevância dos princípios aqui conflitantes, trata-se de dois princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, de um lado a soberania e de outro a dignidade da pessoa humana. Desta feita, como *mandamentos de otimização*, admitem ponderações, sempre observando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Conseqüentemente, princípio da proporcionalidade, por intermédio de seu viés positivo e negativo, é o meio adequado para se analisar a qualidade da proteção despendida a determinado bem jurídico.

Por meio dessas premissas, conclui-se não haver liberdade plena para o legislador ao criar determinada lei, deve sempre estar atento aos preceitos constitucionais e aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sempre em busca de um equilíbrio na proteção de bens individuais e coletivos.

Com isso, extrai-se do texto constitucional um comando ao legislador que o obriga a formular meios de maneira a proteger adequadamente os bens constitucionalmente protegidos. Dessa forma, surge um dever de retirar meios excessivos e um dever de criar meios adequados de combate a condutas atentatórias a bens constitucionais. Existe, portanto, uma obrigação de coerência na proteção de bens jurídicos dentro do sistema como um todo, não podendo o legislador cometer contradições.

É prerrogativa do intérprete, por meio de métodos e princípios interpretativos, zelar pela unidade do sistema. Em caso de incoerência sistêmica, cabe ao julgador resolver os equívocos cometidos pelo legislador, buscando sempre a preservação da unidade do sistema e de proteção a bens jurídicos. O meio hábil para a solução desses equívocos é o controle de constitucionalidade, seja em relação a um caso concreto ou em abstrato.

Arrematando, o limite máximo exigível para a proibição de excessos na proteção de bens jurídicos é o limite mínimo que se exige dos poderes públicos para a proibição da proteção insuficiente. Dessa forma, não são admitidas posições extremistas, deve-se sempre ponderar valores, jamais excluir um em detrimento de outro ao se editar uma norma em abstrato.

Postas estas explanações, ingressa-se na análise da norma em si, elencado os argumentos favoráveis e contrários a sua adoção no sistema jurídico pátrio, destacando, ainda, como este instituto em exame é tratado no direito comparado.

### 3 ANÁLISE DA LEI

No que tange a este assunto, não existem grandes obras a respeito. A literatura especializada sobre o tema é proveniente basicamente de artigos esparsos e documentos eletrônicos. Desta forma, não é o intuito aqui exaurir a matéria, mas tão somente contribuir com novos pontos de vista e perspectivas que possibilitem uma melhor compreensão do tema. Para tanto, objetiva-se, por meio de uma visão garantista, colacionar os principais argumentos, favoráveis<sup>148</sup> e contrários<sup>149</sup>, a adoção deste tipo específico de norma.

<sup>148</sup> Pela **constitucionalidade** da Lei nº 9.614/98 Cf.: **Tese Doutorado**: Nascimento, Durbens Martins. *Projeto Calha Norte: Política de defesa nacional e segurança hemisférica na governança contemporânea*. Belém, 2005. 337 f. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará.

**Monografias**: FARIAS, Andrew Fernandes. *Análise da constitucionalidade do tiro de destruição: soberania x dignidade humana*. Brasília, 2009. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Centro Universitário do Distrito Federal. – GUERRA, Guilherme Paes. *A lei que autoriza o abate de aeronaves frente aos direitos fundamentais na constituição*. 2008. 59 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Presidente Prudente, São Paulo. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/781/756>>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

**Artigos**: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. In: *Revista de informação legislativa*, v.45, n.180, p.7-15, out./dez., 2008. – CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande. *Lei do abate: necessidade ou terrorismo?* Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), v. 4, n.2, p.17-25, jul./dez., 2003 – FAGUNDES, João Batista. Improriedades do decreto nº 5.144, de 16/07/2004 - tiro de abate. *Revista Aeronáutica / Clube da Aeronáutica*, n. 267, p.28-32, dez./fev., 2008/2009.

**Documentos eletrônicos**: FERREIRA, Milene Rcoha. *A Constitucionalidade da Lei 9.614/98 (Lei do Abate)*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1046>>. Acesso em: 15 abril 2010.

**Livros**: JAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Günter Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

<sup>149</sup> Pela **inconstitucionalidade** da Lei nº 9.614/98 Cf.:

**Artigos**: FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Aspectos jurídicos das forças armadas na interceptação e no abate de aeronaves: a lei do tiro de destruição. *Revista do Ministério Público Militar*, n.20, p.71-91, nov., 2007. – GUIMARÃES, Ana Lúcia Ceolotto. A quem interessa a "Lei do Abate"? *Boletim Ibccrim*, v.13, n.156, p.16-17, nov., 2005. – MAGALHÃES, Bruno Barata. "Lei do abate" e a pena de morte no Brasil - análise da constitucionalidade da lei federal n. 9.614/98. In: *ADV Advocacia dinâmica: boletim informativo semanal*, v.29, n.27, p.492-491, jul., 2009. – VIEIRA, José Ribas (org.). *Constituição e estado de segurança: nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Curitiba: Juruá, 2008.

**Documentos eletrônicos**: ASSIS, Jorge César de. *Interceptação e abate de aeronave: considerações sobre a lei Nº 9.614, de 05.03.1998*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9vf01PJAthgJ:www.cesdim.org.br/arquivo/29.doc+Jorge+C%C3%A9sar+de+Assis+lei+do+abate&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em:

Busca-se aqui, analisar a constitucionalidade do “tiro de destruição”; implantado pela Lei nº 9.614<sup>150</sup>, de 05.03.1998 – denominada de lei do abate –, e regulamentado pelo Decreto nº 5.144<sup>151</sup>, de 16.07.2004; que prevê a possibilidade de se abater aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.

Esta lei modificou o conteúdo do §2º do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA)<sup>152</sup>, permitindo, conforme exposto, a introdução da medida permissiva do abate de aeronaves. Com isto, outorgou competência para o uso desta medida a Força Aérea Brasileira, detentora da missão constitucional de manter a soberania no espaço aéreo nacional com vistas à defesa da pátria.

Para maior aprofundamento sobre a constitucionalidade da medida, cogente compreender o contexto histórico que culminou na gênese deste instituto.

### 3.1 Contexto histórico

Historicamente o Brasil concentrou sua política de defesa nacional ao sul, face às tensões com a Argentina. Contudo, esta tensão se mostra mitigada, em virtude dos tratados bilaterais e políticas de integração regional.

Diante desta concentração de suas forças ao sul do país, a região Amazônia permaneceu esquecida pelos poderes públicos, negligenciando-se quanto a sua vigília e proteção. Em face desta omissão, a região norte do Brasil se tornou alvo de várias transgressões: tráfico de drogas, armas, biodiversidade etc, perpetradas pelos mais variados meios, mas principalmente pela via aérea.

---

15 abril 2010. – CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei do Abate. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8622>>. Acesso em: 15 abril 2010. – GOMES, Luiz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010. – QUEIROZ, Paulo. *Seriam as leis inúteis?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/15842>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

**Livros:** ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Coleção Pensamento Criminológico, vol. 14).

<sup>150</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9614.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9614.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

<sup>151</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

<sup>152</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

Fixando-se especificamente no narcotráfico – ponto que constantemente permeia esta discussão, por estar expressamente no texto do Decreto<sup>153</sup>. É notório que esta prática representa um grande desafio para a maioria dos Estados. Especialmente para o Brasil, o Diretor-Geral da polícia federal, em 1999, revelou à Comissão Parlamentar de Inquérito que cerca de 2.300 cruzaram o espaço aéreo do Brasil transportando 400 toneladas de cocaína.<sup>154</sup>

Ademais, destaca-se que até a edição do Decreto nº 5.144 eram registrados mensalmente cerca de 300 invasões aéreas somente na fronteira do Brasil com o Paraguai.<sup>155</sup> Só com estes dados, já justifica a concessão de meios eficazes de combate a este tipo de violações.

Cabe salientar que muito se discute, em âmbito internacional, acerca da legitimidade de algum país exercer soberania sobre a Amazônia. Vários Chefes de Estado de países estrangeiros já declararam expressamente interesse em sua internacionalização. Este interesse mostra-se conveniente diante das jazidas de minérios (nióbio 88% das reservas mundiais, estanho – 31% e ferro 15,03%), 30% da biodiversidade e a maior reserva de água doce do planeta.<sup>156</sup>

Destarte, tendo em vista os acontecimentos narrados, a Amazônia firmou-se como o principal foco das preocupações militares com a defesa nacional e a defesa interna no Brasil. Podem-se identificar algumas evidências dessa preocupação: 1) definição da Amazônia como prioridade da Política de Defesa Nacional; 2) existência de dois megaprojetos voltados para a Amazônia (SIVAM e Calha Norte); 3) hipóteses atuais de guerra do Exército, que se dividem em guerra na região amazônica e fora da região amazônica; entre outras.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> O Decreto nº 5.144 “regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou **suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.**” (destacamos)

<sup>154</sup> CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande. *Lei do abate: necessidade ou terrorismo?* Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), v. 4, n.2, p.17-25, jul./dez., 2003, p. 25.

<sup>155</sup> Sivam: Sindicato dos Jornalistas do DF acusa FHC de omissão. Consultor Jurídico. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2002-out-07/sindicato\\_apresenta\\_representacao\\_fhc\\_pgr](http://www.conjur.com.br/2002-out-07/sindicato_apresenta_representacao_fhc_pgr)>. Acesso em: 09 fev. 2010.

<sup>156</sup> CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande. *Lei do abate: necessidade ou terrorismo?* Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), v. 4, n.2, p.17-25, jul./dez., 2003, p. 18.

<sup>157</sup> FAPESP. Disponível em: <<http://www.bv.fapesp.br/projetos-regulares/4321/forcas-armadas-defesa-amazonia/>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

O projeto SIVAM (Sistema de Vigilância da Amazônia) – composto de um conjunto de radares, sensores, estações de recepção de dados de satélite, aviões de combate e plataformas eletrônicas aerotransportadas – inaugurado em 25 de julho de 2002<sup>158</sup>, tornou possível a criação do CINDACTA IV (Quarto Centro Integrado de Defesa e Controle de Tráfego Aéreo), iniciando suas atividades no dia 1º de janeiro de 2006<sup>159</sup>.

