

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULO HENRIQUE AKISASKI

**A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE NO
COMBATE AO NARCOTRÁFICO**

VITÓRIA
2019

PAULO HENRIQUE AKISASKI

**A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE NO
COMBATE AO NARCOTRÁFICO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para aprovação na disciplina de elaboração de TCC, orientada pelo Professor Mestre Carlos Eduardo Ribeiro Lemos.

VITÓRIA

2019

RESUMO

Esta monografia trata da problemática que concerne à constitucionalidade da Lei nº 9.614/98, mais conhecida como Lei do Abate. O estudo se faz pertinente devido ao cenário de massiva violação de direitos ocasionada pelo tráfico de drogas e a necessidade de se discutir meios eficazes ao seu combate, sendo que a Lei do Abate surgiu justamente diante desta justificativa. No entanto, há uma polêmica no que tange a esta lei, uma vez que os seus opositores sustentam a sua inconstitucionalidade por ser incompatível com direitos caros ao ordenamento jurídico como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e a presunção de inocência. Inicialmente, então, o presente estudo remonta o fundamento constitucional da soberania nacional e o direito à segurança pública para analisar em que medida a lei em questão seria necessária e legítima para o combate ao narcotráfico em âmbito nacional. A análise, a princípio, é voltada para a compreensão dos conceitos de soberania nacional e segurança pública. Em seguida, é realizado um exame dos aspectos gerais acerca da Lei nº 9.614/98, objetivando compreender as condições em que o abate de aeronaves é permitido, quem é autoridade incumbida de realiza-lo e as nuances legais que permeiam a medida de destruição. Após, realiza-se uma análise transversal, buscando conceitos da Ciência Política e da Teoria do Estado, avaliando-se, com base nas teorias contratualistas, as premissas que justificam a presença da Lei do Abate no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Por fim, a partir do enfrentamento dos argumentos de oposição e de uma avaliação dos princípios que orientam a ordem jurídica, conclui-se pela constitucionalidade do método de destruição regulado pela lei em estudo.

Palavras-chave: Lei do Abate; segurança pública; princípios constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 SOBERANIA NACIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA	06
2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA LEI DO ABATE	11
2.1 LEI DO ABATE E A DEFESA DO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM CONTRATUALISTA	14
3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL: ENFRENTAMENTO DE ARGUMENTOS DE OPOSIÇÃO	19
3.1 PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA	19
3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	20
3.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	22
3.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	23
3.5 ENFRENTAMENTO AOS ARGUMENTOS DE OPOSIÇÃO E A LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTRA A PRÁTICA DE ILÍCITOS.....	24
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

O princípio da inviolabilidade do direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, determina a sua garantia aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do Brasil, bem como dos estrangeiros em trânsito espaço aéreo nacional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹.

O direito à vida é decorrente dos direitos à integridade física e moral e à existência, em oposição à pena de morte, que, consoante o que dispõe a Carta Magna, em regra, é proibida, com exceção do estado de guerra (art. 84, XIX).

A Constituição Federal de 1988 também traz o princípio da presunção de inocência, que prevê a inocência de todos até que, contra ele, seja prolatada sentença condenatória transitada em julgado após o devido processo legal.

Nesta esteira, o art. 5º, LV da Lei Maior prevê o princípio da ampla defesa, que garante ao réu uma defesa eficiente em juízo, de acordo com o devido processo legal. Este princípio vem em contraposição a práticas abusivas do passado, em que muitos réus eram condenados sem provas e sem a chance de se defenderem.

Nesse contexto, a Constituição Federal também prevê uma punição adequada para o indivíduo que comete crimes de acordo com as normas e princípios penais e processuais penais (art. 5º, LIV).

Tendo isso em vista, é necessário que as normas infraconstitucionais estejam em consonância com os princípios supramencionados, emanados da Lei Maior, à qual todo o Ordenamento está sujeito, sem, contudo, minar o combate ao tráfico de drogas de ilícitas e à criminalidade.

Diante deste cenário, surgiu, no Brasil, Lei 9.614/98, conhecida como Lei do Abate, e foi regulamentada pelo decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004. Trata-se de uma tentativa de solucionar a problemática das drogas ilícitas em âmbito nacional.

¹ STF, HC n. 74.051.

Assim, o art. 4º estabelece que “a aeronave suspeita de tráfico de substancias entorpecente e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º é classificada como aeronave hostil e está sujeita a destruição”, permitindo, com isso, a derrubada de aeronaves suspeitas de envolvimento com o tráfico de entorpecentes que não se alinhem às regras enumeradas no art. 3º da Lei do Abate, que preveem mecanismos de averiguação, intervenção e persuasão.

Diante disso, discute-se i) em que medida a Lei do Abate se relaciona e é legitimada pela Soberania Nacional e a Segurança Pública previstas na Carta Magna; ii) do que se trata a Lei do Abate; e iii) se ela está em consonância com Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que a Constituição Federal veda a pena de morte em época de paz e traz direitos fundamentais a presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal que, *a priori*, parecem ir de encontro a esta lei bem como a necessidade de tal lei para a garantia do Estado Brasileiro.

O presente estudo, então, visa à discussão desta problemática e ao fomento do debate na Academia já que ainda é escassa a produção acadêmica acerca do tema que será objeto de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, não se objetiva exaurir o tema aqui trabalhado, mas fomentar a discussão, estudando a Lei 9614/98 e o decreto n. 5144/2004 sob o prisma dos direitos fundamentais, a fim de que, desta forma, se possa averiguar A constitucionalidade e a sua necessidade para a segurança nacional. Neste diapasão, resta o questionamento: é cabível, de acordo com os princípios e fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação da Lei do Abate no combate ao narcotráfico?

