



A PROPORCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Matheus Mantuani

Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Monitor de Introdução ao Estudo do Direito (UERJ). Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter (UERJ). Membro do corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Estagiário na 2ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

O presente artigo visa dissecar criticamente a chamada Lei do Abate (Lei n.º 9614/98), assim conhecida devido à possibilidade de, em seu uso, derrubar-se aeronaves, independentemente destas estarem ou não com homens a bordo. Utilizou-se aqui o método de ponderação à moda alemã através do chamado princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Munido da necessária filtragem constitucional, pôde-se constatar da invalidade da supracitada Lei perante o ordenamento jurídico brasileiro: resta importante a perda de sua eficácia.

Palavras chave: Lei do Abate. Juízo de Proporcionalidade. Fórmula de Radbruch.

1 INTRODUÇÃO

Tornou-se muito comum no Brasil uma glorificação à truculenta atuação do Estado contra designados criminosos, assustadoramente selecionados para morrer. Frases como “bandido bom é bandido morto” e “direitos humanos para humanos direitos” infelizmente assolam nossa República e escancaram o desprezo pelo direito à vida, a emanar de um dos países que mais matam violentamente, como demonstram as sempre contundentes pesquisas do Atlas da Violência.

No ínterim de uma formação democrática marcada pela superação de uma ditadura civil-militar, continuaram presentes tentativas de atentar contra direitos e garantias fundamentais, avessamente ao pacto firmado e simbolizado pela Constituição de 1988.

Este artigo procura discutir um destes atentados – na situação analisada, diretamente contra a vida – subsumido na famosa Lei do Abate. Ela é assim chamada popularmente devido à anuência dada pelo Estado brasileiro em derrubar-se aeronaves de narcotraficantes, inclusive se eles estiverem a bordo e não puderem se salvar com a queda.

Para tanto, utilizar-se-á do já consagrado jurisprudencialmente princípio da proporcionalidade alemão, inserido em nosso ordenamento principalmente pelos votos de Gilmar Ferreira Mendes no Supremo Tribunal Federal. Atualmente, este princípio configura uma importante arma da crítica para barrar o excesso em atos normativos que desrespeitem flagrantemente o Estado Democrático de Direito.

Como este princípio emergiu após o autoritarismo hitlerista, far-se-á uma comparação analítica com o sistema jurídico daquele período histórico, o qual guarda especiais semelhanças com um novo direito penal a se formar na contemporaneidade. Dada esta conformidade, buscou-se também em Radbruch, crítico do punitivismo nazista, uma curiosa maneira de atestar a validade de uma lei, ligada ao conceito de justiça, cujo significado guarda relações até mesmo com Hans Kelsen. A princípio, faz-se necessária uma melhor compreensão do advento da inconstitucional lei, que também poderá ser assim definida futuramente por ações de controle no STF.

2 A LEI DO ABATE

A Lei n.º 9614, de 05 de março de 1998, obteve respaldo fundante através da aparente necessidade de proteger-se da “prática de atos hostis ou atentatórios contra a segurança da Nação Brasileira”, como indicado na Exposição de Motivos n.º C-004/GM-3 (BRASIL, 1995). Lê-se no motivo terceiro:

A nível nacional, o ordenamento jurídico cuidou de disciplinar o assunto de maneira clara e insofismável, fornecendo o indispensável embasamento legal para preservar a inviolabilidade do espaço aéreo, com o propósito de impedir o seu uso, por parte de aeronaves e outros engenhos aéreos, para a prática de atos hostis ou atentatórios contra a segurança da Nação Brasileira.

Acolhidos os motivos assinados pelos ministros da Justiça (Nelson Jobim), e da Aeronáutica (Mauro José Miranda Gandra), enviou o Presidente da República, à época

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

Fernando Henrique Cardoso, o Projeto de Lei n.º 1.229/95, o qual originaria a supramencionada lei.