O CINDACTA IV permitiu ao Brasil demonstrar ao mundo sua capacidade de segurança do espaço aéreo sobrejacente da Amazônia, pois seus radares controlam e fazem a vigilância de todo o espaço aéreo da Amazônia Legal.<sup>160</sup> Por meio dele foi possível comprovar que as principais rotas de entrada de drogas ilícitas em Território Brasileiro ocorreram por via aérea, em aeronaves de pequeno porte, oriundas das regiões reconhecidamente produtoras dessas substâncias.

Somente com a implantação do SIVAM, pode-se ter a real dimensão das violações sofridas pelo Brasil em seu espaço aéreo. Esta região se apresentava como “rota segura e aberta” para violação da soberania. Contudo, mesmo após tomar conhecimento destas violações, a Aeronáutica se viu impossibilitada de combatê-las, tendo em vista a falta previsão legal de medidas adequadas a coibir este tipo de prática.<sup>161</sup>

Com isso, a Força Aérea Brasileira foi ridicularizada por várias vezes ao interceptar aeronaves que se valiam dessa brecha legal. Desta maneira, os invasores não reconheciam a soberania da República Federativa do Brasil e tripudiavam da autoridade brasileira.

Como resposta a estes fatos históricos, altamente embasados em dados estatísticos, se editou a “Lei do Abate” para permitir a utilização do “tiro de destruição”, unicamente com o intuito de se preservar a soberania nacional.

---

<sup>158</sup> UNICAMP. Disponível em: <[http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/agosto2003/ju226pg12.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/agosto2003/ju226pg12.html)>. Acesso em: 05 fev. 2010.

<sup>159</sup> MINISTÉRIO DA DEFESA. Departamento de Controle Aéreo. Disponível em: <<http://www.decea.gov.br/unidades/cindacta-iv/>> Acesso em: 05 fev. 2010.

<sup>160</sup> MINISTÉRIO DA DEFESA. Departamento de Controle Aéreo. Disponível em: <<http://www.decea.gov.br/unidades/cindacta-iv/>> Acesso em: 09 fev. 2010.

<sup>161</sup> Defende-se aqui a utilização da teoria dos poderes implícitos, tratada no tópico 1.2.5, a qual permitiria a aplicação de medidas, por parte da aeronáutica, mesmo diante da falta de previsão legal, já que a constituição implicitamente teria fornecido os meios para que a força aérea cumprisse a sua missão constitucional de defesa da soberania nacional.

Diante desta conjuntura, insustentável para um Estado Soberano, o Poder Legislativo aprovou a Lei nº 9.614/98, concedendo os meios para que a FAB, cumprisse, de forma efetiva, seu dever constitucional de proteção do espaço aéreo nacional.

Portanto, o espaço aéreo desta região, só agora, está devidamente monitorado e controlado pela Força Aérea Brasileira que, com o advento da Lei nº 9.614/98 permitindo o uso de medidas eficazes a inibir qualquer forma de violação, encontra-se idoneamente protegido.

### **3.2 Procedimento de interceptação de aeronaves**

Como exposto, o espaço aéreo nacional durante um longo período encontrava-se em sua grande parte desprotegido, isto é, sem nenhuma fiscalização ou meio eficaz de dissuadir qualquer forma de violação a soberania nacional. Desta forma, apresentava-se como “terra sem lei”, propiciando a prática dos mais variados ilícitos.

Embora dispusesse de todos os meios necessários para a fiscalização e monitoramento do espaço aéreo nacional, a FAB, antes da Lei nº 9.614/98 (Lei do Abate), encontrava-se sem resguardo legal para tomar as medidas necessárias à defesa da Pátria – seu fim constitucional.

Os meios coercitivos até então disponíveis se mostraram ineficazes para intimidar o infrator da soberania nacional. Frente a este quadro de impotência por falta de medidas eficazes e com o intuito de se preservar o soberania brasileira, foi editada a Lei nº 9.614/98, concedendo a FAB os meios necessários para o desempenho de seu mister constitucional de proteção do espaço aéreo nacional.

Esta lei modificou o §2º do art. 303 da CBA para assim dispor:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:  
I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;  
II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;  
III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21)<sup>162</sup>;

V - para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

**§ 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.** (destacamos).<sup>163</sup>

Certamente é uma lei curta, com poucas alterações, mas de grande impacto prático dentro do ordenamento jurídico; tendo em vista que possibilitou, por meios legais, ao Estado brasileiro o uso de mecanismo – tiro de destruição –, para a efetiva preservação da ordem pública e soberania brasileira.

Em que pese o advento da lei, possibilitando a medida de destruição da aeronave depois de esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, este instituto permanecia em desuso por falta de regulamentação do procedimento. Destaca-se que “em muitas situações, apesar de ter-se chegado ao tiro de advertência, houve completa desobediência às ordens emitidas pela autoridade, caracterizando-se situação similar à resistência à prisão.”<sup>164</sup>

Somente em 2004, com o Decreto nº 5.144/2004, o art. 303, §2º do CBA passou a ser disciplinado, regulando-se, assim, o procedimento do tiro de destruição. Este Decreto, observando os ditames constitucionais, estabelece um procedimento rígido e cria elementos dissuasórios idôneos e indispensáveis ao policiamento do espaço aéreo brasileiro.

Imperioso destacar que o referido Decreto é fruto de uma série de intercâmbios com países vizinhos, com o fito de integrar os procedimentos de interceptação aérea e, com isto, minimizar riscos de equívocos. Foram ouvidos ainda outros países interessados no tema, dessa forma, a entrada em vigor da regulamentação não gerará sanções para o Brasil.

---

<sup>162</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2010.

<sup>163</sup> Parágrafo único. O porte de aparelhos fotográficos, cinematográficos, eletrônicos ou nucleares, a bordo de aeronave, poderá ser impedido quando a segurança da navegação aérea ou o interesse público assim o exigir.

<sup>164</sup> Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/portal/capa/index.php?page=leidoabate>> Acesso em: 09 fev. 2009.

O Decreto cinge-se a “aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública”.<sup>165</sup> Mas quais seriam as aeronaves classificadas como hostis?

De acordo com a legislação pátria uma aeronave pode ser classificada de três formas: normal, suspeita e hostil.

A suspeição da aeronave pode decorrer de duas situações: 1) quando a aeronave adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente ligadas à produção e distribuição de drogas ilícitas; ou 2) quando a aeronave omitir informações necessárias à sua identificação ou não cumprir determinações das autoridades em caso de rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.<sup>166</sup>

Acionadas pelo Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA) sobre a possibilidade de uma aeronave se enquadrar em uma das hipóteses do art. 2º do Decreto (aeronave suspeita), aeronaves de interceptação da FAB sairão em busca da aeronave suspeita.

Após confirmada a suspeição da aeronave, esta estará sujeita a três tipos de medidas coercitivas, aplicadas de forma progressiva, passando-se a medida posterior sempre que a anterior não obtiver êxito (art. 3º do Decreto nº 5.144/2004).<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> Cfr. O art. 1º, do Decreto nº 5.144: “regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne **às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.**” (**destacamos**), disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2010.

<sup>166</sup> V. O art. 2º, do Decreto nº 5.144: “Para fins deste Decreto, é **considerada aeronave suspeita** de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações: I - adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.” (**destacamos**), disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2010.

<sup>167</sup> Art. 3º “As aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais.”

Basicamente, o roteiro a ser seguido para a interceptação da aeronave classificada como suspeita é o seguinte: averiguação, intervenção e persuasão. Caso a aeronave suspeita se recuse a atender estes procedimentos coercitivos progressivos, será classificada como hostil, e submetida ao tiro de destruição.

A medida de averiguação visa à identificação da aeronave e seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada (art. 3º, § 1º, Decreto 5.144/2004). Transcreve-se do site oficial da FAB o procedimento de averiguação:

- 1) **Reconhecimento à Distância:** ocasião em que os pilotos da aeronave de interceptação, de uma posição discreta, sem serem percebidos, fotografam a aeronave interceptada e colhem informações de matrícula, tipo de aeronave, nível de vôo, proa e características marcantes;
- 2) **Confirmação da Matrícula:** ocorre quando as informações são transmitidas para a Autoridade de Defesa Aeroespacial, que entrará no sistema informatizado do Departamento de Aviação Civil (DAC) para verificar se a matrícula corresponde ao tipo de aeronave, o nome de seu proprietário, endereço, dados de identificação, validade do certificado de aeronavegabilidade, nome do piloto que normalmente a opera, licença, validade de exame médico, dados de qualificação e de localização, etc. Caso a aeronave esteja em situação regular, será realizado apenas o acompanhamento;
- 3) **Interrogação na frequência** internacional de emergência: de 121.5 ou 243 MHz, iniciando pela de VHF 121.5 MHz, que é mostrada, através de uma placa, à aeronave interceptada pelo piloto do avião de Defesa Aérea, após ter estabelecido com ela contato visual próximo;
- 4) **Realização de sinais visuais:** de acordo com as regras estabelecidas internacionalmente e de conhecimento obrigatório por todo aeronavegante.<sup>168</sup>

Restando infrutífero as medidas de averiguação, diante da omissão do piloto da aeronave considerada suspeita, procedem-se ao segundo nível de medidas coercitivas, quais sejam, às medidas de intervenção, que correspondem à execução de dois procedimentos (art. 3º, § 2º, Decreto 5.144/2004):

- 5) **mudança de rota:** determinada pela aeronave de interceptação, tanto pelo rádio, em todas as frequências disponíveis, quanto por intermédio dos sinais visuais previstos nas normas internacionais e de conhecimento obrigatório;
- 6) **pouso obrigatório:** também determinado pela aeronave interceptadora de forma semelhante à tarefa anterior.<sup>169</sup>

Frustradas as medidas de intervenção, ingressa-se no terceiro nível de medidas coercitivas, consistente na realização de disparos com munição traçante.