1 SOBERANIA NACIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA

Ao discutir a Lei do Abate, faz-se mister uma abordagem do fundamento constitucional da soberania nacional e do princípio da segurança pública. Isso porque a segurança pública é primordial na garantia dos demais direitos constitucionais inerentes à pessoa humana.

Por conseguinte, a segurança pública é o primeiro passo a ser dado na direção da manutenção da sociedade política, civilizada e organizada como é hoje. Ademais, a soberania nacional é o primeiro fundamento da República Federativa assim definido no art. 1º, inciso I da CF, essencial à preservação da República e do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, vale mencionar que a soberania nacional e a segurança pública estão intimamente ligadas no que tange à conservação e proteção do Estado Democrático de Direito. A segurança pública, inclusive, trata-se de um direito dos cidadãos para que eles próprios possam exercer os demais direitos como vida, integridade física e suas liberdades.

Nesse contexto, Raul José de Galaad Oliveira¹ afirma que

A segurança e harmonia social são objetivos eleitos pelo legislador constituinte e que se constituem objetos contidos na dimensão interna da soberania, conforme o que anuncia o preâmbulo de nossa Constituição. Essa idéia é reforçada na medida em que o preâmbulo afirma que a sociedade brasileira está comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Diante disso, quando se discute o tráfico de drogas ilícitas, importa estudar conceitos de segurança pública e soberania nacional uma vez que o tráfico ameaça ambos na medida em que afeta a vida de milhares de pessoas, ocasiona mortes, roubos, furtos, destrói famílias e atravessa fronteiras nacionais, forças policiais e põem em xeque o poder estatal legitimamente constituído ao instituir um próprio.

¹ OLIVEIRA, Raul José de Galaad. O preceito da soberania nas constituições e na jurisprudência brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, n.146, p. 153-172, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/587/r146-11.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Cumprе ressaltar, *ab initio*, o conceito de soberania. Este conceito sofreu alterações e abalos durante os séculos que se passaram. Desde o Império Romano, quando havia um poder centralizado no império, passando pelo senhorio feudal, até a consolidação das monarquias absolutistas e a formação dos Estados modernos, o conceito de soberania sempre envolveu poder.

No bojo da Revolução Francesa e nas ideias de Rousseau, por exemplo, este poder estaria concentrado nas mãos do povo. Foram diversas teorias, de Hobbes a Rousseau que explicaram este conceito de acordo com as épocas em que viveram, no entanto, a ideia de poder e controle sobre uma determinada área sempre foi algo comum a todas elas.

Dentre todas as teorias acerca da soberania, insta destacar a teoria da soberania do Estado, por sua vez, oriunda das escolas germânicas, estabeleceu que a soberania está relacionada ao direito de autodeterminação estatal. Todas as normas jurídicas emanam do Estado e o controle do povo é materializado na figura estatal².

Este conceito permeou teorias posteriores, como a institucionalista, que culminaram em um conceito de soberania que o aproxima da concepção de “nação”, contudo, delegando-a ao órgão estatal. Nesse sentido, leciona Sahid Maluf que “A Soberania é originária da Nação, mas só adquire expressão concreta e objetiva quando se institucionaliza no órgão estatal, recebendo através deste o seu ordenamento jurídico-formal dinâmico”³.

Nesse contexto, conclui-se que a “Soberania é o poder que tem uma Nação de se organizar-se livremente e de fazer valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum”⁴ de forma que apenas o Estado tem a atribuição de fazer valer a sua vontade dentro do território nacional, é ele quem define as regras de comportamento que devem ser adotadas ou não por seus cidadãos.

² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

³ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

⁴ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

Quando o tráfico infringe esta noção e os traficantes instituem uma ordem jurídica a parte da estabelecida como, não raro, observa-se nas favelas este conceito é fortemente abalado assim como toda a ordem constitucional e democrática.

Por isso, com vistas a garantir a sua soberania e prevalência da ordem constitucional, o Estado tem legitimidade democrática para estabelecer normas de combate a tudo que vá de encontro aos princípios preconizados pela Carta Magna que visam à preservação da ordem jurídica e da convivência pacífica dos cidadãos.

Nesse contexto, passemos à análise da segurança pública, direito fundamental previsto no art. 1º, I da Constituição Federal, e esmiuçado pelo constituinte na Lei Maior em seu art. 144:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares⁵.

Observa-se, então, que a segurança pública é um direito fundamental, garantido pelo Estado. No entanto, para a sua concretização também faz-se imperativa uma cooperação dos cidadãos no sentido de não infringir as normas que zelam pela segurança de todos.

Além disso, o constituinte instituiu as polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civil e militar e os corpos de bombeiros para conservar a ordem e a segurança da nação. A esse respeito Alexandre de Moraes⁶ ensina que “A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança Interna”.

⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31 ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 846.

Tendo isso em vista, o art. 144 estabelece as atribuições de cada um dos órgãos listados nos incisos supramencionados, salientando-se o que prevê o inciso II do parágrafo 1º, que estabelece a competência da polícia federal:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a
[...]
II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência⁷;

Logo, percebe-se que a polícia federal, sujeita à União, possui competência para salvaguardar a segurança pública quando o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins estiver envolvido.

No entanto, o legislador constituinte também enfatizou que outros órgãos também podem exercer tal função em seus locais de competência, isto é, policiais militares e civis estaduais também podem atuar no sentido de reprimir o tráfico a fim de se lograr maior êxito no combate às drogas a nível regional.

Ademais, vale ressaltar ainda o parágrafo 7º do referido artigo, cuja previsão é a seguinte: “§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

O parágrafo 7º do art. 144 é de suma importância quando da análise da Lei do Abate, objeto do presente estudo, uma vez que autoriza a competência legal de disciplinar modos de garantir a preservação da segurança pública por parte dos órgãos elencados neste artigo.