No plenário da Câmara, em regime de urgência, o PL foi intensamente criticado pelo então deputado federal, Fernando Gabeira, do Partido Verde, o qual argumentou:

[...] Estou vendo [os políticos] decretarem a pena de morte para contrabandistas e para traficantes de drogas a partir de uma análise perversa, oriunda dos Estados Unidos. Com o fim da Guerra Fria, os Estados Unidos declararam que a nova guerra seria contra a droga e determinaram que o papel do Brasil seria interceptar os aviões que saíssem da América Latina em direção àquele país. Na verdade, o Congresso brasileiro, incapaz de defender o nariz das crianças que cheiram cola no Brasil, mete-se agora numa aventura bélica, para defender o nariz dos norte-americanos que cheiram cocaína (BRASIL, 1996).

Por fim, foi o Projeto aprovado por ampla maioria, aproximadamente dez anos após a promulgação da Constituição Cidadã, e convertido na Lei n.º 9614, de 05 de março de 1998, com redação final transposta abaixo:

Art. 1º: O art. 303, da Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar acrescido de um parágrafo numerado como §2º, renumerando-se o atual §2º como §3º, na forma seguinte:

Art. 303.

§2º: Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput do 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 emulatório.

Art. 2º: Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 1998).

Muito embora da aprovação, carecia de regulamentação a Lei n.º 9614. Maierovitch (2006), Secretário Nacional Antidrogas, chegou a afirmar, em entrevista à TV Cultura, que o Presidente FHC se negara a regulamentar a Lei, temeroso que estava em instituir a pena de morte no Brasil.

As controvérsias relacionadas à Lei aprovada eram a correlação com os EUA, a crítica ao modelo de guerra às drogas, as dificuldades jurídicas de autorizar-se a derrubada de aeronaves civis, e a contestável necessidade da Lei para a defesa da soberania nacional e para o combate ao narcotráfico (FEITOSA; PINHEIRO, 2006, p. 81).

Apesar disso, o Presidente Lula regulamentou por Decreto, em 2004, a Lei, por conta dos acordos realizados entre seu Ministro da Defesa, José Viegas Filho, e o governo estadunidense. Os porta-vozes asseveraram, então, que estaria sinalizada “claramente a

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

disposição em combater, com as armas adequadas, a invasão de nossas fronteiras por quadrilhas internacionais de narcotraficantes” (SILVA, 2004, p. 20).

De qualquer forma, o Decreto n.º 5144, de 16 de julho de 2004, em seu artigo 5.º, deu aval para medida de destruição de aeronave civil, através de disparo de tiros, feitos por aeronave de interceptação (BRASIL, 2004). Apesar de o Decreto revelar uma simulada preocupação – “somente poderá ser utilizada como último recurso” (BRASIL, 2004, art. 5.º) e “as autoridades responsáveis pelos procedimentos relativos à execução da medida de destruição responderão, cada qual nos limites de suas atribuições, pelos seus atos, quando agirem com excesso ou abuso de poder” (BRASIL, 2004, art. 8.º) – não há como negar que estava decretada a pena de morte no Brasil.

Argutamente, a designação “abate” (como a Lei n.º 9614 ficou conhecida popularmente) carrega em si uma dupla conotação. Recorrendo-se ao dicionário Michaelis (2016), o verbo “abater” pode significar tanto “fazer descer”, quanto “tirar a vida de; matar (referindo-se a animais de caça)”. Politicamente, sua utilização ganha contornos dialógicos, passíveis de comprometer a ação em si (FREIRE, 1980, p. 40) e capazes de inferir certa irreverência à atividade legitimadora da pena capital com uma excludente estranha à Constituição da República, aos pactos internacionais de Direitos Humanos e a toda teoria penal e criminalista.

Destarte, torna-se urgente um juízo de proporcionalidade da chamada Lei do Abate, para que se perceba, analiticamente, a invalidade da supra, de modo que ela sequer tenha uma vez existido no ordenamento brasileiro.

3 FEINDSTRAFRECHT (O DIREITO PENAL DO INIMIGO)

O Brasil torneia-se em crises sociais amiúde. A “triste Bahia”, a qual Gregório de Matos (2010, p. 48) chorava no século XVII, diante da submissão colonial ao sagaz brichote — e que Caetano Veloso (TRANSA, 1972) interpretara no exílio, ao mesclar cantigas populares e erudição em oposição à Ditadura Militar em seu álbum “Transa” — é o triste Brasil de agora? Ontem, condenados pelos deuses metropolitanos, hoje, amaldiçoados pelos deuses globais, os brasileiros a carregarem sem descanso o fardo do subdesenvolvimento, da dependência, do atraso. Atraso a subsumir-se em *mimicry* (mimetismo) (BHABHA, 1994):

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

uma vez a sonhar ser fronteira da Europa (HOLANDA, 1995, p. 29), enquanto ilusoriamente desce a República aos Quintais Estadunidenses (BANDEIRA, 1973).