---

<sup>168</sup> Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/portal/capa/index.php?page=leidoabate>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

<sup>169</sup> Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/portal/capa/index.php?page=leidoabate>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

Neste último nível encontram-se dois procedimentos: o tiro de advertência e o tiro de destruição.

7) **Tiro de advertência**: sétima medida a ser tomada, caracteriza-se pela realização de disparos de advertência, valendo-se de munição traçante, proferidos pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas (art. 3º, § 3º, Decreto 5.144/2004).<sup>170</sup>

Por fim, encerrando-se esse rígido procedimento, a oitava e tão debatida medida coercitiva – tiro de destruição –, será empregada quando não atendidos os procedimentos coercitivos descritos anteriormente, deste modo, a aeronave será classificada como hostil e estará sujeita à medida de destruição. (art. 4º, Decreto 5.144/2004).<sup>171</sup>

8) **Tiro de destruição**: é uma medida coercitiva na qual são realizados disparos de pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil – transgressora das demais medidas (art. 5º, Decreto 5.144/2004).<sup>172</sup>

Contudo, a medida de destruição, por possuir consequências drásticas, deve observar, necessariamente, algumas condições previstas no art. 6º, Decreto nº 5.144/2004. Estas condições são mais uma cautela, gerando maior grau de confiabilidade na medida e alinhando-a aos preceitos constitucionais; só assim, concede-se a este instrumento legal a necessária agilidade que a realidade dos fatos nos impõe. Transcreve-se o art. 6:

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - **emprego dos meios sob controle operacional do Comando** de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA;

---

<sup>170</sup> Art. 3º, § 3º “As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.”

<sup>171</sup> Art. 4º “A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.”

<sup>172</sup> Art. 5º “A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.”

II - **registro em gravação** das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por **pilotos e controladores** de Defesa Aérea **qualificados**, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

IV - **execução sobre áreas não densamente povoadas** e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e

V - **autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada. (destacamos)**<sup>173</sup>

Destarte, extrai-se do dispositivo que tanto os radares quanto as aeronaves de interceptação envolvidas no policiamento do espaço aéreo deverão ter seu controle operacional centralizado nas autoridades de defesa aérea brasileira, justamente para minimizar possíveis erros.

Frisa-se, que para a adoção da medida de destruição são competentes as mais altas autoridades de Defesa, o presidente da República ou autoridade por ele delegada. Não cabe ao piloto tal decisão e sim a autoridade, desta forma esta autoridade é que detém o controle de toda a dinâmica e, por consequência, é ela a responsável pelas consequências (art. 303, §3º, do CBA).<sup>174</sup>

Ademais, trata-se de um procedimento integralmente registrado por meio de gravação sonora e/ou visual, conferindo a devida transparência e publicidade ao ato praticado por estas autoridades públicas. Dessa forma, pode-se identificar se houve ou não excesso por parte dos agentes públicos envolvidos no episódio.

Atenta-se, ainda, para a qualificação específica exigida dos pilotos e controladores envolvidos no procedimento, os quais recebem o devido treinamento para a execução desses procedimentos. Releva notar, a imposição, na forma do art. 9º, Decreto nº 5.144/2004, de avaliação periódica dos procedimentos previstos no Decreto com vistas ao seu aprimoramento.<sup>175</sup>

Portanto, conforme mencionado, são oito procedimentos a serem seguidos pelas autoridades de defesa aérea. Somente após infringidos os sete procedimentos iniciais é que a aeronave será considerada hostil, estando sujeita à medida de destruição. Cumpre salientar, que a medida de destruição consiste na realização de

---

<sup>173</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

<sup>174</sup> Art. 303, §3º “A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.”

<sup>175</sup> Art. 9º “Os procedimentos previstos neste Decreto deverão ser objeto de avaliação periódica, com vistas ao seu aprimoramento.”

disparos contra a aeronave hostil e tem como única finalidade provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave transgressora.

Nota-se que este mecanismo do tiro de destruição se apresenta como cauteloso, subsidiário, mas extremamente necessário, para a efetiva preservação da soberania brasileira. **Cauteloso**, tendo em vista a rigidez e detalhamento dos procedimentos a serem seguidos; **subsidiário**, pois só é adotada em caso de desobediência das demais medidas; **necessário**, pois é a única medida capaz de interromper o ato contínuo de lesão à soberania.

Feitas estas considerações, conclui-se que a virtude do o decreto é regular de maneira pormenorizada, prudente e clara, quais as hipóteses em que uma aeronave poderá sofrer intervenção, tudo isto com vistas a minorar ou mesmo impossibilitar possíveis equívocos na adoção desta medida coercitiva. É possível sintetizar o procedimento com o seguinte esquema:

Situação da aeronave	Nível de medida	Procedimentos
Normal	Situação de Normalidade	Verificação das condições de vôo da aeronave.
Suspeita	Medidas de Averiguação	1) Reconhecimento à Distância; 2) Confirmação de Matrícula; 3) Contato por Rádio na Frequência de Emergência; 4) Sinais Visuais.
	Medidas de Intervenção	5) Mudança de rota; 6) Pouso Obrigatório.
	Medidas de Persuasão	7) Tiros de Advertência.
Hostil	Medidas de Destruição	8) Tiro de Destruição

Fonte: Retirada do sítio <<http://www.fab.mil.br/portal/capa/index.php?page=leidoabate>>. Acesso em: 10 fev. 2010

Concluindo este tópico, cabe lembrar a finalidade do tiro de destruição, positivada no art. 5º do Decreto 5.144/2004. Outrossim, transcreve-se o dispositivo:

Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, **com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.** (destacamos).<sup>176</sup>

<sup>176</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2010.

Pela inteligência deste preceito, estanca-se qualquer dúvida quanto à finalidade da Lei nº 9.614/98 e do Decreto 5.144/2004, que possuem como único objetivo impedir o prosseguimento do voo da aeronave considerada hostil.

Desta feita, “tiro de destruição” é uma expressão equivocada, com ela transmite-se a sensação de extermínio do agente infrator, o que na verdade não é o intuito da lei. A lei tem como única finalidade forçar o pouso da aeronave hostil, tanto o é, que não se utilizam armas com autopotencial destrutivo, mas sim as necessárias – rajadas de metralhadora – para provocar danos suficientemente capazes de inviabilizar um voo de longa duração.

Exposto o contexto histórico, que culminou na incorporação da medida permissiva do abate de aeronaves ao ordenamento jurídico pátrio; e explanados o texto legal, o procedimento antecedente a adoção da medida e a finalidade do instituto, parte-se para um exame panorâmico de medidas assemelhadas adotadas em outros ordenamentos jurídicos.

Dessa forma, ingressa-se numa breve análise de normas que permitem o abate de aeronaves no direito comparado.

### **3.3 Direito comparado**

Dentro deste tópico será analisada a legislação de três países democráticos e que admitem o abate de aeronaves. Cabe destacar que os motivos para adoção deste tipo de medida variam de país para país.

De forma precípua, é fundamental trazer à tona as razões que influenciaram os Estados Unidos a criar uma lei permitindo a medida de destruição. Este estudo se torna relevante frente à influência exercida por este país em todo o globo.

Basicamente são duas as razões que deram ensejo a esta legislação nos Estados Unidos: o combate ao tráfico internacional de drogas e o ataque terrorista ocorrido em 11 de setembro de 2001.

Em relação ao combate de drogas, os Estados Unidos celebraram, em 1994, acordo com o Peru para viabilizar o abate de aeronaves em território peruano, tendo em vista ser a via aérea o principal caminho da droga rumo aos Estados Unidos. Contudo, em 20 de abril de 2001, a Força Aérea Peruana abateu uma aeronave na

qual viajava uma missionária norte-americana com sua filha, fato este motivador da suspensão da lei. Releva notar que, enquanto esteve em vigor, a norma contribuiu para reduzir drasticamente as invasões por via aérea naquele país.<sup>177</sup>

No mesmo ano de 2001, os Estados Unidos voltaram atrás em sua decisão de suspender os decretos legislativos que autorizavam o abate de aeronaves. Isso ocorreu por conta dos ataques terroristas ocorridos em 11 de setembro, revelando ao governo norte-americano a necessidade de agilidade na tomada de decisões e disposição de meios eficazes para se evitar a ocorrência de ilícitos por meio do espaço aéreo.

Após estes fatos, os Estados Unidos voltaram a fomentar a adoção de medidas semelhantes na América do Sul, com vistas a combater o tráfico ilícito de drogas. Com isso, Brasil, Colômbia e Peru passaram a regulamentar suas leis acerca do assunto.

Por motivos outros o Reino Unido adotou este tipo de legislação. Este país não possui dimensões continentais como Estados Unidos e Brasil, não sofreu qualquer tentativa de ataque terrorista por via aérea em seu país e seu espaço aéreo não constitui rota para o tráfico de drogas.

O Reino Unido possui uma história marcada por conflitos bélicos e foi justamente por isto que, no decorrer da Guerra Fria, diante das ameaças constantes da União soviética, se adotou a lei do abate naquele país. Finda a Guerra Fria este Estado manteve sua legislação, mas agora com a finalidade de combate ao terrorismo.<sup>178</sup>

Postas estas explicações, é da maior importância trazer à baila a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a inconstitucionalidade da lei que permitia o abate de aeronaves em seu país.

---

<sup>177</sup> CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande. *Lei do abate: necessidade ou terrorismo?* Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), v. 4, n.2, p.17-25, jul./dez., 2003, p. 23.

<sup>178</sup> CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande. *Lei do abate: necessidade ou terrorismo?* Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), v. 4, n.2, p.17-25, jul./dez., 2003, p. 23.