Dessa forma, este parágrafo demonstra a necessidade de buscar meios que aumentem a eficiência da segurança pública a fim de que se encontre meios eficazes no combate ao crime, *in casu*, o tráfico de drogas e, assim, concretizar o direito fundamental à segurança pública.

⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

Portanto, a Lei do Abate encontra amparo constitucional visto que as tentativas estatais, até então, de combate à criminalidade decorrente do tráfico, uso e consumo de drogas foram ineficientes e ocasionaram ondas de crimes e violações de direitos em massa.

No capítulo seguinte, estudar-se-á os aspectos gerais acerca desta polêmica lei que autoriza o abatimento de aeronaves irregulares suspeitas de envolvimento no tráfico de entorpecentes a fim de que se compreenda o que exatamente dispõe esta lei. Além disso, far-se-á uma abordagem transversal com ênfase em conceitos contratualistas de Teoria do Estado com vistas a buscar nos primórdios da formação do Estado a necessidade de proteção de seu domínio e de seus cidadãos.

2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA LEI DO ABATE

A Lei do Abate e a sua regulamentação posterior previram a possibilidade da derrubada de uma aeronave que se localiza no espaço aéreo brasileiro de forma irregular e que seja proveniente de região produtora de mercadorias entorpecentes.

No entanto, muito tem-se discutido acerca da constitucionalidade da referida lei, visto que, supostamente, ela entraria em confronto com princípios caros ao Estado Democrático de Direito como o direito à vida, que é “o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”⁸.

Insta salientar, a princípio, que, desde a década de 1970, a repressão ao contrabando de entorpecentes, visa à redução a oferta desses produtos. Além disso, foram estipuladas inúmeras ferramentas para desestimular o uso de drogas, sendo inclusive uma delas a prisão dos usuários. Contudo, o que tem se observado é um consumo cada vez maior de drogas e um fortalecimento do tráfico no mundo inteiro, principalmente, na América Latina.

Foi ante a necessidade de se combater o narcotráfico que a Lei do Abate foi justificada entre os países latino-americanos. Ora, o narcotráfico é um problema reconhecido, intenso e quase que epidêmico nos países sul-americanos, intimamente ligado às guerrilhas localizadas na Região Amazônica. A novidade da Lei do Abate é que “diferentemente, se estiverem em solo e a Polícia Federal interceptar a aeronave, ela pode abrir fogo contra os tripulantes, em caso de descumprimento das ordens”⁹.

Nesse contexto, cumpre ressaltar a estimativa de que 90% dos registros de tráfego aéreo nesta região estavam ligados ao tráfico de drogas e armas. Após a

⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 31^o. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.

⁹ CORDEIRO, Ana Paula Leal Lauande Cordeiro; SCHIAVINATO, Ana Maria. Lei do Abate (necessidade ou terrorismo?). **Revista do Curso de Direito**. Brasília, v. 04, n.02, p. 17-25, 2003, p. 18.

regulamentação da Lei do Abate, esta média caiu 32% e nenhum avião sequer foi abatido¹⁰.

Em 1998, a Lei nº 9.614 modificou o parágrafo segundo do artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7565/86), determinando que aeronaves que possam ser hostis possam ser abatidas, caso não sejam detidas e seguido o previsto nos incisos anteriores. Senão, vejamos:

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);

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.

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório¹¹. (grifou-se)

Muito embora houvesse essa disposição em nosso Ordenamento Jurídico, foi apenas em 2004, por meio do Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004, na vigência do governo Lula, que os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo supracitado foram regulamentados.

Dessa forma, foi definido, assim, o que seria uma aeronave hostil, bem como determinou-se o que é a medida de destruição prevista nesses parágrafos, estabelecendo o procedimento a ser adotado para a sua efetivação.

Inicialmente, cumpre analisar a definição dada pelo decreto acerca do que seria a uma aeronave hostil, sujeita a medida de destruição, isto é, o abate:

¹⁰ SCOLESE, Eduardo. **Lei do Abate reduz vôos irregulares**. Folha de S. Paulo. 18 nov. 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1811200420.htm>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

¹¹ BRASIL. **Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

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.

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**¹² (grifou-se).

Tem-se, então, que a aeronave será considerada hostil caso não atenda os procedimentos coercitivos progressivos elencados pelo dispositivo legal em comento, quais sejam, "determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo" e "o 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"¹³.

Essas aeronaves hostis, suspeitas de envolvimento em tráfico de drogas, serão submetidas ao tratamento previsto no art. 5º do Dec. 5.144/2004, ressaltando-se que só será autorizada esta medida no último caso, quando todas as medidas anteriores, que não ponham em risco a vida humana, não obtiverem êxito.

Logo, não se trata de uma ação arbitrária nem tampouco de agressão injusta, mas de um recurso último que deve seguir o procedimento a ser estudado a seguir.

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;
I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica;

¹² 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹³ 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

- 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;
- III - execução por pilotos e controladores de defesa aérea qualificados segundo os padrões estabelecidos pelo Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica;
- 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 delegada¹⁴.

Observa-se, assim, que há uma série de exigências para a execução da medida de destruição, que não diz respeito a uma ação arbitrária e excessiva (para a qual, se porventura for além do razoável, há punição conforme prevê o parágrafo 3º do art. 303 da Lei nº 7565/86), mas trata-se de um mecanismo utilizado apenas no último caso por profissionais qualificados, seguindo um rito previsto em lei.

2.1 LEI DO ABATE E A DEFESA DO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM CONTRATUALISTA

Examinados os conceitos de soberania, segurança pública e, compreendidos os aspectos gerais acerca da Lei do Abate, far-se-á uma análise das concepções contratualistas de formação estatal que envolvem todas as noções supramencionadas.