A própria consciência social teria como base uma infraestrutura que molda e desenvolve as forças produtivas materiais, visto que é fundamental à consolidação hegemônica da classe dominante a irradiação de seu domínio pela manutenção do modo de produção (MARX, 2008). Assim, na racionalização burocrática estariam aparelhados os interesses da classe dominante, a confundir-se com as ideias dominantes (MARX, 2007). Esta cooptação do corpo jurídico-político e ideológico é a gênese, de fato, da irracionalidade intrínseca ao próprio modo de produção, racional em essência. Daí extrai-se a necessidade de mascarar-se o que é irracional, impróprio àquilo que a modernidade desatrelaria ao legal e ao legítimo. Porém, às armas da crítica importa atinar os instrumentos de dominação oriundos da manutenção indispensável do poder: aqui o Direito desempenha fundamental papel.

Günther Jakobs, funcionalista penal alemão, crê na dissociabilidade entre um Direito Penal para cidadãos e para “inimigos”, que ponham em risco o ordenamento em si:

A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a contradição, e no Direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos (JAKOBS, 2007, p. 49).

Isto é, a execução fática de um crime (como traficar drogas, em que a *meta optata*, ou seja, a consumação do crime, já está dada quando se voa na aeronave) deve, para o autor, ter uma punição exemplar, com função de prevenção e de alerta, de modo que a ordem seja respeitada. Este radicalismo penal impõe a firmeza das expectativas essenciais frente à decepção (JAKOBS, 1995, p. 45).

Que esta compreensão ignora completamente qualquer conquista principiológica de um Estado de Direito Democrático (a legalidade, a reserva legal, a intranscendência, a humanidade, a individualização da pena, a proporcionalidade penal, a culpabilidade, dentre outros), é tangência fática. Mas ela também substitui, na hodiernidade, as precauções humanísticas de um Direito Penal de Fato. Os professores Nilo Batista e Raúl Zaffaroni (2003, p. 383-488), entretanto, ao traçarem um panorama histórico-social do punitivismo estatal nacional, chegam à conclusão de que o advento do encarceramento em massa e da guerra às drogas já correspondiam à falência realizável do Direito Penal de Fato em si.

O Direito Penal do Autor, utilizado pelo penalismo punitivista nazista (DAHM, 1938, p. 257), e reiterado por Jakobs, configura-se como uma:

Corrupção do Direito Penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato (PIERANGELI, 2007, p. 107).

Tocando isto à Lei do Abate: estar-se-ia destruindo a aeronave e os bens ilícitos transportados, ou impor-se-ia (categoricamente) a dura punição jakobiana aos transportadores-inimigos do Estado e da ordem nacional – como argumentavam os Ministros de FHC e de Lula – ? Os narcotraficantes, em complexo *völkisch* (movimento conservador), seriam odiados pela sociedade a ponto de terem suas vidas retidas pelos detentores do monopólio da violência “legítima”?

É de suma importância destacar-se que a Lei do Abate deforma a segurança jurídica e o princípio do *nullum crimen sine poena* (não há crime sem pena), e solidifica a consciência popular como uma fonte de Direito Penal, à moda nazista de fazer-se o penalismo (HENKEL, 1934).

Com todo este *feindstrafrecht* (Direito Penal do Inimigo), fica evidente o quão avessa é a Lei do Abate em relação aos direitos fundamentais assegurados para todos os cidadãos, inclusive aos criminosos (BITTENCOURT, 2019, p. 52). Ela é injusta! E é injusta nos termos mais positivistas possíveis. Kelsen (1998) ensina que uma norma de direito positivo é injusta pela qualidade do ato pelo qual ela é posta. Ou seja, a injustiça da norma compreende sua desagregação com outras normas. E é exatamente obstada pelo ordenamento jurídico a supra Lei.