### 3.3.1 A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a Lei do Abate<sup>179</sup>

De forma precípua, deve-se ter em mente que na hipótese se aplica o instituto do *distinguishing*, visto ser o fato sob análise distinto e em sua apreciação não cabe a aplicação do precedente alemão. Este instituto pode ser invocado na comparação entre o exame realizado pelo Tribunal Alemão acerca da norma que permitia o abate de aeronaves naquele país e a norma regente deste instituto no Brasil, vez que são normas com denominação igual na comunidade jurídica, mas completamente distintas em seu texto e com fundamentos variados.

A Alemanha de hoje apresenta um dos menores índices de criminalidade por habitante do mundo, tem um alto grau de respeitabilidade de suas normas, instituições fortes, pequeno espaço territorial e praticamente nenhuma invasão em seu espaço aéreo. Com isso, parte-se da premissa que a lei alemã se funda em razões e contextos histórico-culturais totalmente distintos da realidade brasileira, admitindo o abate de aeronaves em situações diametralmente opostas às positivadas na lei brasileira. Posto isto, passa-se a análise da legislação deste país.

Após 11 de setembro de 2001, a Alemanha, assim como a maioria dos países, experimentou um expressivo aumento nas legislações de segurança. Foram elaboradas diversas leis com a finalidade de aprimorar a segurança no país. A maioria dos atos legislativos cerceavam liberdades civis em nome da segurança. Entre estes atos legislativos emanados está a Lei de Segurança de Transporte Aéreo, editada pelo Bundestag em junho de 2004.

Esta lei entrou em vigor na data de 15.05.2005 e reorganizou e conferiu novas competências às agências de segurança. Em seu §14, a lei conferiu ao ministro da Defesa poderes para ordenar o abate de um avião com passageiros caso se pudesse presumir que a aeronave fosse utilizada para atentar contra a vida de outros e que somente esse abate fosse o único modo de prevenir tal perigo iminente.

Nessa esteira, permitia-se o abate do avião, caso não houvesse outra possibilidade de solucionar a situação. Esta medida teve grande repercussão entre a

---

<sup>179</sup> VIEIRA, José Ribas (org.). *Constituição e estado de segurança: nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 77-96.

sociedade e a comunidade jurídica, sendo levada ao judiciário que proferiu resposta na data de 15.02.2006, declarando como inconstitucional a norma.

De acordo com a Corte Alemã, causar a morte deliberada de **pessoas inocentes** devido ao abate de aviões viola o direito fundamental à vida, conforme a Lei Básica. Esta é a essência da decisão, a qual pode ser dividida em três partes.

Em um primeiro momento, o tribunal debateu acerca da competência para a adoção da medida. Encontrava-se em conflito dois poderes, de um lado a União, no comando das forças armadas que geralmente não podem ser utilizadas no âmbito doméstico; e de outro os entes da Federação, detentores da missão legal de garantir a segurança pública.

Frente a esta atribuição de competências a questão se tornou complexa: cabe à União a defesa de ataques externos (leia-se aeronaves militares), possuindo para tanto os meios necessários (aeronaves de combate); já a defesa no que tange a segurança pública (ataque em aeronaves civis estariam aqui inseridos) compete aos entes da Federação, que não dispõem dos recursos militares para abater uma aeronave.

Durante o processo legislativo foram utilizados dois argumentos para conferir às Forças Armadas a competência para agir contra uma aeronave civil. O primeiro foi ampliar o alcance do termo “defesa” insculpido no art. 87-A da Lei Básica, o qual não deve se restringir a ataques de Forças Armadas, incluindo-se assim, ataques terroristas. Outro argumento utilizado gira em torno do art. 35 da Lei básica, o qual prevê a possibilidade de a União assistir os Estados em caso de desastres naturais ou acidentes graves.

O Tribunal Alemão afastou esses dois argumentos alegando que nem à União nem aos entes federados se conferem poderes adicionais. Dessa forma, só é permitido, naquele país, o uso de força militar contra ataques militares.

No Brasil a solução para este problema poderia se dar de forma diferente, tendo em vista que a nossa Constituição confere, em seu art. 142, competência para que as Forças Armadas atuem na garantia da lei e da ordem. Diferentemente das outras duas principais missões das Forças armadas (defesa da pátria e garantia dos poderes constitucionais), a garantia da lei e da ordem não exige uma situação de anormalidade.

Dessa forma, as Forças armadas no Brasil podem ser empregadas em situações ordinárias e, para tanto, não requer a decretação de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio. No entanto, sua utilização na defesa da lei e da ordem deve se dar de forma subsidiária, conforme a Lei Complementar nº 97, de 9 de julho de 1999, que disciplina o emprego das Forças Armadas nesse particular, autorizando o seu emprego somente após esgotados os órgãos ou instrumentos destinados a preservação da segurança pública, relacionados no art. 144 da Constituição.<sup>180</sup> Conforme a lei, em seu art. 15, §3º:

Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como **indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.** (destacamos)

No caso em tela, envolvendo o abate de aeronaves, com muita tranquilidade se pode alegar que as forças de segurança pública estabelecidas no art. 144 da Constituição (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis estaduais, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares Estaduais) não dispõem de meios capazes de realizar uma interceptação aérea. Com isso, conferiu-se, por meio da Lei nº 9.614 tal competência a aeronáutica, detentora dos meios menos gravosos, mas suficientemente eficazes, para realizar esta missão.

Destarte, esta primeira discussão não necessitaria de grandes debates em nosso país, tendo em vista que a nossa Constituição já disciplina a questão. Ademais, caso não tratasse do assunto, poder-se-ia adotar a teoria dos poderes implícitos, amplamente aceita por nossa Corte Constitucional, conforme já tratado nos tópicos anteriores. Sem mais, ingressa-se em outro ponto do vista discutido no julgamento.

De acordo com a Corte Alemã, a referida lei também maculou o princípio da dignidade da pessoa humana, **por desrespeitar o bem-estar dos passageiros inocentes a bordo da aeronave.** Na visão daquele tribunal, os passageiros inocentes do avião – vítimas dos terroristas –, não podem ser considerados simples parte do avião a ser abatido. O Estado não pode negar proteção a estes indivíduos que são vítimas nas mãos dos terroristas.

---

<sup>180</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. In: *Revista de informação legislativa*, v.45, n.180, p.7-15, out./dez., 2008.

Não se pode olvidar que o referido tribunal realizou algumas ressalvas, dispondo que caso houvesse a bordo da aeronave somente terroristas, estaria autorizado o abate da aeronave, “pois **os ofensores que agiram deliberadamente não podem se beneficiar do direito fundamental à vida nem do princípio da dignidade humana**”.<sup>181</sup>

Vê-se, na decisão daquela Corte grande, prudência em relação ao abate de aeronaves. A preocupação maior é com os passageiros sequestrados, ou seja, não somente com as “vítimas” em solo, mas também com os reféns dentro da aeronave. Este é o principal fundamento para considerar a lei inconstitucional, pois não cabe ao Parlamento o direito de fazer escolhas trágicas, nesse sentido uma lei não pode estabelecer qual vida vale mais, se a de um indivíduo em solo ou a de um indivíduo no ar vítima de terroristas. Essa é a *ratio* principal da decisão do Tribunal Alemão.

Estes argumentos estão em perfeita consonância com as premissas estabelecidas até o momento no presente trabalho, nota-se a inclinação da Corte Alemã em não admitir os direitos fundamentais, entre eles a dignidade humana, como manto protetor para a prática de atos ilícitos. Tanto o é que admite o abate de aeronaves apenas tripuladas por criminosos que se utilizam delas para a prática de ilícitos.

Muito embora tenha se posicionado contra o abate de aeronaves, a Corte Alemã o fez para resguardar a vida dos passageiros inocentes a bordo do avião. É uma situação completamente diversa da existente no Brasil. Aqui não se trata de aviões tripulados por pessoas inocentes, são aviões tripulados unicamente por criminosos que se valem de uma brecha no Estado brasileiro para prática de atos ilícitos.

Criminosos que, não raro, tripudiavam com as autoridades brasileiras, zombando de nosso sistema jurídico e afrontando nossa soberania. Fatos estes, reduzidos drasticamente com o advento da Lei do Abate, impondo uma grave lesão ao crime organizado e restaurando a ordem democrática brasileira, realizando ao máximo os preceitos positivados em nossa Constituição.

---

<sup>181</sup> VIEIRA, José Ribas (org.). *Constituição e estado de segurança: nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 94.

Não menos importante é fazer a distinção entre o objetivo da lei alemã e o objetivo da lei brasileira. Enquanto àquela visa o extermínio de seus tripulantes para resguardo, por mera presunção, da vida dos que estão em terra; esta tem como único objetivo conferir o único meio adequado para interromper a continuidade de um voo ilegal, forçando o pouso forçado da aeronave considerada hostil.

Destarte, a virtude da decisão daquela corte consiste exatamente em não admitir a utilização dos direitos fundamentais para a prática de atos ilícitos, alinhando-se a jurisprudência dominante em nosso país. Expostos os motivos da decisão do Tribunal alemão, não resta dúvida que diante de uma situação fática e de uma legislação como a existente no Brasil, a referida corte teria se pronunciado pela constitucionalidade da norma.

Posto isso, ingressa-se no debate acerca da constitucionalidade da referida lei brasileira, denominada pejorativamente Lei do abate.

### **3.4 Constitucionalidade da Lei do Abate**

Ao ser anunciada, a lei que permite a FAB garantir, de fato, a soberania do espaço aéreo nacional, provocou uma reação exagerada por parte de alguns políticos, jornalistas e doutrinadores que desconhecem o seu real fundamento. Com isso, foi apelidada pejorativamente de “Lei do Abate” e intitulada como marco da positivação da pena de morte no Brasil.

Muito se especulou acerca dessa lei, falou-se em: direito penal do inimigo, retrocesso na defesa de direitos fundamentais, ofensa ao devido processo legal, instituição da pena de morte, lesão à dignidade da pessoa humana etc.