Esta avaliação auxilia na compreensão dos pilares que sustentam o Estado de Direito e os direitos e garantias por ele preconizados em conjunto com a Lei do Abate e a constitucionalidade de sua aplicação. Para tanto, importa destacar o conceito de Estado de Direito, como sendo

um Estado subordinado ao Direito, **que defende os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos** e que tem por base o princípio da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito da via judicial.

¹⁴ 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

Além disso, estrutura-se a partir da divisão dos poderes e da descentralização de suas atividades, sendo a sua administração orientada pelo princípio da legalidade e voltada à supremacia dos princípios da liberdade e da igualdade, **sem nunca afastar o fundamento popular do poder e a defesa do bem público**¹⁵.

Nesse contexto, vale retomar conceitos pertinentes à Teoria do Estado, especialmente no que tange às teorias contratualistas a fim de compreender os fundamentos da Lei do Abate e a sua importância na defesa da soberania nacional e da segurança pública, estudadas no capítulo anterior.

O Estado Moderno foi objeto de estudo por vários estudiosos, destacando-se, entre eles, Hobbes, Locke e Rousseau, estes três últimos sendo conhecidos como "contratualistas".

Nesse sentido, Aranha e Martins¹⁶ leciona:

Os filósofos contratualistas partiam da hipótese do estado de natureza, em que o indivíduo viveria como dono exclusivo de si e dos seus poderes. Esses pensadores queriam compreender o que teria justificado abandonar um fictício estado de natureza para constituir o Estado Político, mediante contrato, bem como discutir que tipo de soberania deveria resultar desse pacto.

Assim, os contratualistas propunham que a origem do Estado Político estava ligada essencialmente à necessidade da preservação dos indivíduos como coletividade, haja vista que, enquanto vivessem em um estado de natureza em que o homem poderia agir conforme lhe aprouvesse, de acordo com seus próprios instintos naturais e, por conseguinte, ferir a outrem devido à ausência de limitação de seus poderes.

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam "*jus naturale*", é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e, conseqüentemente, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim¹⁷.

¹⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. Estado de Direito: tema complexo, dimensões essenciais e conceito. **Direito em Debate**, 22(39), 144-152. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2013.39.144-152>>. Acesso em 16 abr. 2019.

¹⁶ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. São Paulo: Moderna, 1993, p. 302.

¹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1974, p. 82.

Dessa forma, para Hobbes, os desejos individuais de cada pessoa poderiam ocasionar uma guerra de todos contra todos, segundo Hobbes, e a única maneira de evitar o caos seria delegar o poder a alguém por meio de um contrato social voluntário. No pacto, os indivíduos cederiam seus direitos e poder ilimitado a alguém que constituiria uma autoridade política soberana.

Por outro lado, Locke destaca que

O objetivo do governo é o bem dos homens. E o que é melhor para eles? Ficar o povo exposto sempre à vontade ilimitada da tirania, ou os governantes terem algumas vezes de sofrer oposição quando exorbitam no uso do poder e o empreguem para destruição e não para a preservação das propriedades do povo? [...] Estou certo, porém, do seguinte: quem quer que, governante ou súdito, empreende pela força invadir os direitos do príncipe ou do povo e põe as bases para derrubar a constituição e estrutura de qualquer governo justo é altamente responsável pelo maior crime de que um homem seja capaz - devendo responder por todos os malefícios de sangue, rapinagem e desolação que a destruição do governo traz ao país. E quem o faz deve com justiça ser considerado inimigo comum e praga dos homens, devendo ser tratado como tal¹⁸.

John Locke pondera que o objetivo do governo é o bem dos homens, devendo realizar qualquer empreitada no sentido de garantir a segurança do povo, e que aquele que coloca em risco os direitos do povo e a estrutura de “qualquer governo justo” deve responder pelos malefícios que suas condutas destrutivas ocasionam ao país.

Já Rousseau¹⁹ enfatiza uma noção mais democrática em que o contrato social se legitimaria a partir de uma participação total da coletividade na construção do Estado e na constituição das leis, isto é, o contrato social só seria legítimo se todos os cidadãos consentissem. Trata-se da ideia de democracia.

Essas teorias são de muita valia para compreender aspectos concernentes à Lei do Abate, que visa justamente à proteção e à garantia das estruturas do Estado Político, organizado e democrático como temos hodiernamente.

¹⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo, ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. 3. ed. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 124.

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1973, p. 39.

Neste diapasão, o narcotráfico ameaça a própria legitimidade do Estado de Direito quando ameaça a segurança dos cidadãos e gera cenários muito semelhantes à noção de “guerra de todos contra todos” de Thomas Hobbes. O que se observa é um estado de libertinagem total e violação extrema de direitos coletivos, uma problemática difícil de ser resolvida uma vez dentro do território brasileiro.

Ademais, milhares de vidas são ceifadas todos os anos decorrentes de implicações do tráfico. Nos morros, nas capitais e no interior, as drogas já destruíram famílias e põem em risco a própria Soberania Nacional e a constituição do Estado como ele é uma vez que viola continuamente os direitos de outros cidadãos que se veem impotentes, desarmados e desprotegidos pelo governo que tem legitimidade constitucional para garantir a sua segurança, segurança esta que foi o pressuposto primeiro para a sua constituição e legitimação conforme as teorias contratualistas supramencionadas.

Assim, pode-se inferir que a Lei do Abate presta-se a retomar o controle do Estado, assim constituído, para proteger seus cidadãos, aqueles que lhe delegaram poder e autoridade, de toda espécie de ameaça quanto resguardar o próprio Estado Democrático de Direito quanto à sua segurança, integridade e uma gama de direitos transgredidos devido à toda rede de atividades ilícitas ligadas ao tráfico de entorpecentes.

A Lei do Abate, conforme o que foi estudado neste capítulo, portanto, trata-se de um mecanismo que prevê, em última instância, o abate de aeronaves suspeitas de carregarem entorpecentes, não sem antes as autoridades envolvidas adotarem outras medidas cabíveis para interceptá-la.