Se a Constituição (BRASIL, 1988) determina que a pena de morte só deve ser instituída em caso de guerra declarada (art. 5.º, XLVII, a), e por mais que o Estado “declare guerra” às drogas, a norma primária jamais se confunde com a secundária em Direito Penal. Dar uma conduta como criminosa sem instituir-lhe a pena é como retornar à condição situacional pré-moderna.

Os iluministas são claros neste aspecto. A obra máxima de Beccaria, não deixa a menor dúvida para o legislador, já em seu título: dos delitos seguem-se as penas. A propósito de botas, como sempre ironiza Machado de Assis (2019), o homem perde hoje para ganhar

amanhã. O que ganha o criminoso que perde sua própria vida? Por esta razão, é cirúrgico Beccaria (2015, p. 55-57):

Quem poderia ter dado a homens o direito de degolar seus semelhantes? [...] A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. [...] A pena de morte é uma guerra declarada a um cidadão pela nação, que julga a destruição deste cidadão como necessária ou útil [Beccaria prevê Jakobs?]. [...] Por via de regra, as paixões violentas surpreendem vivamente, mas o seu efeito não dura. Produzirão uma dessas revoluções súbitas que fazem de repente de um homem comum um romano ou um espartano. Assim, em um governo tranquilo e livre, são necessárias menos paixões violentas do que impressões duráveis.

Assim, o conceito de ilicitude única advém necessariamente da constituição do ordenamento. Não pode haver isolamento, já que principiologicamente age-se com ligações em Direito; as normas mantêm-se juntas para erguer um bloco sistemático (BOBBIO, 1996, p. 75). Não existe possibilidade de o corpo jurídico nacional negar a pena de morte (e definir uma exceção), e aplicá-la por capricho ulteriormente (sem que se enquadre o fato na exceção). Isto é um conflito real, inexistindo antinomia – em que é possível resolver-se por interpretação (KELSEN, 1997, p. 29).

A importância do Direito, em sua formulação teórica, consiste na organização das relações cooperativas dentro de sociedade regida, a princípio, por racionalidade formal-burocrática, de modo a compor os conflitos existentes dentro deste prisma. Envolto nesta perspectiva finalística, nota-se que este mecanismo de organização social possui natureza contrafática: à proporção que reflete pressupostos normativo-sociais de uma determinada sociedade, opõe-se a valores morais contidos nela (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 31-32); em outras palavras, a autoridade e a violência do Direito existem, independentemente da lógica social concordar com esta existência, fato evidentemente paradoxal, porque não é o Direito que cria a sociedade, mas a sociedade que cria o Direito – tal noção aparece desde o brocardo romano *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade, há Direito). Dentro desta relação dialética entre a comunidade e o fenômeno jurídico, constata-se que a norma jurídica dentro de uma esfera social pode apresentar o controle do poder, contra a tirania e a objetivar a igualdade dentro de um sistema coletivo. Desta maneira, é perceptível a parte racional deste mecanismo.

Entretanto, o Direito, entrelaçado à racionalidade capitalista formal-burocrática, possui determinadas características consideradas irracionais: sua utilização como um instrumento de hegemonia que permite técnicas de dominação sobre a população. Uma elite, garantidora de poder dentro do Estado, decidiria o que é legal e legítimo, concernente ao

normativismo jurídico, a representar, dentro de atos promulgados e, predominantemente, apenas o interesse da minoria, fundamentando-se na racionalidade substantiva, de forma que a calculabilidade de meios e fins girariam em torno de objetivos privados e individuais. Estas ações, que num primeiro momento parecem inviáveis dentro de um governo, sustentam-se na máscara da racionalidade formal-burocrática dentro do sistema capitalista, no qual legitimam-se as iniciativas do Estado, cobrindo a irracionalidade com o véu da legalidade da burocracia formal.

Comum na pré-modernidade, o punitivismo atrelado agudamente à pena capital teve de ser substituído, por demasiada incompatibilidade com as “luzes modernas”, sustentáculo ideológico da nova classe dominante, a contrapor-se, em primeiro momento, aos abusos de poder absolutos. Viu-se forçada, então, a burguesia, a substituir a morte pela perda da liberdade. Daí decorre a égide do punitivismo carcerário e do encarceramento em massa daqueles que contrariassem o sistema ou não pertencessem ao *habitus* (capital cultural incorporado) capitalista (BOURDIEU, 1974, p. 346).