Na doutrina é possível identificar grandes autores contrários à adoção desta lei. Para Luiz Flávio Gomes a lei é inconstitucional por afrontar, principalmente, os princípios “da inviolabilidade do direito à vida, proibição da pena de morte em tempo de paz e devido processo legal”.<sup>182</sup> Princípios estes classificados como cláusulas pétreas, logo, impossível deliberação em sentido contrário.

---

<sup>182</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

No mesmo sentido Alice Bianchini aduz que “O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos configura a função básica do direito penal”.<sup>183</sup> Exaltando a importância do direito à vida, alega que ninguém pode ser privado dela arbitrariamente (de acordo com o art. 4º da CADH).

Paulo Queiroz, discorrendo acerca do Decreto, leciona que “a pena de morte, que sempre existiu entre nós informalmente, passou a contar com o apoio oficial explícito, tudo a revelar quão violento e antidemocrático pode ser o ‘direito democrático’ (...)”.<sup>184</sup> Em conformidade com este entendimento, Ricardo Freitas aduz que “trata-se de autorização legal para a realização de execução sumária por mera suspeita de tráfico de drogas”.<sup>185</sup>

Ainda em defesa da inconstitucionalidade, Bruno Barata Magalhães<sup>186</sup> alerta sobre o possível uso político, movido por interesses pessoais e casuísmos, da medida. Nessa linha de inteligência, Zaffaroni<sup>187</sup> destaca o risco de identificação errônea e, portanto, condenações e penas a inocentes.

Chegou-se ao ponto de encaminhar ao procurador geral da república uma proposta de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) da lei, por “(...) pretender legitimar a destruição de aeronaves suspeitas de servirem ao tráfico ilícito de drogas, e, por consequência, também a própria execução sumária de seus tripulantes”. Nesse sentido, o Decreto teria desprezado os mais mezinhos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Nessa proposta de ADI (conforme se observará, rejeitada pelo procurador geral da república) identificam-se outros argumentos favoráveis à inconstitucionalidade da lei, entre eles: a) inviolabilidade da vida (art. 5º, *caput*); b) proibição da pena de morte em tempo de paz (art. 5º, XLVII, a); c) presunção de inocência (art. 5º, LVII); d) proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII);

---

<sup>183</sup> Apud GOMES, Luiz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

<sup>184</sup> QUEIROZ, Paulo. *Seriam as leis inúteis?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/15842>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

<sup>185</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Aspectos jurídicos das forças armadas na interceptação e no abate de aeronaves: a lei do tiro de destruição. *Revista do Ministério Público Militar*, n.20, p.71-91, nov., 2007.

<sup>186</sup> MAGALHÃES, Bruno Barata. “Lei do abate” e a pena de morte no Brasil - análise da constitucionalidade da lei federal n. 9.614/98. In: ADV Advocacia dinâmica: boletim informativo semanal, v.29, n.27, p.492-491, jul., 2009.

<sup>187</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Coleção Pensamento Criminológico, vol. 14), p. 118-121.

e) devido processo legal (art. 5º); f) prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); g) defesa da paz (art. 4º, VI); h) solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII); i) repúdio ao terrorismo (art. 4º, VII); j) proporcionalidade (art. 5º); l) inviolabilidade da propriedade (art. 5º, *caput*); e m) legalidade.

Contudo, para aqueles que reverberam a inconstitucionalidade da lei, partem de uma análise superficial, demonstrando pleno desconhecimento da lei e do próprio procedimento antecedente a medida coercitiva.

Alegam ser a medida excessiva, exacerbada ou imoderada, mas baseiam-se em alegações vagas e sem fundamentos sólidos, não usam nenhum método científico na análise e esquecem completamente das regras e princípios que regem a atividade interpretativa. Dessa forma, fundamentam suas conclusões em premissas falsas ou superficiais.

Com a devida vênia, aplicar-se-á a nova hermenêutica constitucional com o fito de encontrar uma solução constitucionalmente ideal, com a qual não haverá sacrifício dos bens jurídicos envolvidos, buscando-se sempre a harmonização do ordenamento jurídico como um todo.

### **3.4.1 Princípio da proporcionalidade e o tiro de destruição**

Parte-se aqui de um caso hipotético: suponha-se que uma aeronave hostil insista em relutar às ordens das autoridades aeronáuticas, depois de satisfeitos todos os procedimentos legais, restando apenas à medida de destruição.

Frente a esta hipótese, relembra-se que o objetivo dos direitos e garantias fundamentais - dentre eles o direito à vida - não é servir como manto protetor para a prática de ilícitos. Em verdade são instrumentos de defesa do indivíduo contra o arbítrio estatal, e não ferramentas para que ilícitos sejam realizados.

De acordo com Roxin<sup>188</sup>, a eficácia de uma norma penal depende da sua utilidade para a proteção de bens jurídicos e que a norma penal “desproporcional” é ineficaz (inválida). Mas questiona-se, esta medida coercitiva que permite o abate de aeronaves em voo é realmente excessiva?

---

<sup>188</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

A resposta a esta indagação está diretamente relacionada ao princípio da proporcionalidade. Dessa forma, passa-se a análise da medida a partir dos subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A exigência de **adequação** é a viabilidade de alcançar o fim almejado por determinado meio. A finalidade da norma consiste em “impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil”. Aqui se interpela: o meio (tiro de destruição) promove o fim (impedir a continuação do voo)? A resposta só pode ser positiva, vez que os projéteis são capazes de provocar danos suficientes para forçar o pouso da aeronave.

Em relação à **necessidade**, como opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição, deve-se perguntar se não há outro meio menos lesivo aos direitos fundamentais? De certo que não, pois devido às circunstâncias fáticas, a única maneira existente de se interromper o voo de uma aeronave é provocando avarias em sua estrutura. É, sem a menor dúvida, uma situação impar. Aeronaves não podem ter seus “pneus furados”, ou sofrer um “bloqueio de estrada”, como ocorre com os veículos automotores.

Cumprido ressaltar, que a medida é a menos danosa possível. Reitera-se aqui o equívoco na adoção do termo “tiro de destruição”, pois se o intuito fosse destruir a aeronave, poderia a FAB fazer uso de mísseis, muito mais eficazes para esse fim. Contudo, não é este o intuito da lei, ela tem a finalidade de forçar o pouso da aeronave hostil, tanto o é, que não se utilizam armas com autopotencial destrutivo, mas sim as necessárias – rajadas de metralhadora – para provocar danos suficientemente capazes de inviabilizar um voo de longa duração.

Como último subprincípio a **proporcionalidade em sentido estrito**, que nada mais é do que a manutenção de um equilíbrio, proporção entre meios utilizados e fins desejados. A pergunta correta aqui é: causar danos em uma aeronave para a defesa da soberania gera mais vantagens do que desvantagens?

Em resposta a esta pergunta, inicialmente cabe lembrar que, por se tratar de uma clara colisão entre princípios, aqui se utiliza a técnica de ponderação, permitindo ao intérprete no caso concreto aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, preservando o máximo de cada um.

Dessa forma identifica-se um *hard case*, onde há choque de princípios cardeais (soberania: componente estrutural do Estado; dignidade humana: inerente ao indivíduo), os quais, de acordo com a nova hermenêutica constitucional, não admitem em hipótese alguma serem esvaziados.

De forma precípua, não há como olvidar que a adoção do procedimento o fato pode levar o agente infrator a sofrer danos físicos, configurando uma desvantagem na adoção da medida. Por outro lado, a medida se apresenta como uma vantagem por resguardar a soberania, pois, do contrário, seu atributo essencial coação restaria suprimido, descaracterizando, assim, este princípio fundamental.

Portanto, na ausência desta medida, poderia se afirmar sem a menor sombra de dúvida que o Brasil não tem soberania sobre seu espaço aéreo, tendo em vista proibir uma conduta e não dispor de meios idôneos para fazer cumprir seu mandamento legal. Por conseguinte, o espaço aéreo brasileiro continuaria a servir como rota segura para a prática de atos ilícitos e a soberania estaria completamente esvaziada.

Também é certo que na escala dos riscos, a aviação certamente encontra-se no patamar. Exatamente por isso, existem tantas regras e procedimentos de segurança a serem cumpridos. Desta forma, para se evitar qualquer tipo de falha – que geralmente são fatais –, exige-se o máximo de cautela e controle sobre todo o espaço aéreo.

Nessa visão, de proteção do espaço aéreo e de segurança de voo, a medida se apresenta como uma vantagem, pois a existência de uma aeronave que desrespeite as regras de voo aumenta consideravelmente o risco para as demais. Ademais, um piloto certamente sabe dos riscos envolvendo a aviação.

Alinhando-se a este entendimento, há informações sobre inúmeros pilotos de aeronaves clandestinas que seguem as rotas de aeronaves autorizadas visando à evasão da detecção por radares. Nesses voos há um aumento considerável no risco de colisão entre aeronaves.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande. *Lei do abate: necessidade ou terrorismo?* Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), v. 4, n.2, p.17-25, jul./dez., 2003, p. 23.

Ademais, releva notar a preocupação da Aeronáutica com os tripulantes da aeronave interceptada. Não existe em nenhum país do mundo um plano de resgate após o abate de uma aeronave. Nesse aspecto, o Brasil se mostra pioneiro, tendo em vista possuir trabalhos no sentido de produzir uma ação de resgate, na qual se deve garantir o socorro às vítimas, conferir segurança aos envolvidos, possibilitar o transporte de equipes policiais com a consequente fiscalização e retirada do material encontrado.<sup>190</sup>

Com a falta de preparo, como ocorre em outros países, as ações de resgate acabarão sendo executadas de improviso, gerando riscos aos elementos envolvidos e não garantindo o êxito global da ação.

Não resta dúvida que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana merecem especial peso na ponderação de valores, contudo não pode haver prevalência absoluta sob pena de se incorrer em uma ditadura da dignidade.