Em uma época em que as tecnologias voltadas para o tráfico só aumentam²⁰, assim como as mortes ocasionadas por este mal que assola o país²¹, há de se reconhecer

²⁰ LOBASZ, João Guilherme; TEHBEIN, Ana Paula. **Aviões usados por traficantes foram alterados para poder abastecer no ar, diz PF.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/02/21/avioes-usados-por-trafficantes-foram-alterados-para-poder-abastecer-no-ar-diz-pf.ghtml>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

²¹ MARTINS, Elisa. **Estados com maior aumento de mortes violentas são rota de comércio de drogas.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/estados-com-maior-aumento-de-mortes-violentas-sao-rota-de-comercio-de-drogas-22964741>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

uma proporcionalidade na defesa dos interesses dos cidadãos e entre o que dispõe a Lei do Abate, tendo em vista que se trata de mecanismo último para a proteção do Estado e seus cidadãos das consequências devastadoras do tráfico de entorpecentes²².

Não obstante a isso, ainda se questiona se as práticas autorizadas pela lei em comento seriam compatíveis com o Ordenamento Jurídico Brasileiro e com os princípios e fundamentos constitucionais que o sustentam. No capítulo a seguir, analisaremos esses princípios e fundamentos basilares da ordem constitucional e avaliaremos a sua compatibilidade com os pressupostos da Lei do Abate.

²² ANÍBAL, Felipe. **Droga causa 77% dos homicídios**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/droga-causa-77-dos-homicidios-9dgb4ldc3wfdvkvce6rztqzi/>>. Acesso: 16 abr. 2019.

3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL: ENFRENTAMENTO DE ARGUMENTOS DE OPOSIÇÃO

Ao analisar a Lei do Abate e seus desdobramentos no Brasil, é preciso realizar uma análise principiológica do nosso Ordenamento Jurídico, tendo em vista os princípios e direitos constitucionais que tangenciam a problemática da sua aplicação, quais sejam, o princípio da inviolabilidade do direito à vida, o princípio da presunção de inocência, ampla defesa e o princípio do devido processo legal.

A seguir, proceder-se-á uma análise de princípios e direitos previstos na Constituição Federal a fim de esclarecer os pilares sobre os quais está erguida a nossa Ordem Constitucional e estabelecer as bases para a discussão ora assentada.

3.1 PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA

Inicialmente, vale destacar o princípio da inviolabilidade do direito à vida, que é uma das garantias que foram consagradas no *caput* do art. 5º da Constituição Federal (CF). Segundo Maria Helena Diniz, o direito à vida,

[...] por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto 'erga omnes', por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer²³.

Dessa forma, é possível notar que a Constituição Federal preconiza o direito à vida em nosso Ordenamento uma vez que trata de um direito oponível contra todos e trata-se da própria razão de existir do Estado de Direito. Isso porque a vida é pressuposto de todos os demais direitos uma vez que estes só podem ser usufruídos se for garantido o direito à vida.

²³ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 22-23.

Ademais, este princípio também foi protegido em convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil, como o Pacto de San José, do qual o Brasil é signatário, declara em seu art. 4º, que “toda pessoa tem direito de que respeitem sua vida”²⁴.

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

O direito à vida é o direito de viver. Ele abrange a existência corporal, a existência biológica e física, que é pressuposto vital para a utilização de todos os direitos fundamentais. A proteção refere-se, aqui, à vida individual, não apenas à vida humana em geral. Fenômenos vinculados à consciência ou a um determinado estágio de desenvolvimento corporal não são decisivos; proibem-se, por isso, de acordo com a opinião dominante, valorações de ordem social, do ponto de vista do desenvolvimento da Medicina, de ordem política, racial ou quaisquer outras, da vida que merece proteção. A vida é compreendida, então num sentido exclusivamente biológico e fisiológico²⁵.

Diante disso, o Estado deve zelar pela proteção da vida humana, uma vez que se trata de um direito primordial para a concretização de todos os outros, abrangendo um aspecto biológico e fisiológico individual da vida humana. Em virtude disso, muitos críticos argumentam contra as disposições da Lei do Abate, pois ela violaria diretamente a vida daqueles que ocupam as aeronaves abatidas. No entanto, veremos que a Lei do Abate, que, em última instância, visa à segurança de incontáveis vidas de todo o território nacional, é perfeitamente compatível com o nosso Ordenamento Jurídico sob uma ótica de ponderação de princípios.

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Um fundamento caro à nossa Ordem Constitucional e que está intimamente relacionado ao direito à vida, anteriormente estudado, é a dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade** – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”²⁶.

Segundo o entendimento de Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana:

É um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos²⁷.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana trata-se de um direito supremo²⁸ que serve de base para se compreender um vasto leque de direitos e garantias fundamentais, que "podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade"²⁹.

Além disso, Canotilho assevera que “a primeira função dos direitos fundamentais – sobre tudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado [...]”³⁰.

Dessa forma, discute-se se as determinações da Lei do Abate seriam constitucionais uma vez que poderiam ferir este fundamento constitucional que é inerente à condição humana, pois surge a partir da vida, além de ser direito fundamental e princípio, e deve ser resguardado uma vez que orienta todo o Ordenamento Jurídico.

²⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

²⁷ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 66.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 97-98.

³⁰ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407.

3.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Outro princípio constitucional imprescindível para a compreensão da questão presentemente estudada é o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Conforme leciona André L. Borges Neto,

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos)³¹.

As críticas que se fazem à Lei do Abate muitas vezes utilizam este princípio para justificar sua inconstitucionalidade, sugerindo que não haveria devido processo legal para o indivíduo presente na aeronave abatida.