Independentemente da falência das penas de prisão, o que legitima, então, o *feindstrafrecht*? Se ele ganha força nos Estados Unidos depois de 11 de setembro de 2001, como ele veio externar-se fortemente no Brasil já em 1998? Em sociedades complexas, é ingenuidade supor que não se recebam influências externas. Isto é tão possível como se deu no Brasil, para a aprovação da Lei do Abate. A sociedade das sociedades (LUHMANN, 1995), o mundo globalizante, as políticas duais interamericanas: a conectividade das nações é de ordem econômico-social; e nações mais desenvolvidas exploram livremente, infra e superestruturalmente, países em desenvolvimento (WALLERSTEIN, 1974). Ora, se alguns dizem da incongruência que é um país liberal-individualista adotar a pena capital, o que diriam de um país que a proíbe expressamente adotá-la por imposição?

Se o Estado designa terroristas na sociedade, a sociedade também pode designar terroristas no Estado. É falsa a pretensão de combater-se o terror com mais terror; lutar contra o narcotráfico derrubando aeronaves e matando civis. Mais problemático ainda é o discurso estatal que legitima esta ilusória “guerra justa antiterror” (CHOMSKY, 2005, p. 78) como bem defenderam os propositores da Lei n.º 9614/98.

Diante de tamanhos ilogismos, deve-se contestar objetivamente a disparidade da Lei do Abate com o sistema normativo brasileiro.

4 VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT (O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE)

Após o terror autoritário da Alemanha nazista, a Constituição Alemã de 1949 consagrou o “princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais” (CUNHA, 2005, p. 379), cujo pressuposto básico é a não-violação (restrição que prejudique a eficácia) das garantias da Constituição, sob possibilidade de inconstitucionalidade superveniente.

Além disto, a doutrina alemã pontua que qualquer norma deve “garantir a eficácia dos meios que propõe” e “ser a menos onerosa possível para o indivíduo ou grupo social” (CUNHA, 2005, p. 380). Já aqui, o segundo requisito básico é incoerentemente descumprido pela Lei do Abate frente à Constituição Cidadã.

Exemplo clássico de proporcionalidade é a ponderação adotada pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). Conhecida a decisão desta corte que proibiu o abate de aeronaves sequestradas por terroristas (ALEMANHA, 2016). Na sentença, o presidente do BVG, à época Hans-Juergen Papien, inferiu que “a protecção do direito à dignidade humana é estrita e não admite quaisquer infracções [...] o recurso às forças armadas para outros fins que não a defesa só é possível em condições muito rigorosas e segundo as normas constitucionais” (AVIÕES, 2006). A Constituição apenas admite a intervenção militar em solo nacional no caso de catástrofe natural ou tragédia de grandes dimensões.

Paralelamente, em Portugal, é possível que um avião seja abatido, cabendo a última palavra ao Ministro da Defesa ou ao Primeiro-Ministro; na Inglaterra, não há norma específica que permita o abate, mas em casos limites o governo pode determiná-lo; nos Estados Unidos, a lei prevê que sejam abatidos aviões sequestrados. Presumivelmente, o país que influenciou a criação da Lei n.º 9614 tem punição idêntica para um caso parecido, em que pese a diferença brutal de lá permitir-se a pena de morte; no Brasil, não.

Ademais, o *geeignetheit* (princípio da adequação) impõe que “os meios adotados sejam conforme os fins pretendidos e, por isto, eficazes na consecução destes” (CUNHA, 2005, p. 380). Ou seja, inidônea a lei frente à Constituição, inválida ela será *ab initio* (desde o início).

Veja-se a Constituição Cidadã (1988):

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:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

e) cruéis;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esta Constituição não é analítico-prolixa por veleidade do constituinte. O povo, titular do poder constituinte originário, sabe que o marco zero do ordenamento jurídico – o fundamento de validade recepcionante – tem supremacia. Tal hegemonia não pode ser destruída por uma lei ordinária, desatenta ao caos implosivo gerado por sua promulgação indevida.