Caso a medida de destruição fosse considerada inconstitucional, estar-se-ia diante da ditadura da dignidade humana, caso fosse considerada constitucional e não existisse qualquer procedimento prévio para a adoção da medida estar-se-ia diante da ditadura da soberania. Justamente por isso, foi desenvolvido o procedimento de interceptação, com o qual a equação entre os bens jurídicos envolvidos foi devidamente equilibrada, tornando viável a convivência harmônica dos princípios.

É inadmissível conceber os direitos fundamentais como escudo impeditivo da atuação estatal para o cometimento de ilícitos. Aceitar tal retórica seria acolher o caos, e negar o próprio Estado Constitucional Democrático de Direito, deixando, ainda, a sociedade indefesa, o que violaria o princípio da proporcionalidade em seu viés negativo.

No atual estágio evolutivo da humanidade é inadmissível qualquer forma de extremismos, o Estado democrático de direito exige limites a qualquer valor, e a dignidade encontra-se abrangida por esta regra.

---

<sup>190</sup> SIVIERI, Luciano Demetrius. *Resgate de Aeronave Ilícita Abatida*. Disponível em: <<http://www.revistadaunifa.aer.mil.br/index.php/ru/article/view/83/85>>. Acesso em: 15 de abril de 2010.

Não se pode olvidar que no passado muitas atrocidades foram cometidas em nome da soberania e da defesa da sociedade no Brasil, basta lembrar o período da Ditadura Militar onde vários direitos e garantias fundamentais foram suprimidos. Por outro lado, é possível identificar, após a redemocratização do Brasil, um movimento diametralmente oposto, no qual se verificou um excesso na defesa dos direitos fundamentais, abrindo inúmeros caminhos para a prática de ilícitos sob o seu manto.

Entender a norma como inconstitucional, é negar o princípio da soberania, princípio fundamental de nossa República, componente estruturante do conceito moderno de Estado. Este posicionamento afronta diversos princípios da moderna hermenêutica constitucional, entre eles: unidade, concordância prática, força normativa da constituição, máxima efetividade, efeito integrador, interpretação conforme a constituição e da proporcionalidade.

Nesse sentido, fere: a **unidade** – pois desconsidera as normas constitucionais como um todo integrado num sistema interno unitário, evitando-se contradições aparentes; a **concordância prática** e a **máxima efetividade** – por adotar um posicionamento que esvazia um dos princípios em conflito; a **força normativa** – ao conferir interpretações que não garantem a permanência da norma; o **efeito integrador** – visto que não privilegia a integração política e nem social; a **interpretação conforme** – tendo em vista a norma comportar diversas interpretações constitucionais, mas a doutrina da inconstitucionalidade não acolhe nenhum delas; e, por fim, o **princípio da proporcionalidade em seu viés positivo** (ou proibição de proteção insuficiente) – já que a sociedade não estaria devidamente protegida diante da prática de um ilícito violador da própria estrutura do Estado, qual seja, a soberania aérea.

Somente consolidando esta nova lei como constitucional é que será possível um equilíbrio entre os bens constitucionalmente protegidos, no qual tanto a soberania quanto a dignidade possam conviver em harmonia.

Com isso, o espaço aéreo brasileiro estaria devidamente protegido daqueles indivíduos que pretendessem violá-lo, logo, não seria mais um caminho seguro para ilícitos, possibilitando ao Estado a adoção de uma medida constitucionalmente coercitiva eficaz.

Destarte, deve-se aplicar a moderna técnica da ponderação (maior ou menor intensidade), que visa à preservação de ambos os valores constitucionais (soberania e dignidade humana) e com isso conferir os meios necessários para que a FAB possa garantir o seu mister constitucional de garantir a soberania do espaço aéreo brasileiro. Assim, o procedimento de interceptação aérea, nos moldes atuais, se apresenta plenamente de acordo com os preceitos constitucionais, se revelando como medida imprescindível para o resguardo da soberania.

Portanto, a L. 9.614/98 surgiu unicamente para assegurar a efetivação e proteção do princípio fundamental da soberania. Anteriormente a lei o Brasil não dispunha de meios para efetivar a soberania no espaço aéreo, no entanto, com o seu advento, pode-se afirmar que o Brasil dispõe de todos os meios necessários e suficientemente eficazes para exercer a sua soberania em toda a sua magnitude.

Logo, a medida coercitiva denominada de “tiro de destruição” se mostra coerente e proporcional com todo o ordenamento jurídico, que não pode estar alheio da realidade dos fatos, devendo exercer a sua finalidade principal de regular a vida em sociedade. Posto isto, ingressa-se na análise de outros argumentos comumente invocados para alardear a inconstitucionalidade da medida.

### **3.4.2 Breve análise de outros argumentos favoráveis à inconstitucionalidade da norma**

De forma precípua, deve-se fazer uma análise de um argumento não jurídico da questão. Para os sociólogos esta lei se apresenta, na prática, como “ineficiente e inadequada”<sup>191</sup> para o enfrentamento do tráfico de drogas. Mas para entender esta crítica, de certa forma plausível, devemos nos perguntar o porquê desta lei ser considerada ineficiente e inadequada para este campo do conhecimento.

Em resposta a isso, os estudiosos apresentam como argumentos a flexibilidade dos cartéis do tráfico. Pois, fechada uma via, antes segura, o tráfico é capaz imediatamente de contornar as dificuldades de transporte e encontrar uma nova maneira de movimentar a droga.

Desta maneira, o tráfico se valia, corriqueiramente, da via aérea para a consecução de suas atividades ilícitas. Fechada esta via, passou a adotar outros

---

<sup>191</sup> GUIMARÃES, Ana Lúcia Ceolotto. A quem interessa a "Lei do Abate"? *Boletim Ibccrim*, v.13, n.156, p.16-17, nov., 2005.

meios menos “arriscados” para a sua “atividade”. Com isso, apontam os sociólogos, houve uma migração para a via fluvial e terrestre, principalmente entre a fronteira do Paraguai e do Brasil, acarretando um aumento considerável na apreensão de drogas naquele estado.<sup>192</sup>

Mas o fato de não por fim ao tráfico significa que a norma se mostra ineficaz, inadequada ao seu fim, ou mesmo inútil? Não, a norma não veio somente com a finalidade de combate ao tráfico de drogas, ela veio para fornecer meios capazes de assegurar a soberania aérea.

É claro que a maior parte das invasões a nosso espaço aéreo ocorre por aeronaves ligadas aos grandes cartéis da droga, mas não se pode dizer que tem exclusivamente esta finalidade. Ademais, ela se mostra adequada ao combate do tráfico, tendo em vista esta via, antes segura, agora já está praticamente descartadas por estas organizações, já que em qualquer negócio o equilíbrio entre risco e lucro é sempre levado em consideração e, após a lei, o risco do uso do espaço aéreo se tornou muito alto, não compensando mais assumi-lo.

Posto isso, ingressa-se nos argumentos jurídicos envolvendo a questão.

Os críticos da norma afirmam ser esta inconstitucional por: implantar a pena de morte no Brasil fora das hipóteses constitucionalmente previstas; atentar contra o princípio constitucional da presunção de inocência; e violar o devido processo legal.

Tal argumentação não merece prosperar, tendo em vista que a referida norma não infringe os mencionados valores. Não obstante trazerem argumentos sedutores, os críticos se valem de uma retórica equivocada, confundindo institutos absolutamente distintos.

Em primeiro lugar, é de fundamental importância diferenciar a pena de morte do procedimento de Interceptação Aérea, previsto na Lei nº 9.614/98 e decreto 5.144/2004. Ontologicamente, a pena de morte é espécie de sanção penal imposta pelo Estado aquele indivíduo infrator, com vistas à expiação por crime cometido. Ademais, tem por objetivo a morte do condenado, levando-o necessariamente a óbito.

---

<sup>192</sup> GUIMARÃES, Ana Lúcia Ceolotto. A quem interessa a "Lei do Abate"? *Boletim Ibccrim*, v.13, n.156, p.16-17, nov., 2005.

Por outro lado, o procedimento de interceptação aérea não é espécie de sanção penal, ontologicamente este procedimento se vale de medidas coercitivas adotadas de forma facultativa pelo Estado com o objetivo é impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil. Corroborando com este entendimento transcreve-se o parecer do Procurador Geral da República ao indeferir a proposta de ADI encaminhada pela procuradoria de justiça militar de Santa Maria/RS, processo nº 1.00.000.000836/2005-71:

Cumpra 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**, extrema 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. (destaque do autor)

Nesse mesmo sentido, João Batista Fagundes reforça esse entendimento e completa asseverando que:

Enganam-se os que pretendem ver na ordem para o tiro de destruição a decretação de uma sentença de morte (...). Se o comandante da aeronave interceptada não exercitou o seu direito de defesa, foi por uma decisão pessoal que o mesmo assumiu quanto ao risco de ser abatido, talvez presumindo que poderia livrar-se do seu perseguidor.<sup>193</sup>

Desta forma, a pena de morte e a interceptação aérea, mais especificamente o tiro de destruição, são aplicadas de forma diversa, possuindo objetivos e consequências absolutamente distintas. Destarte, confundir estes institutos significa incorrer em grande erro.

Cabe destacar que no caso de se admitir este instituto como espécie de sanção penal, a norma estaria em plena consonância com o dispositivo constitucional que permite a pena de morte, pois ao autorizar a pena de morte somente em caso de guerra a Constituição o faz justamente para possibilitar a proteção da soberania nacional, exatamente o valor constitucional que o dispositivo legal protege.

Em relação ao argumento dos críticos de lesão ao princípio constitucional da presunção de inocência, nos parece um equívoco. O STF prefere adotar outra nomenclatura, pois, para alguns, ao utilizar a expressão "presunção de inocência"

---

<sup>193</sup> FAGUNDES, João Batista. Improriedades do decreto nº 5.144, de 16/07/2004 - tiro de abate. *Revista Aeronáutica / Clube da Aeronáutica*, n. 267, p.28-32, dez./fev., 2008/2009.

não seria possível a existência das prisões cautelares, desta forma, melhor seria adotar o posicionamento de que o princípio consagrado pela Constituição é o da presunção de não culpa.