Todavia, a Lei do Abate contempla ocasiões de perigo público que ameace a segurança de um Estado em que há a possibilidade, resguardada em pactos internacionais, de suspensão de garantias.

Nesse contexto, a lei em tela não versa sobre possibilidade de abate arbitrário de aeronaves, mas, sim, de situações excepcionais em que a segurança da nação e das vidas de seus cidadãos são colocadas em xeque de modo que a argumentação contrária não se sustenta.

Assim, é preciso haver uma ponderação de princípios que busque priorizar o interesse maior, qual seja, a defesa do Estado e de todas as vidas que se encontram no território nacional.

³¹ NETTO, André L. Borges. A RAZOABILIDADE CONSTITUCIONAL (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**. Nº 12, p. 02-19, MAIO/2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

3.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também chamado princípio da não culpabilidade ou estado de inocência, este princípio preconiza a inocência do acusado até que se prove ao contrário. A presunção de inocência faz-se mister em um Estado Democrático de Direito.

Deste jeito, a presunção de inocência é encarada como um postulado fundamental, de que parte a ciência penal nos seus estudos acerca do processo penal, de tal forma que se manifestará inexoravelmente naquele, seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria de prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente aquando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão [...]³².

Ademais, há de se considerar que muito embora

[...] o procedimento não assegure a exatidão, mas a mera presunção de exatidão do conteúdo da decisão, o modo como disciplina o exercício do poder, mediante a aplicação das garantias constitucionais e o estímulo à efetiva participação dos sujeitos interessados, faz com que o resultado do processo se torne legítimo, vinculando os seus participantes. Afinal, o que caracteriza o processo é a celebração contraditória do procedimento, isto é, o efetivo exercício das situações jurídicas ativas e passivas³³.

Logo, não há exatidão no que tange à inocência do indivíduo. Trata-se de um princípio adotado em contraposição ao antigo sistema inquisitivo cujos métodos de julgamento incluíam tortura, confissões provocadas mediante ameaças, condenação sem provas e muitos outros mecanismos que violavam a dignidade e a liberdade do indivíduo.

Assim, o princípio da presunção da inocência surgiu como uma forma de assegurar o contraditório e o devido processo legal, protegendo o indivíduo investigado e/ou acusado do cometimento do delito até que restasse cabalmente provada a sua culpa.

No entanto, há de se salientar que, ainda que seja um princípio caro ao nosso Ordenamento, não se trata de um princípio absoluto, conforme foi decidido recentemente no STF. Senão, vejamos:

³² VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p.38.

³³ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE JUNTADA DE PROVA EMPRESTADA. ART. 231, DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. 3. As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados; ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância, e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, por Tribunal de 2º grau. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento³⁴.

Logo, podemos observar a ponderação e relativização deste princípio no caso concreto, diante de situações autorizadas que não contradizem as disposições do Ordenamento Jurídico nem ferem a quintessência das garantias constitucionais.

3.5 ENFRENTAMENTO AOS ARGUMENTOS DE OPOSIÇÃO E A LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTRA A PRÁTICA DE ILÍCITOS

Não obstante todos os princípios supra analisados, os programas que autorizam o abate de aeronaves civis no mundo, em especial na América Latina, têm como principal objetivo garantir da efetividade à guerra contra as drogas, que ceifa a vida de milhares de pessoas no mundo inteiro todos os anos.

Diante deste cenário, é possível indagar se a presunção de inocência e todos os outros princípios ora trabalhados devem ser considerados como absolutos e ilimitados

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 138.670**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748666148>>. Acesso em 16 abr. 2019.

quando o que há é um profundo caos social provocado pelo tráfico e centenas de milhares de vidas que sofrem direta e indiretamente com ele.

Nesse sentido, insta salientar que, pela própria característica de limitação dos direitos fundamentais, “há muito já se ultrapassou, no sistema da ciência do direito, a fase dos denominados ‘direitos absolutos’”³⁵.

O próprio Alexy, ilustre jurista alemão, indica que a limitação a um direito fundamental é uma noção “quase trivial”³⁶, de modo que os direitos e princípios supra estudados não podem ser “absolutizados” para resguardar a prática de ações ilícitas e que atentem contra o próprio Estado Democrático de Direito uma vez que existem outros direitos fundamentais a serem protegidos também.

Um claro exemplo de ponderação e restrição de princípios pode ser observado na decisão a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTERNET. RETIRADA DE CONTEÚDO. YOUTUBE. VIDEOCLÍPE MUSICAL. CONFLITO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. INVIOABILIDADE RELIGIOSA. ART. 1.022 DO CPC/2015. FUNDAMENTAÇÃO. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA. ART. 489, §§ 1º E 2º, DO CPC/2015. TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. MÉRITO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA Nº 7/STJ. SÚMULA Nº 284/STF.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a aferir se houve omissão no acórdão recorrido e se foram observados os critérios previstos no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 no que diz respeito à fundamentação de decisão judicial baseada na ponderação de princípios constitucionais.

3. No caso concreto, a recorrente ajuizou ação indenizatória objetivando a remoção de vídeos do YouTube sob a alegação de possuírem conteúdo ofensivo à liturgia da religião islâmica em virtude da utilização indevida de trechos do Alcorão, remixados em música do gênero funk. A demanda foi julgada improcedente em primeiro e segundo grau, tendo sido a decisão fundamentada na ausência de ilicitude, a partir da ponderação entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade das liturgias religiosas.

4. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 se o Tribunal de origem examina de forma clara, precisa e completa as questões relevantes do processo e os argumentos capazes de infirmar a sua conclusão,

³⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 674.

³⁶ ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 276.

solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.

5. Na hipótese, o acórdão recorrido efetivamente analisou a tese autoral, inclusive o argumento de que a mera utilização de trechos do Alcorão violaria a proteção da crença religiosa, apenas não no sentido pretendido pela parte.