Outrossim, o *erforderlichkeit* (princípio da necessidade) manda que a autoridade criadora da norma não possa adotar “outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para o destinatário da norma” (CUNHA, 2005, p. 380). Por outra forma, a Lei do Abate é a melhor situação possível para combater o tráfico aéreo de drogas? Veja-se o caso de 2009, em que a Força Aérea Brasileira disparou contra um avião boliviano em movimento (FAB, 2009), qual a exigibilidade da ação? Se os tiros tivessem tirado a vida do piloto narcotraficante (dado o desconhecimento seguro de alvo em veículos móveis), os membros da FAB seriam julgados pela Justiça Militar da União, com base na Lei n.º 12.432, de 29 de junho de 2011, ou

ficariam impunes – se, para os olhos de quem julga, não tivessem agido com “excesso de poder ou com espírito emulatório” (BRASIL, 1998) – ? O flagrante preparado não é uma escolha mais sensata para o militar do que um injusto por homicídio ou do que um erro de tipo incriminador acidental com resultado diverso do pretendido?

Finalmente, o *verhältnismässigkeit* (princípio da proporcionalidade em sentido estrito) “impõe que o resultado obtido seja capaz de trazer um benefício maior do que o ônus imposto pela medida” (CUNHA, 2005, p. 381). Como a Constituição proíbe expressamente a pena de morte civil, a Lei do Abate é avessa ao ordenamento e à supremacia constitucional. Não há direitos fundamentais em jogo: há direitos fundamentais em perigo. Nunca há bônus na morte de outrem.

Para que o ordenamento subsista e não imploda, corroendo a segurança jurídica brasileira, é importante que se invalide a Lei do Abate, uma vez que *ubi non est justitia, ibi non potest esse jus* (onde não há justiça, não pode haver direito).

5 QUE FAZER?

Problema candente para a luta democrática é a práxis viável para combater leis injustas. Radbruch (1945) instrui, no Terceiro Minuto:

Quando as leis, de modo consciente, desmentirem a vontade e o desejo de justiça, bem como quando, de modo arbitrário, concederem ou negarem a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então, carecerão tais leis de qualquer validade; o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.

Uma lei insuportavelmente injusta, portanto, pode ser descumprida por todos, em um plano revolucionário e de revolta. Tal ato é explicado por Radbruch (1945) no Segundo Minuto: “não, não deve dizer-se: tudo que for útil ao povo é direito; mas, ao contrário: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo”.

Porém, se o medo pela segurança jurídica e o amor às instituições prevalecerem, cabe, *data venia* (dada a licença), a ab-rogação da lei pelo legislador, ou a ação constitucional decorrente do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, quer seja uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade ou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

De qualquer forma, aduz-se que a Lei do Abate deve perder eficácia urgentemente. As palavras originárias ecoam livremente pela República: “a sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.” (GUIMARÃES, 1988, p. 14382).

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, procurou-se entender como a discutida Lei sobreveio de uma situação democrática, mas formulou-se numa verdadeira “aventura bélica”. Pela votação em regime de urgência e a demora em sua regulamentação, esclareceram-se as obscuras semelhanças que a Lei do Abate guardava com a pena de morte. Ademais, os supramencionados acordos com os Estados Unidos alertam para a perigosa razão de ser da norma.

Este discernimento, como discutido, guarda forte relação com a moderna maneira de enxergar-se as relações entre sociedades (através do método de Luhmann e da leitura marxiana) e entre sujeitos de direito (tidos para Jakobs como passíveis de serem objetificados e submetidos às intempéries da flexibilização das garantias fundamentais quando transformados em “inimigos públicos”). Ao ser confrontado com o Direito Penal do Autor, restou impossível não aduzir que a peculiar leitura da pena em Jakobs guarda correspondência com a Alemanha nazista. Lá, com a concessão de plenos poderes a Hitler, não importava se as leis nazistas colidissem com a Constituição de Weimar. Aqui, envoltos na corrente pós-positivista marcadamente influenciada pela hierarquia constitucional kelseniana, isto não seria formalmente possível, mas o é materialmente.

É pelo fato de materializarem-se estas “punições exemplares” que se deve retornar à justiça, seja na hipótese levantada por Kelsen, seja na solução dada pela fórmula de Radbruch. Ambas servem na concretude situacional para questionar a validade da Lei do Abate, que apesar de todos os apontamentos, ainda impera no Brasil.