Na visão destes autores este princípio está positivado no art. 5º, inciso LVII da CR, e que versa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por esse princípio, só é possível o reconhecimento da autoria de uma infração criminal após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O equívoco em considerar que a medida fere este princípio reside no fato de que não se trata de um indivíduo presumidamente infrator, neste caso ele é efetivamente um infrator, vez que ignora e descumpre os comandos da autoridade aeronáutica, responsável pela defesa da soberania nacional.

Como derradeiro argumento dos críticos contrários a adoção desta medida esta na lesão ao devido processo legal, no qual o agente não tem o seu direito constitucional de se submeter a um processo com observância de todas as suas garantias. Novamente, nota-se uma argumentação vazia, despida de qualquer conteúdo.

O devido processo legal pode ser analisado sob a perspectiva substancial ou formal. Quanto ao Devido Processo Legal Substantivo (Princípio da Proporcionalidade) esse já foi examinado anteriormente, enquanto a suposta violação ao Devido Processo Legal Formal, será desde já esclarecida.

Este princípio está insculpido no art. 5º, inciso LIV da Constituição, com o qual: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Na visão atual, o devido processo legal é o estabelecido em lei. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem supressão de atos essenciais.

Com isso, o devido processo legal trata de garantias processuais mínimas, contudo, na hipótese aqui analisada, não há processo, também não há que se falar em imposição de pena. O que na realidade ocorre aqui é a atuação da FAB por meio de seu poder de polícia. Poder este detentor de autoexecutoriedade, independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário para o seu exercício.

O controle judicial, que jamais pode ser afastado, ocorrerá *a posteriori* e terá como finalidade examinar se o procedimento foi cumprido em conformidade com a lei, punindo-se, se for o caso, desvios ou excessos cometidos pelas autoridades.

Por fim, contornados estes argumentos contrários a adoção deste tipo de norma, traz-se a lição de Roxin ao tratar dos limites impostos ao legislador. O autor ensina: “em primeiro lugar, é claro que são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos”.<sup>194</sup>

Desta forma, o Estado deve elaborar a legislação conforme os princípios que lhe são postos, em particular, pela sociedade. O combate à criminalidade é legítimo. Não se pactua coroações marginais. De outro lado, todavia, imprescindível obediência ao referido complexo de valores. Lei não é simples redação. Urge conferir-lhe conteúdo.

Entretanto, conforme já detalhado, a dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto. Destarte, a vida, componente da dignidade humana, também admite relativização frente a outros valores constitucionalmente protegidos.

Não se pode esquecer que a Constituição é um texto harmônico (não existe hierarquia entre suas normas) e uma carta dialética (portanto, tutela valores potencialmente conflitantes). Por óbvio, nesse caso específico, há colisão entre dois princípios constitucionais (soberania e da dignidade da pessoa humana).

De certo que a lei não fez uma escolha unicamente motivada ideologicamente e nem procura atentar contra os direitos fundamentais. A lei apenas resguarda e harmoniza ao máximo princípios constitucionais, evitando a exclusão de qualquer deles nesse particular.

Destarte, trata-se de uma norma de segurança necessária para que Brasil possa exercer com plenitude os preceitos de sua Constituição tanto no âmbito interno quanto internacional. No âmbito interno, para evitar lesões a sua soberania e possuir meios eficazes para a defesa da sociedade; no plano internacional, para efetivar os princípios do art. 4º da Constituição, entre eles: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, igualdade entre os Estados, defesa da paz,

---

<sup>194</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

## CONCLUSÃO

Conforme exposto, o presente estudo teve como diretriz central a verificação da constitucionalidade da Lei nº 9.614/98 (Lei do Abate, que alterou o conteúdo do §2º do art. 303 do CBA), e análise do Decreto 5.144/2004, responsável por regulamentar o tiro de destruição. Identificou-se, *ab initio*, uma colisão entre dois Princípios Constitucionais Fundamentais – Soberania e Dignidade Humana.

Para o alcance dos objetivos, observou-se que os direitos humanos são fruto de um processo histórico de desenvolvimento, sendo reconhecida a dignidade humana como fundamento desses direitos. Dessa maneira, hoje, uma constituição somente se legitima com a presença desses direitos em seu texto.

Prosseguindo com a análise dos princípios, constatou-se ser a soberania igualmente fruto de um processo histórico, consubstanciando-se em uma das bases da ideia de Estado Moderno. Nessa senda, asseverando a importância da soberania dentro da Constituição, o constituinte originário só flexibilizou o direito à vida na hipótese de ameaça a soberania.

A soberania tem como limite o território do Estado – sede material do poder, domínio indiscutível, área de proteção dos indivíduos e instrumento ao serviço dos fins do Estado. Com isso, a soberania aérea é exercida, de forma absoluta, dentro dos limites do território, abrangendo o espaço aéreo (limitado até o espaço ultraterrestre). Ademais, cabe ao Estado, titular do território, o controle de seu espaço com o fito de resguardar seus interesses.

Este controle é exercido por meio da Aeronáutica, cuja missão é manter a soberania no espaço aéreo nacional com vistas à defesa da pátria. Por meio da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, modificada pela Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004, conferiu-se atribuições subsidiárias às Forças Armadas e dispôs sobre normas gerais de organização, preparo e emprego das Forças Armadas.

Cogente destacar que, na ausência de disciplina legal dos instrumentos ou meios para a consecução de seus fins ou atribuições constitucionais a aeronáutica poderia se valer da teoria dos poderes implícitos, utilizando de todos os meios necessários para a consecução de sua missão constitucional.

Anote-se, ademais, que a soberania e a dignidade da pessoa humana são dois princípios fundamentais orientadores de toda a ordem jurídica, sobre o qual se assenta o Estado Constitucional Democrático de Direito. Além disso, sua importância reside no fato de a soberania se revelar como pressuposto do próprio Estado, enquanto a dignidade se apresenta como inerente ao indivíduo.

Nesse novo modelo estatal, não só se protege o cidadão frente ao Estado, mas passa-se a proteger o cidadão através do Estado. Assim, o Estado deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento. É o Estado respeitador dos direitos fundamentais.

Destarte, o indivíduo, antes visto como mero meio ou objeto para se atingir um fim, passa a um fim a ser realizado por meio do Estado. Aliás, é o próprio Estado democrático de direito que existe unicamente em função do indivíduo, e não o inverso.

Diante destas premissas, a doutrina moderna preconiza uma prevalência do princípio da dignidade humana sobre os demais princípios em caso de colisão. Esse é o certo, a dignidade deve prevalecer, mas será que ela pode suprimir os demais princípios a ponto de esvaziá-los?

De acordo com Robert Alexy não há como adotar a existência de princípios absolutos, assim, até mesmo a dignidade humana aceita mitigações. Por outro lado, é inadmissível a relativização indiscriminada dos princípios, sob pena de banalizá-los ou utilizá-los abusivamente.

Pela inteligência desse preceito, devem-se admitir juízos de ponderação, mesmo em relação à dignidade humana, pelo simples fato de também constituir um princípio fundamental.

Desta forma, concebe-se relativizar o princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, deve-se ter como limite o núcleo essencial deste princípio, consubstanciado na fórmula-objeto – vedação de condutas que conduzam a coisificação e instrumentalização do ser humano. Portanto, é possível o cotejo do princípio da dignidade humana com o princípio da soberania, igualmente relevante dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Como se trata de uma colisão entre princípios constitucionais, o intérprete deve se valer da nova hermenêutica constitucional, ponderando valores sem atingir o núcleo essencial de cada um deles. O meio correto para se alcançar o resultado constitucionalmente ideal é o respeito aos princípios interpretativos, entre eles: unidade, concordância prática, força normativa da Constituição, máxima efetividade, efeito integrador, interpretação conforme à Constituição e o da proporcionalidade.

Cabe advertir que os princípios realizam o valor justiça e em caso de uma interpretação com a qual se negue eficácia a um princípio, estar-se-á fragilizando o Estado Democrático de Direito.

Com isso não se pode esvaziar um princípio em detrimento do outro, cabe aqui uma harmonização entre estes princípios (soberania e dignidade humana) dentro do possível. Isto é, por configurarem mandamentos de otimização, devem ser realizados dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Mas qual é a realidade fática diante desta questão? Certamente a via aérea nos impõe peculiaridades muito complexas e difíceis de serem contornadas, não há como realizar um “bloqueio de aerovia” como é feito em caso de veículos automotores. A aviação, sem nenhuma dúvida, é uma atividade de elevado risco e todos os indivíduos diretamente ligados a esse meio certamente sabem disto.

Também é certo que o Estado deve dispor de meios eficazes para o combate a prática de ilícitos, mas deve sempre respeitar os preceitos constitucionais. Como Fazer isso diante de uma realidade tão complexa? Como interromper o voo de uma aeronave que demasiadamente se nega a seguir as ordens emanadas da autoridade competente? A resposta brasileira não poderia ser mais condizente com os preceitos constitucionais e é certamente a resposta mais democrática.

São oito os procedimentos a serem seguidos pelas autoridades de defesa aérea. Somente depois de infringidos os sete iniciais é que a aeronave será considerada hostil, estando sujeita à medida de destruição, a qual tem por objetivo provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave transgressora.

Desta forma, a medida coercitiva “tiro de destruição” deveria receber uma denominação mais adequada, tendo em vista que o seu objetivo não é destruir a aeronave e sim impedir o prosseguimento de um voo ilícito forçando o seu pouso.

Com isso, propugnamos aqui pela adoção de uma nova nomenclatura, qual seja, “medida de pouso forçado”.