6. O art. 489 do CPC/2015 dispõe que constituem elementos essenciais da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo e elenca parâmetros para aferir se uma decisão judicial - seja ela interlocutória, sentença ou acórdão - ostenta motivação jurídica racional e apropriada para o caso concreto analisado, correspondendo à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

7. O § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem implicar a revogação de outros critérios de resolução de antinomias, tais como os expostos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que permanecem aplicáveis.

8. Apenas se configura nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador.

9. O exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite.

10. A pretensão de rever o mérito da ponderação aplicada pelo Tribunal de origem não se confunde com a alegação de nulidade por ofensa ao art. 489, § 2º, do CPC/2015.

11. No âmbito de recurso especial, o reexame do mérito da ponderação efetuada pressupõe que se trate de matéria infraconstitucional e que constem das razões recursais as normas conflitantes e as teses que demonstram a suposta violação/negativa de vigência da legislação federal.

12. Tratando-se da ponderação entre normas ou princípios eminentemente constitucionais, não cabe a esta Corte Superior apreciar a correção do entendimento firmado no acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

13. No caso concreto, o recurso especial está fundamentado apenas na alegação de violação dos arts. 1.022 e 489, §§ 1º e § 2º do CPC/2015, sendo manifestamente incabível a reforma do acórdão recorrido no mérito, seja por incidência das Súmulas nºs 7/STJ e 284/STF, seja por se tratar de matéria eminentemente constitucional, afeta à competência do STF.

14. Recurso especial parcialmente conhecido apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, não provido³⁷.

Neste diapasão, há de se destacar que a ponderação de princípios já é prática corriqueira nos tribunais brasileiros, muito embora a decisão trate da restrição de

³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.765.579 - SP 2017/0295361-7**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação DJe 12/02/2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190328-10.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

liberdades, o julgado evidencia uma realidade no Brasil: a limitação de direitos fundamentais em prol de outros.

Além disso, é preciso ter em vista que há interesses coletivos que devem ser considerados de forma que uma pessoa não pode exercer seus direitos fundamentais de forma arbitrária e descomedida. Tomamos como um exemplo um cidadão que possui sua liberdade de locomoção e, sob esta justificativa, invade a casa do vizinho, desrespeitando sua privacidade e propriedade. Deve haver um equilíbrio quando os direitos fundamentais são analisados e exercidos de modo que eles podem, sim, ser limitados por um bem maior.

Nesse contexto, Alexy³⁸ salienta a existência de restrições diretamente constitucionais explícitas e implícitas e restrições indiretamente constitucionais. Vejamos.

As restrições diretamente constitucionais são aquelas previstas na própria Constituição. Um claro exemplo de restrição diretamente constitucional explícita é o direito à liberdade religiosa, mas é restrita na medida em que o cidadão não a utilize para se eximir de cumprir obrigação legal. Já a limitação indiretamente constitucional diz respeito a uma compreensão de que os direitos fundamentais não são ilimitados, mas tratam-se de limites decorrentes do próprio Estado Democrático de Direito e dos princípios que norteiam o Ordenamento Jurídico.

Por outro lado, as restrições indiretamente constitucionais não se encontram na Constituição, mas ela autoriza o legislador a defini-las por intermédio de leis infraconstitucionais³⁹, como a liberdade de exercício de profissão, que pode ser limitada à medida que aqueles que exercem determinados ofícios deve cumprir requisitos previstos em lei na forma do art. 5º, XIII da Constituição Federal.

Diante disso, nota-se que os direitos fundamentais não são absolutos e, a depender da realidade do caso concreto, é possível que sofram limitação a fim de que outros

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 276-286.

³⁹ VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Restrição de direitos fundamentais e segurança pública: uma análise penal-constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, p. 132-157, 2007, p. 138.

direitos também sejam respeitados. É imprescindível que haja uma visão ampla dos direitos fundamentais que devem ser exercidos de modo a cooperar com a coletividade e com a sua segurança, e, não, ameaçá-la. Na lição de Dayse de Vasconcelos Mayer:

Os Estados democráticos, por vezes, necessitam, em nome da segurança, violar a liberdade e os direitos fundamentais. Mas isso só poderia ocorrer nos seguintes casos: a) quando for necessário assegurar a própria continuidade e sobrevivência da ordem jurídica; b) quando estiver em situação de perigo um bem jurídico que só pode ser preservado ou salvo mediante a violação da liberdade; c) quando todos e não alguns sejam abrangidos pelas medidas excepcionais adotadas pelo Estado; e d) quando a situação de excepcionalidade for transitória, isto é, quando dure apenas enquanto permanecer a situação de perigo iminente⁴⁰.

Vale destacar também o entendimento de André Ramos Tavares:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada 'princípio da convivência das liberdades', quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.⁴¹

O tráfico de drogas ilícitas e todos os crimes e catástrofes decorrentes dele caracterizam um caso em que é necessário assegurar a continuidade da própria ordem jurídica, conforme asseverou Dayse de Vasconcelos Mayer.

É evidente, público e notório o caos social que se instaurou não apenas nos morros, onde impera um ordenamento jurídico totalmente diverso, posto pelos chefes do

⁴⁰ MAYER, Dayse de Vasconcelos. Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: A prevalência sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, xliii, N. 2. Lisboa, 2002, p. 1212.

⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 528.

tráfico, mas também nas ruas do centro da cidade, em bairros humildes e nobres, onde morrem centenas de pessoas em decorrência da criminalidade acentuada provocada pelo tráfico e pelo vício que o sustenta.