A utilização do princípio da proporcionalidade escancara sobremaneira a inconstitucionalidade da Lei, a ponto de seu controle tornar-se urgente no Supremo Tribunal Federal. Todos os três subprincípios colidem com a norma, fato inclusive comprovado pelo direito comparado alemão, o qual já determinou a invalidade de um ato parecido (na ocasião, a derrubada de aeronaves comandas por terroristas).

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

Assim, torna-se impreterível à segurança jurídica e ao respeito à vida que o sistema não comece a implodir com leis ordinárias atentatórias à Constituição. A Lei do Abate tem de perder eficácia.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. BVerfG, **1 BvR 375/05**, 2016.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Antofágica, 2019.

AVIÕES raptados não podem ser abatidos. Cofina, 2006. Disponível em: <https://www.cmjornal.pt/mundo/detalhe/avioes-raptados-nao-podem-ser-abatidos>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **Presença dos Estados Unidos no Brasil**: dois séculos de História. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1973.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro** v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.

BHABHA, Homi K. **The location of culture**. Reino Unido, Londres; Estados Unidos, Nova Iorque: Routledge, 1994.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Tradução: Sérgio Miceli. São Paulo: Perspectiva, 1974.

BRASIL. Decreto n.º 5144, de 16 de julho de 2004.

_____. Diário da Câmara dos Deputados. Quinta-Feira, 04 de julho de 1996.

_____. Constituição da República Federativa de 1988.

_____. Exposição de Motivos n.º C-004/GM-3 de 1995.

_____. Lei n.º 9614, de 05 de março de 1998.

CHOMSKY, Noam. **Poder e terrorismo**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CUNHA, José Ricardo. A Justiça diante da Lei na Razão Jurídica Contemporânea. Equidade, Razoabilidade e Proporcionalidade. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. **Perspectivas Atuais de Filosofia do Direito**. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

DAHLM, Georg. **Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft**. Berlin, Deutschland: ZStW 52, 1938.

FAB intercepta avião com 176 kg de cocaína. **O Estado de S. Paulo**, 2009. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,fab-intercepta-aviao-com-176-kg-decocaína,383275>. Acesso em: 02 nov. 2019.

FEITOSA, Gustavo Raposo Ferreira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, Guerra às Drogas e Defesa Nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 55, n. 1, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou Comunicação?** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso de Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

HENKEL, Heinrich. **Strafrichter und Gesetz im Neuen Staat**. Alemanha, Berlin: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**; Parte General – fundamentos y teoría de la imputación. Espanha, Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Estados Unidos, Califórnia: Stanford University Press, 1995.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Roda Viva da TV Cultura**. São Paulo, 17 de abril de 2006.

MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. Tradução: Rubens Enderle et al. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Tradução: Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MATOS, Gregório de. **Poemas Escolhidos**. Organização: José Miguel Wisnik. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MICHAELIS. **Dicionário Escolar** – Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2016.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, V. 1**. São Paulo: RT, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Fünf Minuten Rechtsphilosophie**. Deutschland, Heidelberg: RheinNeckar-Zeitung, 1945.

SILVA, Alessandro. Para proteger nossas fronteiras. Brasília: **AEROVISÃO - Revista Oficial da Força Aérea Brasileira**. n. 211, jul./set., 2004.

TRANSA. Reino Unido, Londres: Philips Records, 1972. 1 disco vinil.

WALLERSTEIN, Immanuel. **The modern world-system**. Capitalist agriculture and the origins of the European world-economy in the 16th century. United States of America, New York: Academic Press, 1974.

THE PROPORTIONALITY OF THE BRAZILIAN SHOOT-DOWN LAW

ABSTRACT

This article aims to critically discuss the Brazilian Shoot-Down Law (Law number 9614/98 of the country), known like that due to the possibility of, when in its use, overthrow aircrafts, regardless if they are with humans on board or not. There were used the German method of weighting, through the proportionality principle and its subprinciples (suitability, necessity, and proportionality in the narrower sense). Provided with the required constitutional filtration, it was possible to verify the invalidity of the aforementioned Law towards the Brazilian legal order, being important the loss of its effectiveness.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

Keywords: Shoot-Down Law. Proportionality judgment. Radbruch Formula.