Merece destaque as exigências do Decreto para a adoção da medida de destruição. Tais exigências têm como finalidade única minorar as possibilidades de falhas na adoção do procedimento. Entre elas se identifica: a centralização das decisões nas mais altas autoridades de defesa; a gravação sonora e/ou visual da execução do procedimento conferindo a devida transparência e publicidade ao ato praticado por estas autoridades públicas; pilotos e controladores de voo com treinamento específico para este tipo de missão; e avaliação periódica dos procedimentos com vistas ao seu aprimoramento.

Desta feita, frisa-se que o tiro de destruição se apresenta como cauteloso, subsidiário, mas extremamente necessário, para a efetiva preservação da soberania brasileira. Cauteloso, tendo em vista a rigidez e detalhamento dos procedimentos a serem seguidos bem como as exigências para a sua execução; subsidiário, pois só é adotada em caso de desobediência das demais medidas; necessário, pois é a única medida capaz de interromper o ato contínuo de lesão à soberania.

À luz do princípio da proporcionalidade o procedimento se mostra adequado, por viabilizar o fim de impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil; necessário, pois rajada de metralhadora para forçar o pouso da aeronave é sem dúvida o meio menos lesivo ao bem tutelado; e proporcional, estritamente falando, tendo em vista ser a única maneira de não se sacrificar a soberania em prol da dignidade da pessoa humana, abrangida em todas as suas esferas.

Caso a medida de destruição fosse considerada inconstitucional, estar-se-ia diante da ditadura da dignidade humana, caso fosse considerada constitucional e não existisse qualquer procedimento prévio para a adoção da medida estar-se-ia diante da ditadura da soberania. Justamente por isso, foi desenvolvido o procedimento de interceptação, com o qual a equação entre os bens jurídicos envolvidos foi devidamente equilibrada, tornando viável a convivência harmônica dos princípios.

Ademais, a norma não viola a dignidade humana em nenhuma de suas dimensões. Trata-se de medida de segurança e em nada se assemelha a pena de morte – já que possuem natureza e finalidade diversas. Não há violação do devido

processo legal – pois o agente está no exercício do poder de polícia e não busca impor qualquer tipo de pena. Também não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência – pois o agente está em flagrante descumprimento a ordem emanada da autoridade aeronáutica.

Entender a norma como inconstitucional é negar o princípio da soberania, princípio fundamental de nossa República e componente estruturante do conceito moderno de Estado. Este posicionamento afronta diversos princípios da moderna hermenêutica constitucional, entre eles: unidade, concordância prática, força normativa da constituição, máxima efetividade, efeito integrador, interpretação conforme a constituição e da proporcionalidade.

É inadmissível conceber os direitos fundamentais como escudo impeditivo da atuação estatal para o cometimento de ilícitos. Aceitar tal retórica seria acolher o caos, e negar o próprio Estado Constitucional Democrático de Direito, deixando, ainda, a sociedade indefesa, o que violaria o princípio da proporcionalidade em seu viés negativo.

Este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que segue a mesma linha da Corte Alemã, em não admitir a utilização dos direitos fundamentais como manto protetor para o cometimento de ilícitos.

Cogente considerar que existem inúmeras leis permitindo o abate de aeronaves em torno do globo, mas cada uma possui suas peculiaridades, com fundamentos fáticos antagônicos e finalidades distintas. No caso específico da decisão da Corte Alemã que julgou inconstitucional a lei daquele país, teve como fundamento principal a relevância da vida dos inocentes feitos reféns por terroristas, mas com a ressalva de que em caso de existirem somente criminosos a bordo da aeronave o abate poderia ser autorizado.

Exatamente neste ponto a decisão do tribunal alemão caminhará no sentido de considerar a lei brasileira constitucional, tendo em vista que a lei brasileira permite o abate de aeronaves que estejam realizando ilícitos e se neguem a cumprir as ordens da autoridade aeroviária, não havendo, aqui, qualquer vítima a bordo da aeronave.

Portanto, a L. 9.614/98 surgiu unicamente para assegurar a efetivação e proteção do princípio fundamental da soberania. Anteriormente a lei e ao Decreto

5.144/2004 o Brasil não dispunha de meios para efetivar a soberania no espaço aéreo, no entanto, com o seu advento, pode-se afirmar que o Brasil dispõe de todos os meios necessários e suficientemente eficazes para exercer a sua soberania em toda a sua magnitude.

Destarte, o tiro de destruição e o procedimento exposto no Decreto, conseguem harmonizar os dois princípios fundamentais – Soberania e Dignidade Humana –, de forma eficaz, preservado ao máximo os princípios e respeitando, assim, a moderna hermenêutica constitucional.

Por fim, esta lei se mostra coerente e proporcional com todo o ordenamento jurídico, que não pode estar alheio da realidade dos fatos, devendo exercer a sua finalidade principal de regular a vida em sociedade. Dessa forma, após esta análise exaustiva do tema, verificou-se que a norma em epígrafe é constitucional, estando plenamente de acordo com os preceitos da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. In: *Revista de informação legislativa*, v.45, n.180, p.7-15, out./dez., 2008.

ÁVILA, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v.215, jan. – mar., 1999, p. 163/164.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ASSIS, Jorge César de. Interceptação e abate de aeronave: considerações sobre a lei Nº 9.614, de 05.03.1998. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9vf01PJAthgJ:www.cesdim.org.br/arquivo/29.doc+Jorge+C%C3%A9sar+de+Assis+lei+do+abate&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 15 abril 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BECARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução de: Vicente Sabino Júnior, São Paulo: CD, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Regina Lyra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *A teoria das formas de governo*. 10 ed. Brasília: UnB, 1997, p. 95-105.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônoco, João Ferreira et all; Revisão Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 13.ed. Brasília: Unb, 2008. v.1 e v.2.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Código Brasileiro de Aeronáutica, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

BRASIL. Comando da Aeronáutica – DECEA. ICA 100-12 - *Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo*, de 16 fev. 2006, incluindo emendas até 22 nov.2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2010.

BRASIL. Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004. *Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

BRASIL. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 12 de setembro de 1946. Seção 1, p. 12.715.

BRASIL. Lei n. 9.614, de 5 de março de 1998. *Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9614.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9614.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

BRASIL. Lei complementar nº 97, de 9.6.1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10.6.1999.

BRASIL. Lei complementar nº 117, de 2.9.2004. Altera a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, para estabelecer novas atribuições subsidiárias. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3.9.2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 93.250/MS. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de junho de 2008. DJ 26-06-2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADIn 1.344-1/ES, medida liminar, rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1995. DJ 19-04-1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. DJ 06-11-2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei do Abate. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8622>>. Acesso em: 15 abril 2010.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Algumas questões de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=75>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande. *Lei do abate: necessidade ou terrorismo?* Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), v. 4, n.2, p.17-25, jul./dez., 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAGUNDES, João Batista. Impropropriedades do decreto nº 5.144, de 16/07/2004 - tiro de abate. *Revista Aeronáutica / Clube da Aeronáutica*, n. 267, p.28-32, dez./fev., 2008/2009.

FAPESP. Disponível em: <<http://www.bv.fapesp.br/projetos-regulares/4321/forcas-armadas-defesa-amazonia/>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

FARIAS, Andrew Fernandes. *Análise da constitucionalidade do tiro de destruição: soberania x dignidade humana*. Brasília, 2009. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Centro Universitário do Distrito Federal.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Milene Rcoha. *A Constitucionalidade da Lei 9.614/98 (Lei do Abate)*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1046>>. Acesso em: 15 abril 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Aspectos jurídicos das forças armadas na interceptação e no abate de aeronaves: a lei do tiro de destruição. *Revista do Ministério Público Militar*, n.20, p.71-91, nov., 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA, Guilherme Paes. *A lei que autoriza o abate de aeronaves frente aos direitos fundamentais na constituição*. 2008. 59 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Presidente Prudente, São Paulo. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/781/756>>. Acesso em: 14 de abril de 2010.

GUIMARÃES, Ana Lúcia Ceolotto. A quem interessa a "Lei do Abate"? *Boletim Ibccrim*, v.13, n.156, p.16-17, nov., 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LUIZ, Edson. Criminosos fogem pela mata. *Correio Brasiliense*, Brasília, 30/10/2009. Disponível em: <<http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia182/2009/10/30/brasil,i=151654/AERONAVE+COM+CERCA+DE+150+KG+DE+COCAINA+E+ALVEJADA+POR+PATRULHA+DA+FAB+PROXIMO+A+CRISTALINA+E+FAZ+POUSO+FORCADO.shtml>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

MAGALHÃES, Bruno Barata. "Lei do abate" e a pena de morte no Brasil - análise da constitucionalidade da lei federal n. 9.614/98. In: ADV Advocacia dinâmica: boletim informativo semanal, v.29, n.27, p.492-491, jul., 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Departamento de Controle Aéreo. Disponível em: <<http://www.decea.gov.br/unidades/cindacta-iv/>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Força Aérea Brasileira. Missão. Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PACHECO, Denílson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Seriam as leis inúteis?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/15842>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 86 e segs.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na: constituição federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição. *Revista da Ajuris* 66, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. de E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIVAM: Sindicato dos Jornalistas do DF acusa FHC de omissão. Consultor Jurídico. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2002-out-07/sindicato\\_apresenta\\_representacao\\_fhc\\_pgr](http://www.conjur.com.br/2002-out-07/sindicato_apresenta_representacao_fhc_pgr)>. Acesso em: 09 fev. 2010.

SIVIERI, Luciano Demetrius. *Resgate de Aeronave Ilícita Abatida*. Disponível em: <<http://www.revistadaunifa.aer.mil.br/index.php/ru/article/view/83/85>>. Acesso em: 15 de abril de 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht)*. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 4/6/2009.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04*. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

UNICAMP. Disponível em:  
<[http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/agosto2003/ju226pg12.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/agosto2003/ju226pg12.html)>.  
Acesso em: 05 fev. 2010.

VIEIRA, José Ribas (org.). *Constituição e estado de segurança: nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Coleção Pensamento Criminológico, vol. 14).