Tendo isso em vista, não é cabível a definição de direitos absolutos uma vez que a realidade concreta apresenta uma variedade de nuances que podem ameaçar a concretização de direitos de uma parcela ainda maior da sociedade. É insustentável a noção de que certos direitos e garantias, como ressaltou o autor, possam servir como um escudo para a prática de atividades ilícitas, caso das aeronaves envolvidas com o tráfico de drogas.

CONCLUSÃO

Superados os conceitos iniciais necessários à compreensão do tema bem como as argumentações que tangem a problemática apresentada, resta realizar algumas considerações que finalizam o presente estudo.

Conquanto o tema seja pouco explorado em âmbito acadêmico, sua discussão é indispensável, tendo em vista que se trata de uma questão polêmica por, a princípio, ir de encontro a alguns direitos e garantias previstos na *Lex Mater*.

No primeiro capítulo, buscou-se analisar dois importantes conceitos constitucionais: a soberania nacional e a segurança pública, a fim de compreender a necessidade de zelar por eles em prol da sobrevivência do próprio Estado de Direito.

Não é em vão que a soberania nacional constitui fundamento essencial ao Estado e à garantia da ordem jurídica e da prevalência da vontade estatal na organização de uma nação e na garantia de todos os direitos previstos no texto constitucional e em âmbito legal.

Ademais, notou-se que a segurança pública, intimamente ligada à soberania nacional, constitui elemento indispensável na concretização de demais direitos e garantias constitucionais e que a disposição contida no parágrafo 7º do art. 144 da Constituição Federal legitima a adoção de meios que garantam a eficiência da segurança pública a ser prestada pelo Estado, sendo, portanto, a Lei do Abate um desses meios que atua no combate ao narcotráfico

Em seguida, no segundo capítulo, foi estudada, então, a Lei n. 9.614/98, mais conhecida como Lei do Abate. Concluiu-se que a previsão normativa da destruição de aeronaves hostis, irregulares e suspeitas de envolvimento com o tráfico de entorpecentes e drogas afins só pode ser autorizada como medida última, quando todas as medidas de segurança que não colocam em risco a vida humana não lograrem êxito. Observou-se que o abatimento da aeronave suspeita e hostil não se trata de uma ação arbitrária e excessiva e que, se for, há punição para as autoridades envolvidas no art. 303, parágrafo 3º da Lei n. 7565/86.

Ademais, notou-se, a partir de uma abordagem transversal com ênfase nas teorias contratualistas da Ciência Política e da Teoria do Estado, que a Lei do Abate presta-se a retomar o controle Estatal sobre o seu próprio território, objetivando a preservação do seu domínio, da ordem jurídica e de seus cidadãos.

Por fim, o terceiro capítulo trouxe os direitos alegadamente violados pela lei estudada e o enfrentamento dos argumentos de oposição à Lei do Abate. Concluiu-se, na esteira do capítulo anterior, que o narcotráfico ocasiona uma intensa violação de direitos e que, em último caso, o abatimento das aeronaves não constitui atentado contra os direitos constitucionais, pelo contrário.

Em situações excepcionais, é possível haver uma restrição de direitos fundamentais, que não são absolutos, em prol da coletividade e a depender do caso concreto. Conclui-se que os casos abrangidos pela Lei do Abate configuram casos excepcionais em que certos direitos fundamentais podem sim ser limitados em prol dos cidadãos e os efeitos da lei que prevê essas medidas já foram provados benéficos sem que sequer se recorresse ao abatimento de aeronaves de forma.

Assim, depreende-se que a Lei n. 9614/98 não apenas é constitucional como configura meio legitimado e imprescindível, nos termos do art. 144, parágrafo 7º da Constituição Federal, à proteção do Estado Democrático de Direito e de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 276-286.

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003

ANÍBAL, Felipe. **Droga causa 77% dos homicídios**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/especiais/paz-tem-voz/droga-causa-77-dos-homicidios-9dgb4ldc3wfdvckce6rztqtzi/>>. Acesso: 16 abr. 2019.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 1993.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004**. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7565, 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. Diário oficial da União, Brasília, DF, de 19/07/2008.

BRASIL. **Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.614, de 5 de março de 1988**. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipóteses destruição de aeronave. Diário Oficial da União, Brasília- DF de 05/03/1998.

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>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.765.579 - SP 2017/0295361-7**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação DJe 12/02/2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190328-10.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 138.670**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748666148>>. Acesso em 16 abr. 2019.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, A. Paula. SCHIAVINATO, A. Maria. **Lei do Abate: Necessidade ou Terrorismo?** Revista do Curso de Direito, v. 4, nº 2. Julho/dezembro de 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1974.

LOBASZ, João Guilherme; TEHBEIN, Ana Paula. **Aviões usados por traficantes foram alterados para poder abastecer no ar, diz PF**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/02/21/avioes-usados-por-trafficantes-foram-alterados-para-poder-abastecer-no-ar-diz-pf.ghtml>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo, ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. 3. ed. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 124.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Elisa. **Estados com maior aumento de mortes violentas são rota de comércio de drogas**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/estados-com->

maior-aumento-de-mortes-violentas-sao-rota-de-comercio-de-drogas-22964741>. Acesso em: 16 abr. 2019.

MAYER, Dayse de Vasconcelos. Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: A prevalência sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, xliii, N. 2. Lisboa, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 31^o. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da Republica Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETTO, André L. Borges. A RAZOABILIDADE CONSTITUCIONAL (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**. Nº 12, p. 02-19, MAIO/2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

OLIVEIRA, Raul José de Galaad. O preceito da soberania nas constituições e na jurisprudência brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, n.146, p. 153-172, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/587/r146-11.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1973, p. 39.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade** – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCOLESE, Eduardo. **Lei do Abate reduz vôos irregulares**. Folha de S. Paulo. 18 nov. 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1811200420.htm>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Restrição de direitos fundamentais e segurança pública: uma análise penal-constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 57, p. 132-157, 2007